

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PENA DE MORTE

COLÓQUIO

INTERNACIONAL COMEMORATIVO DO CENTENÁRIO
DA ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL

I

COMUNICAÇÕES



(Página deixada propositadamente em branco)

PENA DE MORTE

COLOQUIO

INTERNACIONAL COMEMORATIVO DO CENTENARIO
DA ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL

11-16 de Setembro de 1967

(Página deixada propositadamente em branco)

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PENA DE MORTE

COLOQUIO
INTERNACIONAL COMEMORATIVO DO CENTENARIO
DA ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL

I

COMUNICAÇÕES



(Página deixada propositadamente em branco)

CENTO E CINQUENTA ANOS
DA ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL

José de Faria Costa

(1) Neste ano comemora-se cento e cinquenta anos daquele que foi um dos momentos mais significativos e emblemáticos da história moderna do nosso direito: a abolição da pena de morte. Na prática, muito em função dos indultos do Rei D. Pedro V, a pena capital já não era executada, entre nós, desde 1846, tendo sido constitucionalmente eliminada para os crimes políticos em 1852. Mas será apenas em 1867 — e com forte inspiração no Projecto de Código Penal de 1861, da lavra de Levy Maria Jordão — que Barjona de Freitas, então Ministro da Justiça, apresenta uma proposta de alteração da legislação penal — que se vem a traduzir na Lei de 1 de Julho de 1867, a qual se referia à reforma das penas e da execução prisional — que, aprovada, acaba por suprimir aquela modalidade de castigo do ordenamento jurídico pátrio, colocando Portugal na vanguarda europeia do direito penitenciário, sendo certo que a Constituição de 1911, após a revisão de 1916, previa a possibilidade de aplicação da pena de morte aos crimes militares cometidos no teatro de guerra com país estrangeiro, excepção que voltaria a aparecer na Constituição de 1933 e que só seria afastada pela Constituição de 1976.

Um século depois, alguns dos mais respeitados pensadores de então — entre eles Miguel Torga, Guilherme Braga da Cruz, Marc Ancel, Luis Recaséns-Siches, Filippo Gramatica, Giuseppe Bettiol, Karl Engisch, Eberhard Schmidhäuser e Reinhart Maurach, para ficarmos apenas com poucos nomes — reuniram-se, de 11 a 16 de setembro de 1967, sob proposta e presidência de Eduardo Correia, em um colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a intenção de trazer à memória o sentido inestimável do avanço civilizacional reflectido naquela ruptura.

Sendo natural ao ser humano a tendência de pôr no território escuro do esquecimento, de jeito mais ou menos consciente ou deliberado, aquilo que de pior ou de menos bom marcou um determinado período de existência da sua comunidade, é dever de todo o académico e de todo o universitário trazer à ribalta da ágora a discussão pública não só daquelas coisas feias que acontecem na vida — individual, quando isso tem reflexos públicos e não bole na sua intocável intimidade — dos homens mas, outrossim, no devir de qualquer comunidade. Ora, se as coisas se antolham deste jeito quando temos o dever de valorar as maleitas, os entorses, os gorgulhos e as verdadeiras deformidades ético-sociais que todas as sociedades, ao longo da história, sempre mostram, é também dever de igual densidade e intensidade fazer ver tudo aquilo que de bom, de nobre e de ascendente de um ponto

de vista axiológico os homens e as mulheres, historicamente situados, vão construindo. Por isso ousou dizer que — para além do efeito aliciante que uma certa mística dos centenários parece carregar perante a nossa mais coezinha sensação da transitoriedade e da efemeridade das coisas humanas — eram boas e mais do que suficientes as razões para recordar e festejar, naquela altura, como ora, sublinhe-se sem tergiversar, o êxito do movimento abolicionista. As actas daquele encontro seriam logo publicadas, em três densos volumes, sob os auspícios da mesma FDUC.

(2) Como em tantas outras questões ou encruzilhadas do nosso modo-de-ser comunitário, principalmente ali onde estamos diante de questões de vida e de morte, também nas coisas do direito penal é preciso contar com algum sentido de humildade histórica. Assim, por exemplo e para referir uma figura de pensamento que durante muito tempo serviu de amparo teórico à sanção capital, embora em uma perspectiva mais contemporânea, o registo formal e linear do «olho por olho, dente por dente» seja a vários títulos insustentável, não seria intelectualmente honesto ignorar que, em termos de desenvolvimento das sociedades e das estruturas de racionalização do exercício do *jus puniendi*, a Lei de Talião representou os primórdios do princípio da proporcionalidade da pena, ao cristalizar a máxima de que vingança não podia exceder o mal causado pelo agente ou delinquente. Podemos, assim, afirmar que o *jus talionis* corresponde a uma evolução positiva relativamente ao instituto da perda de paz absoluta. Porquê? Porque a pena de talião, não obstante a sua brutal crueza, assumia já uma certa noção de proporção, em tudo contrária à desmesura, à desmedida da vingança, há “*hybris*”, que o canto XXII da Odisseia de Homero é um dos exemplos mais ilustrativos e brutais, não obstante toda a beleza literária. Se não fosse esse exórdio de uma certa ideia de proporcionalidade, a lógica de responsabilização colectiva ou a compreensão de deixar à solta todos os demónios, toda a insolência, todo o ultraje, toda a humilhação quando se quer punir, até então em vigor e pertença do mais fundo primitivo daquelas sociedades, simplesmente levaria a espécie humana ao seu desaparecimento. Nesse horizonte, a formulação dura da pena de talião, e com isso a aplicação da sanção capital ao delito de homicídio («quem matou, morra por isso!»), não pode deixar de ser considerada um grande avanço civilizacional. Todavia, como de imediato se compreende, as maiores complicações surgiram, justamente, naquelas franjas de intervenção nas quais a pena de morte escapava ao esparrilho da exacta correspondência entre os bens jurídicos afectados.

Pertence à mais comum das intuições o dado inquestionável de que a pena, na sua concretude, é um mal — *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, na definição canónica de Grócio — cuja imposição carece sempre de ser legitimada. Na verdade, a inquestionável pressão de legitimação é constante e dirige-se contra todo e qualquer acto de punição em concreto. Pois só assim, com a sua devida justificação, o exercício do *jus puniendi* escapa daquele que aparenta ser o seu matricial e inerente paradoxo: acrescentar ao mal do crime o mal da pena. Só assim, por outras palavras, aquilo que é inicialmente um

mal se torna um bem. E isto nada de tem de misterioso, de incompreensível, ou do domínio do irracional, como, por vezes, irreflectida ou, o que é pior, maldosamente se quer fazer crer. Sem se levar a cabo aqui qualquer glosa sobre a interminável discussão a propósito das finalidades da pena, haverá pelo menos um dado que até há pouco tempo parecia inquestionável na maior parte das democracias ocidentais: por mais louváveis e prementes que se possam afigurar os propósitos da punição, a sanção capital constitui, na sua barbaridade, um candidato negativo daquele processo de alquimia axiológica que justifica a resposta penal. Ao menos nos quadrantes do Estado de direito democrático, nenhuma estrutura de argumentação jurídica teria o condão de salvar a semântica da nadificação individual definitiva que aquele brutal e anacrónico castigo carrega. Estaríamos perante um *definitional stop*, um limite deontológico, uma barreira absoluta ou incondicional, para além da qual nenhuma consideração utilitarista ou consequencialista dos efeitos da punição pode avançar, por mais favorável que o balanço de custos e benefícios se mostre em termos de prevenção geral ou especial da criminalidade. Basta pensar, por exemplo, no cenário de luta contra as diversas formas de terrorismo.

(3) Reflectir sobre a pena de morte significa reflectir sobre o mal irreversível, não como entidade metafísica ou transcendente que está para além do tempo e do espaço, que está para lá da história, mas antes como manifestação profunda, constante e inafastável de uma historicidade que é a nossa e da qual, em circunstância alguma podemos fugir. Ao apelo fácil, ou pelo menos mais fácil, de se tentar responder a todas as questões colocadas pelo mal atirando-nos teoreticamente para os lugares límpidos e frios da pura abstracção, onde tudo é perfeito e onde tudo, por conseguinte, se justifica. Urge ter a coragem de pensar a questão da pena como vivência real de um quotidiano doloroso, imperfeito, contingente. Real este que se torna ainda mais doloroso porque trazemos sempre, na nossa memória viva, a dor de todos os que, com a inocência do corpo e da alma, sofreram e morreram. Só com a consciência crítica e desperta por este contínuo cuidado nos podemos libertar da memória — porque a vida é sempre libertação, libertação de qualquer coisa —, assumindo-a como património espiritual que não é puro e obscuro passado, mas presente aberto a infinitas possibilidades de realização do bem e da justiça. Memória que, por infortúnio nosso, não é sempre libertadora. Bem ao contrário. Não poucas vezes é ela geradora de outras dores, de outros males, de outras injustiças. Que serão, neste contínuo crescente de raiva, de afastamento, de autismo, de irreconhecimento do «outro», as pontes privilegiadas para o bloqueamento de qualquer outro tipo de libertação. Chamar a memória não é por si só libertador. Infelizmente.

É preciso sempre mais qualquer coisa. É absolutamente necessário que se chame a memória à consciência crítica da sua própria rememoração. Recordar por recordar não tem sentido. O trazer o passado ao presente da nossa existência, enquanto memória, é valioso; só é axiologicamente denso se, por este acto, conseguimos que o *memento* seja já e de maneira definitiva

um *memento* sem história. E sem história porque jamais pode ser «recordado». Todavia, nada se apaga. Os factos que se recordaram estão lá. Ninguém os quer esconder. Só que o recordar, enquanto atitude de libertação — que pressupõe que no futuro os factos odiosos se não repitam — faz com que eles se transformem em sombras de si próprios, em pedaços sem textura nem densidade. Em factos vazios de história porque já recordados. Em qualquer coisa que se não pode recordar, porque não há nada para recordar, não porque tudo foi esquecido ou enterrado mas antes porque tudo foi libertado. Libertou-se a memória para a realização do bem e da justiça, para que a injustiça não volte a acontecer. Pode-se sempre olhar para trás. Mergulhar. Porém, depois de termos libertado a memória, o que se leva a cabo já não é recordar mas sim «visitar». Entramos na memória como se entra na casa dos amigos. Sem temor. Sem peias. Em liberdade. Crítica, por certo. Atenta, sem dúvida. Mas acompanhados agora da solidariedade e da *amicitia* que são a pedra de toque e o horizonte de todos os encontros¹.

(4) Se mal não vejo e aprecio os tempos que correm, julgo que hoje — e aqui vai uma segunda ousadia — serão ainda mais imperiosas as razões que nos instam a relembrar e a comemorar a abolição da pena de morte em Portugal. No que diz respeito à rememoração dos tempos da sanção capital, talvez nós, cidadãos de carne-e-osso, não mais sejamos visita, se é que um dia chegámos verdadeiramente a sê-lo. Nunca será despidendo sublinhar que na altura do centenário atravessávamos um momento menos feliz, a partir de uma óptica global, da nossa vida político-institucional. Mesmo assim, e por mais desconfortável e angustiante que fosse o horizonte jurídico da época, na perspectiva daquilo que actualmente se julga como aceitável em termos democráticos, o afastamento da morte como espécie de castigo formalizado e aplicado pelo Estado já parecia pertencer ao selecto rol das aquisições jurídicas inquestionáveis da comunidade e, relativamente à qual ninguém parecia seriamente inclinado a dispor, ao menos não em um discurso mais aberto ou oficial. Hoje, talvez seja possível identificar uma inversão naqueles pólos: se por um lado é certo que a nossa comunidade desfruta de um modelo político-institucional democraticamente mais adequado, da outra banda as tendências securitárias dos últimos cinquenta anos desafiaram um sem-número daquelas aquisições tomadas por garantidas ou cobertas pelo beneplácito do intocável. Entre elas estará a própria abolição da pena capital.

Com efeito, sem assumir aqui nenhuma leitura pessimista ou mesmo catastrofista do mundo, cumpre reconhecer que os ventos que, já há algum tempo, sopram no sentido da diluição das posições jurídicas fundamentais do

¹ Todo este ponto número 3 seguii, muito de perto, dir-se-ia quase *ipsis verbis*, um pedaço do texto que publicámos, há já alguns anos, cf. FARIA COSTA, José de, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 74 e 75. Fizemo-lo, acintosamente, por duas razões. A primeira, porque o achamos adequado quando se escrevia, agora e de certa maneira não despropositada, também sobre a memória. A outra, porque não me julgo capaz, hoje, de melhor expressar o que penso sobre esta presente problemática do que aquela que ficou cristalizada no já referido artigo.

cidadão parecem colocar em dúvida a definitividade da ideia abolicionista. Embora, geralmente não apareça «em cima da mesa», a possibilidade de retorno da pena de morte está ali, mais ou menos subentendida, «debaixo do tapete», por sobre tudo, quando pensamos na narrativa de exclusão e eliminação que alimenta o mal-afamado — mas sem dúvida bastante atraente para aqueles que desejam converter a lei criminal em mais uma técnica ou estratégia de despersonalização — «direito penal do inimigo». Dito de outro modo: ainda que não seja oficialmente anunciada nos discursos políticos e acadêmicos como de recrudescimento da intervenção punitiva, a possibilidade de reaparecimento da sanção capital — às vezes tematizada pelos meios de comunicação social — está dentro, sem dúvida alguma, de um modelo de flexibilização e de relativização das garantias individuais que parece não conhecer qualquer tipo de obstáculo e que ameaça os pilares do direito penal de matriz humanitária e não illiberal.

Sem descurar as tendências de erosão de tantas outras garantias do cidadão e restringindo, como se impõe nesta circunstância, a nossa análise à limpidez daquilo que parece essencial, os perigos ficam evidentes quando olhamos ou valoramos, por exemplo, as consequências que o amolecimento da proibição de tortura poderá lançar, em um registo de passos sucessivos, no sentido da reabilitação da pena de morte. Afinal, ganha cada vez mais voz a tese de que, em determinadas situações, a proibição da tortura, antes tida por absoluta, agora deve ceder ali onde os benefícios alcançados com este deslocamento forem maiores do que os custos a pagar em termos de dignidade humana. Isso valeria, de maneira particularmente intensa, na chamada tortura «preventiva», ou seja, naqueles casos em que a inflição do tormento parece constituir o único meio de obter uma informação determinante para salvar a vida de uma ou de várias pessoas. Fala-se, a este propósito, de uma situação de dilema trágico supostamente capaz de legitimar uma tortura «nobre», «boa», «suave», «civilizada», «doce». O perigo de contaminação argumentativa cresce exponencialmente se atentarmos para o espaço que o discurso de prevenção tem reassumido no plano da justificação da punição.

(5) Deixando de lado a intrincada relação axiológica entre os fenômenos da morte (fim da vida) e da tortura (quebra da vontade por sofrimento físico ou psíquico), não será exagero supor que quem está disposto a permitir a tortura dita preventiva não terá muitas dificuldades em admitir a pena de morte, ali onde esta se mostre especialmente indicada para produzir aquilo que, segundo aquela mesma leitura, é o único aspecto que importa: a prevenção. Não existe nada que exclua, desde o início e com a mínima segurança, um efeito de arrastamento: diante de uma tal «ruptura do dique», será uma tarefa hercúlea impedir que, junto com a relativização da proibição da tortura, passe também a relativização da proibição da pena de morte. Contra isso não bastará simplesmente invocar o disposto no n.º 2, do artigo 24.º da Constituição, onde se estabelece que “em caso algum haverá pena de morte”. Pois, também a disposição constante do n.º 2, do artigo 25.º do texto constitucional, onde se enuncia que “ninguém pode ser submetido a

tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”, gozaria em princípio, do estatuto de norma sem exceção, característica esta que não terá sido forte o bastante para impedir o avanço dos argumentos em favor de uma «redução teleológica» do seu âmbito de protecção.

Mais do que o sentimento de solidariedade contra a morte; mais do que a consciência de copresença na natureza do ser humano; mais do que a substituição da noção de incorrigibilidade por um viés pedagógico correcionalista de recuperação; mais do que os estudos empíricos e estatísticos sobre os efeitos dissuasórios do castigo; mais do que um juízo de excesso formulado à luz do princípio da proporcionalidade, o que está na base da tese abolicionista é o reconhecimento da inerente e incalculável dignidade humana, isto é, o lado protectivo do direito penal enquanto meio que visa assegurar a plena realização da personalidade. Neste quadro, não pode o Estado dispor-se a aniquilar fisicamente quem quer que seja a pretexto de impor uma sanção criminal: se o «eu» (comunitário) só existe porque o «outro» existe, também há uma negação do «eu» (comunitário) quando a pena encontra a sua expressão no acto de matar o «outro». Daí que não seja uma figura retórica, nem manifestação de uma qualquer romântica ou idealista visão do mundo e das coisas dizer-se que com a morte do «outro» morre também um pedaço daquele que o matou.

(6) Por tudo isso e também por continuarmos a acreditar, sem a menor hesitação ou tibieza de espírito, que a eliminação da pena capital é um bem que deve ser recordado e resguardado de maneira tão veemente quanto possível, tratando-se de uma conquista que está, por direito próprio, inscrita no rol daquelas coisas pelas quais vale a pena defender «as muralhas da cidade», é que os cento e cinquenta anos da abolição da pena de morte em Portugal devem ser relembrados e festejados. Por tudo aquilo que acabamos de escrever e também por julgar que estamos perante um daqueles elementos civilizacionais que — na impossibilidade de encontrarmos, ao menos por enquanto, «algo melhor que o direito penal», como queria Radbruch — indubitavelmente apontou, aponta e continuará a apontar para o caminho — sempre estreito, movediço e espinhoso — de um «direito penal melhor», é que as actas do colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal merecem ser republicadas, agora em formato de livro electrónico, como velhas-boas-novas que nos chegam em tempos nos quais o discurso hiper-securitário de combate ao inimigo e a lógica de prevenção nele acampado pretendem tudo justificar. Assim, por mor das coisas que deixámos anteriormente reflectidas, e também pelo subido e inspirado legado humanista e liberal da mensagem que Portugal irradiou a todos os cantos do mundo, irradiação, levada a cabo, por certo, com todas as fragilidades que só a história pode justificar, é de suprema importância que as comunicações, os relatos e as conclusões que aqui se republicam devam ser lidos, relidos e estudados, por nós e por todos os que nos seguirão em cadeia humanamente imorredora.

Em 18673 perpez-se um século, Bar joña de Freitas, professor da Faculdade de Direito de Coimbra e Ministro da Justiça, apresentou às Cortes um projecto de abolição da pena de morte que foi aprovado.

Tive a honra de propor ao Conselho da Faculdade de Direito, na sua sessão de 5 de Novembro de 1966, que se promovesse a celebração do centenário desse acontecimento de tão alto significado histórico e nacional, intimamente ligado, nas suas raízes, à Universidade de Coimbra, sob a forma de um colóquio internacional. A ideia foi ao encontro dos sentimentos unânimes do Conselho, e, constituída, para a levar a efeito, uma comissão organizadora, composta pelos Doutores Afonso Queiró, Director da Faculdade, Braga da Cruz, Professor de História do Direito Português e o autor desta nota, Professor de Direito Criminal, a um tempo encarregado de assegurar a presidência do Colóquio, logo se obteve o patrocínio dos Ministérios da Justiça, Negócios Estrangeiros, Educação Nacional e da Fundação Calouste Gulbenkian.

Tornou-se, assim, possível que de 11 a 16 de Setembro de 1967 a comemoração tivesse lugar. E, inaugurado, na Sala dos Capelos da nossa Universidade, sob a presidência de Sua Ex.^a o Presidente da República, o Colóquio — trabalhando sobre comunicações apresentadas por participantes de muitas partes do mundo do mais alto nível científico e cultural — decorreu com a maior elevação, terminando pela aprovação de um voto que, pela sua largueza, marca uma data histórica no movimento abolicionista e, ficando indissolúvel-

mente ligado à nossa Universidade, bem poderia denominarse «Declaração de Coimbra contra a Pena de Morte».

Era, porém, mister que se arquivassem as comunicações, o relato das sessões havidas e as resoluções tomadas, para que tudo, constituindo a mais importante documentação até hoje reunida sobre o problema, pudesse ser oferecido ao mundo, de modo a manter, ao longo dos anos, perante todos os povos, a força persuasiva das razões e dos votos que se formularam no Colóquio, colimando um apelo universal para que as leis penais, na linguagem de Miguel Torga, <<garantam a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte).

Por isso, se publica este volume, a que se seguirão outros, cuja leitura não poderá deixar intocada a «boa consciência» dos países que ainda conservam a pena capital e de robustecer o orgulho daqueles que a consideram já uma arripiante peça de museu dos seus meios punitivos.

O Presidente do Colóquio

EDUARDO CORREIA

En 1867, il y a donc un siècle, Barjona de Freitas, professeur de la Faculté de Droit de Coimbra et Ministre de la Justice, présenta aux Cortès un projet d'abolition de la peine de mort, qui fut approuvé.

J'ai eu l'honneur de proposer au Conseil de la Faculté de Droit, lors de sa session du 5 novembre 1966, que la célébration du centenaire de cet événement d'une si haute valeur historique et nationale, et si intimement lié, dans ses fondements, à l'Université de Coimbra, y fût réalisée sous forme de colloque international. L'idée trouva l'approbation unanime d'une commission d'organisation, comprenant MM. Afonso Queiró, Directeur de la Faculté, Braga da Cruz, Professeur d'Histoire du Droit Portugais et l'auteur de cette note, Professeur de Droit Criminel et chargé d'assurer la présidence du Colloque, fut constituée, et obtint bientôt le haut patronnage des Ministères de la Justice, des Affaires Etrangères et de l'Education Nationale, et celui de la Fondation Calouste Gulbenkian.

Ainsi, il devint possible que la commémoration eût lieu, du 11 au 16 septembre 1967. Inauguré dans la Salle Noble de notre Université sous la présidence de Son Excellence le Président de la République, le Colloque qui travaillait sur la base de communications présentées par des participants du plus haut niveau scientifique et culturel de plusieurs parties du monde — se déroula sous le signe de la plus grande élévation, terminant par l'approbation d'un vœu qui, par son ampleur, marque une date histo-

rique pour le mouvement abolitionniste et qui, indissolublement lié à notre Université, pourrait bien être dénommé la «Déclaration de Coimbra contre la Peine de Mort».

Il fallait, cependant, enregistrer les communications, le rapport des séances de travail et les résolutions prises, afin que la documentation la plus importante réunie jusqu'à ce jour sur le problème pût être offerte au monde, de façon à ce qu'elle garde, au cours des ans et devant tous les peuples, la force convaincante des arguments et des vœux formulés pendant le Colloque, visant à un appel universel pour que les lois pénales, selon les termes de Miguel Torga, <<garantissent à chaque citoyen le droit de mourir sa propre mort».

C'est pourquoi nous publions ce volume, qui sera suivi par d'autres, et dont la lecture ne pourra pas laisser insensible la «bonne conscience» des pays qui conservent encore la peine capitale, et fortifiera l'orgueil de ceux qui la considèrent déjà comme une horrible pièce de musée de leurs moyens punitifs.

Le Président du Colloque

EDUARDO CORREIA

COMUNICAÇÕES

(Página deixada propositadamente em branco)

PENA DE MORTE

Miguel Torga

Convidado a participar neste colloquio comemorativo da abolição da pena de morte em Portugal, é na dupla condição de poeta e de médico que estou aqui. O poeta representará, como puder, o ardor indignado e fraterno de quantos, de Villon a Victor Hugo, de Gil Vicente a Guerra Junqueiro, protestaram contra o iníquo pesadelo, e contribuíram para a sua extinção ou repulsa na consciência universal; o médico simbolizará, com igual modéstia, a interminável falange daqueles que foram sempre, e são ainda, em todas as sociedades, os inimigos jurados e activos de qualquer forma de aniquilamento humano. Procurador sem procuração duns e doutros, nada mais pretendo do que ser a discreta sombra que os sugira presentes nesta assembleia, que ficaria incompleta sem eles. Faltariam no seio do grande e aguerrido exército da não-violência os clarins da emoção e as batatas da preservação. Valem muito a dialéctica e o saber, que destrinçam, ordenam e codificam, mas não valem menos a palavra inspirada, que arrebatada, e o exemplo abnegado, que opõe teimosamente o *não* da vontade ao *sim* da fatalidade. O que não realiza a seca complexidade dum argumento, realiza-o muitas vezes a singeleza dum verso; o que não consegue um abstracto fervor humanitário, consegue-o quase sempre uma devoção concreta.

Todos sabemos que a morte é uma necessidade da vida. Que apenas da prévia agonia do outono nasce a primavera. Que só do facto inelutável da permanente consumpção nos pode vir a certeza da eterna duração. Se

o lume se alimenta de lenha, enquanto houver lenha haverá lume. Ininterruptamente nutrida pelo perecível., a combustão será imperecível.

Simplemente, até ao dia de hoje, nunca o homem se resignou a ser uma fugaz labareda dessa fogueira perpétua. Nega-se ferozmente à imolação, resulte dela o brilho que resultar. A certeza de que a síncope do seu coração é o sustento indispensável à imorredora pulsação do Cosmos não o consola. Contra a força clara do entendimento, ergue-se dentro dele a obscura força do sentimento.

Safo, a grande poetisa grega, disse que se morrer fosse bom, os deuses, que tudo podem, morreriam também. E os deuses querem ser imortais. Menos ambiciosos, mas igualmente apegados à fortuna de existir, nós, os filhos de Prometeu, pedimos ao menos o adiamento indefinido da partida pela voz pânica do instinto de conservação. Instinto que se justifica só por si no puro plano biológico, mas que, para honra e glória da espécie, de simples egoísmo individual ascendeu progressivamente à nobreza de valor colectivo. E creio que ninguém regateará à poesia e à medicina um decisivo papel na promoção desse impulso natural. Sacralizando a vida pela exaltação do seu íntimo significado, e defendendo-a tenazmente das agressões malélicas de que é alvo constante, Orfeu e Hipócrates ajudaram a dar limites racionais à ilimitada força irracional que lateja dentro de nós. Embalada pelos trenos do cantor, e confiada nas prescrições do doutor, a besta fera foi gradualmente tornando moderado e convivente o ímpeto temperamental, que, sem perder a significação primária, perdeu a solidão agressiva. A máscara animal do antropòide deu lugar à fisionomia de pessoa, e o rosto de pessoa à graça de semelhante. E assim, transfigurado sem desfiguração, atingiu o homem finalmente a sua exacta medida: um ser que se quer cumprir no mundo na mais larga e livre duração possível, fiel aos imperativos congénitos, mas pondo no mesmo pé de igualdade a conservação própria e a alheia. Trata com iguais remédios a doença que o contamina ou contamina o vizinho, e luta pela longevidade sempre prolongada, dele e do próximo, com idêntica fé e tenacidade.

Ora, por uma contradição infeliz da sua natureza, esse homem, que tem no dom da vida a única oportunidade de salvação terrena, que tão aterradamente se desvia da morte que o ronda dia a dia, sempre pronta a interromper-lhe os sonhos e os empreendimentos, que, socorrendo-se de todas as armas e ciências, a combate à escala do agro e à escala do planeta, num esforço titânico de conservação singular e plural, fez dela, e faz ainda em muitos lugares da terra, instrumento de punição. Electrocuta, degola, fusila ou enforca em nome da justiça, numa cegueira que estende à própria imagem da potestade que diz servir, expressivamente figurada de olhos

vendados nos templos jurídicos. Num sadismo que o nega somaticamente, e arruina a majestosa construção ética que representa, troca levemente a toga impoluta de magistrado pelo sujo tabardo de carrasco.

Gregário por vocação ou necessidade, pouco importa, o rei da criação teve de regularizar o trânsito social, estabelecendo normas de conduta em todas as circunstâncias e caminhos. Normas que, historicamente consideradas, são o espelho fiel do seu próprio crescimento mental e moral através dos tempos. Bárbaras a princípio, adoçadas pouco a pouco, civilizadas por fim, é quase inconcebível que elas sejam dispensáveis algum dia. Sempre haverá prevaricadores no mundo, por mil razões que todos sabemos, **luminosa** e brumosamente. Bichos que fomos, bichos continuamos na fundura das funduras. Nem Cristo fugiu à tentação do demónio que morava dentro dele. Mas se a repressão do mal agressivo tem de fazer-se — porque o mal não agressivo come connosco à mesa —, se há delitos que pedem severo castigo, se é necessário defender o edifício colectivo dos incendiários, é preciso também que o braço da justiça se mantenha dentro da área da repressão legítima. Isto é: que pare na fronteira que forçosamente tem de balizar qualquer saudável espaço comunitário. Sair fora dessa raia sanitária, é invadir o mundo defeso da personalidade humana, terra sacrossanta que no mais íntimo todos desejamos inviolável, por só nela sentirmos resguardada a integridade da pessoa que somos. Levar o castigo a esse reduto privado, a esse santuário do mistério individual, ao cerne da criatura, já não é justificar. É, simultaneamente, cometer uma profanação e degradar a autoridade que a comete. É responder ao crime punível com um crime impune, por ser realizado em nome da humanidade, e duplamente monstruoso, porque abate do mesmo golpe a parcela agredida e a soma agressora. Junta-se num dos pratos da balança, a equilibrar o outro, o peso infinito duma violência deliberada, e o contrapeso, não menos infinito, da alienação que ela implica. A suprema perdição é abdicar da paz de consciência de boa consciência.

A pena de talião peca por míngua e peca por excesso. Por míngua, na medida em que nenhuma reparação repara a ofensa; por excesso, uma vez que a justiça ultrapassa nela o seu objectivo. O crime ilegal, numa problemática perspectiva de liberdade plena, compromete apenas o agressor. O crime legal, onde tal perspectiva é incontroversa, compromete toda a sociedade, que nessa maciça, fria e desmedida resposta ao agravo dum só se exautora e condena. Com o arsenal de meios coercivos de que dispõe — cadeias, penitenciárias, reformatorios, etc., etc. — que necessidade tem ela de suprimir o que pode eficientemente neutralizar? Por acreditar no poder frenador dos espantalhos? Por não acreditar na regeneração

do culpado? Por estar segura da inteira responsabilidade dele? Ou, simplesmente, por ter ainda saudades de uma ancestralidade nevoenta em que o religioso, o supersticioso e o impiedoso se confundiam?

Está hoje sobejamente demonstrado que nem a pena capital amedronta, nem a emenda do mais empedernido réu é impossível, nem o determinismo é uma palavra vã. Mas valha ou não valha a exemplaridade da expiação, seja ou não seja o criminoso recuperável, tenha ele procedido voluntariamente ou empurrado por forças que na ocasião já não domina, em caso algum o irremediável deve surgir da sentença de juízes que se queiram desvinculados dum pretérito surdo às razões da dúvida e aos clamores da inocência. Só a irresponsabilidade passa pela História sem nada aprender. Que ouvido não ouve o erro a sentenciar através dos séculos, e a voz póstuma dos injustamente julgados a pedir reabilitação? Se os fanáticos da pena capital desconhecem as leis da clemência, que conheçam ao menos as da prudência. Como se atreve a avaliar em redondo, quem apenas pode ver em ângulo?

— Não matarás! — proclamam as Escrituras, do fundo dos tempos, quando o homem mal imaginava a que abismos de introspecção desceria no futuro e de que milagres terapêuticos a ciência por ele criada seria também capaz, um dia. E as rectas consciências descobriram finalmente que esse mandamento é o primeiro dos que nos preservam de cair no inferno da infalibilidade, a tentação das tentações. O risco vermelho separa o possível do impossível, o revogável do irrevogável, o desespero da esperança.

— Não matarás, nem mesmo aquele que matou — explicitaram a seguir os convertidos à claridade do mandamento. As mãos de Cairn, tingidas do sangue inocente do irmão, jamais serão lavadas. Mas outras mãos que vingassem o acto nefando ficariam eternamente mais sujas ainda. Sujas dum crime que de nada serviria à primeira vítima, e acrescentaria ao horror colectivo o pesadelo irremissível da sua própria crueldade.

Portugal há um século que aboliu a pena de morte. O civismo liberal dum pequeno povo, sem esperar por outros exemplos, adiantou-se corajosamente na senda do espírito, e pôs termo à negra tarefa das balas, do barão e do cutelo. Pôs termo ao único gesto absoluto que o homem pode fazer, e não deve nunca fazer. Ao gesto que o transforma num grotesco Deus de arremedo que, quando fulmina, se fulmina.

Celebrar o acontecimento é homenagear no presente uma grandeza de alma, um apogeu político, uma clarividência legislativa do passado, e, ao mesmo tempo, fazer um apelo à consciência universal, nesta hora lúgubre

em que nem só por crimes reais há execuções nos visíveis ou invisíveis patíbulos do mundo. Nesta maldita hora de campos de concentração, de câmaras de gás, de bombas atômicas, de guerras sinistras, de massacres expeditivos. Apelo ao respeito devido à nossa já dramática condição de mortais. A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou Fernando Pessoa, não necessita dum remate extemporâneo no palco. É tensa bastante para dispensar um fim artificial, gizado por magarefes, megalómanos, potentados, racismos e ortodoxias. Por isso, humanos que somos, exijamos de **forma** inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte.

PEINE DE MORT

Miguel Torga

Invité à participer à cette réunion commémorative du centenaire de l'abolition de la peine de mort au Portugal c'est en ma double qualité de poète et de médecin que je me trouve ici. Le poète représentera de son mieux l'ardeur indignée et fraternelle de tous ceux qui, de Villon à Victor Hugo, de Gil Vicente à Guerra Junqueiro, ont élevé leur protestation contre l'inique cauchemar pénal et ont contribué à son extinction ou à son refus dans la conscience universelle; le médecin symbolisera, avec une égale modestie, l'interminable phalange de ceux qui ont toujours été, et sont encore, dans toutes les sociétés, les ennemis jurés de n'importe quelle espèce d'anéantissement humain. Procureur sans procuration des uns et des autres, je ne prétends être que l'ombre discrète suggérant leur présence dans cette assemblée, qui, sans eux, demeurerait incomplète. Il manquerait, au sein des troupes aguerries de la non-violence, les fifres de l'émotion et les blouses blanches de la préservation. La dialectique et le savoir, qui examinent, ordonnent et codifient, valent beaucoup; mais la parole inspirée, qui entraîne, et l'exemple désintéressé, qui oppose opiniâtrément le *non* de la volonté au *oui* de la fatalité, ne valent pas moins. Ce que ne réalise pas la sèche complexité d'un argument, la simplicité d'un vers le réalise souvent; ce qu'une abstraite ferveur humanitaire n'obtient pas, un dévouement concret l'obtient presque toujours.

Nous savons tous que la mort est une nécessité de la vie. Que le printemps ne peut naître que de la préalable agonie de l'automne. Que seul le fait inéluctable de la consommation permanente peut nous donner la certitude de l'éternelle durée. Si le feu s'alimente de bois, tant qu'il

y aura du bois il y aura du feu. Continuellement nourrie par ce qui est périssable, la combustion sera impérissable.

Mais, jusqu'à présent, l'homme ne s'est jamais résigné à être une flamme fugace de ce bûcher perpétuel. Il se refuse obstinément à l'immolation, quel que soit l'éclat qui en résulte. La certitude que la syncope de son cœur est la nourriture indispensable à l'immortelle pulsation du Cosmos ne le console guère. Contre la force claire de l'entendement se dresse en lui la force obscure du sentiment.

Sapho, la grande poétesse grecque, a dit que si mourir était bon, les dieux, qui sont tout-puissants, mourraient aussi. Et les dieux se veulent immortels. Moins ambitieux, mais également attachés au don de l'existence, nous, les fils de Prométhée, nous demandons au moins l'ajournement indéfini du départ, par la voix panique de l'instinct de conservation. Instinct qui se justifie en soi sur le plan purement biologique, mais qui, pour l'honneur et la gloire de notre espèce, s'est progressivement élevé du simple égoïsme individuel à la noblesse d'une valeur collective. Et je crois que personne ne refusera à la poésie et à la médecine un rôle décisif dans la promotion de cet élan naturel.

En faisant de la vie un sacre, par l'exaltation de sa signification intime, et en la défendant tenacement contre les agressions maléfiques dont elle est constamment l'objet, Orphée et Hippocrate contribuèrent à donner des limites rationnelles à la force irrationnelle illimitée qui palpète en nous. bercée par les plaintes du chanteur, et confiante dans les prescriptions du docteur, la bête humaine, peu à peu, a rendu modérée et sociable l'impétuosité de son tempérament, qui, sans perdre sa force originale, a néanmoins perdu sa solitude agressive. Le masque animal de l'anthropoïde a fait place à la physionomie de personne, et le visage de personne à la radieuse image de semblable. Et ainsi, transfiguré sans se défigurer, l'homme a finalement atteint sa juste mesure: un être qui veut s'accomplir dans le monde, dans la durée la plus large et la plus libre possible, fidèle aux impératifs congénitaux, mais plaçant sur un pied d'égalité sa conservation et celle d'autrui. Il soigne avec les mêmes remèdes la maladie qui le contamine ou celle qui contamine son voisin, et lutte pour une longévité toujours plus grande, la sienne ou celle du prochain, avec une foi et une ténacité identiques.

Or, par une contradiction malheureuse de sa nature, cet homme, qui possède dans le don de la vie sa seule occasion de salut terrestre, qui s'écarte avec tant d'effroi de la mort qui le guette jour après jour, toujours prête à interrompre ses rêves et ses entreprises, qui, recourant à toutes les armes et sciences, la combat à l'échelle locale et à l'échelle de la planète, en un effort titanique de conservation personnelle et de conservation

communautaire, s'en est servi, et s'en sert encore en bien des endroits de la terre, comme instrument de punition. Il électrocute, décapite, fusille ou pend au nom de la justice, dans un aveuglement qu'il étend à l'image même de la puissance qu'il dit servir, et qui est si expressivement figurée les yeux bandés dans les temples juridiques. Avec un sadisme qui le nie somatiquement, et ruine la majestueuse construction éthique qu'il personnifie, il échange inconsidérément la toge sans tache du magistrat pour le mantelet souillé du bourreau.

Grégaire par vocation ou par besoin, peu importe, le roi de la création a dû régler la démarche sociale en établissant des normes de conduite pour toutes les circonstances et pour tous les chemins. Normes qui, considérées historiquement, sont le miroir fidèle de sa propre croissance mentale et morale au cours des temps. Barbares au début, adoucies petit à petit, et finalement civilisées, il est presque inconcevable que l'on puisse un jour s'en dispenser. Il y aura toujours des prévaricateurs en ce monde, pour mille raisons que nous savons tous, lumineusement et brumeusement. Bêtes nous fûmes, bêtes nous restons au plus profond de nous-mêmes. Le Christ lui-même n'a pas pu se soustraire à la tentation du démon qui habitait en lui. Mais si l'on doit réprimer le mal agressif — car le mal non-agressif se met à table avec nous — s'il y a des délits qui exigent un châtement sévère, s'il est nécessaire de défendre l'édifice collectif des incendiaires, il faut aussi que le bras de la justice ne sorte pas des limites de la répression légitime. C'est-à-dire: qu'il s'arrête à la frontière qui entoure nécessairement tout espace communautaire salubre. Outrepasser ce cordon sanitaire, c'est envahir le domaine défendu de la personne humaine, terre sacro-sainte que, dans notre for intérieur, nous voulons tous inviolable, parce que nous y sentons préservée notre intégrité. Porter le châtement à ce retranchement privé, à ce sanctuaire du mystère individuel, au coeur même de l'être, ce n'est plus rendre justice. C'est, simultanément, pratiquer une profanation et dégrader l'autorité qui la commet. C'est répondre au crime punissable par un crime impuni, parce que réalisé au nom de l'humanité, et doublement monstrueux, puisqu'il abat du même coup la parcelle attaquée et la somme attaquante. C'est joindre sur un des plateaux de la balance, pour équilibrer l'autre, le poids infini d'une violence délibérée et le contrepoids non moins infini de l'aliénation qu'elle implique. La perte suprême est d'abdiquer la paix de conscience en gardant bonne conscience.

La peine de talion pêche par défaut et par excès. Par défaut, dans la mesure où nulle réparation ne répare l'offense; par excès, parce que la justice y dépasse son but. Le crime illégal, dans une perspective

problématique de pleine liberté, ne compromet que l'agresseur. Le crime légal, où cette perspective est incontestée, compromet toute la société qui, dans cette revanche massive, froide et démesurée de l'acte d'un seul individu, se déshonore et se condamne. Avec l'arsenal de moyens coercitifs dont elle dispose — prisons, pénitenciers, maisons de correction, etc., etc. — quel besoin a-t-elle de supprimer ce qu'elle peut efficacement neutraliser ? Parce qu'elle croit au pouvoir d'entrave des épouvantails? Parce qu'elle ne croit pas à la régénération du coupable? Parce qu'elle est sûre de sa responsabilité dans l'acte qu'il a commis ? Ou, tout simplement, parce qu'elle a encore la nostalgie d'une ancestralité nébuleuse où religion, superstition et impiété se confondaient?

Il est aujourd'hui amplement démontré que la peur de la peine capitale n'arrête personne, que l'amélioration du délinquant le plus dur n'est pas impossible, que le déterminisme n'est pas un vain mot. Mais que l'expiation ait ou non une valeur exemplaire, que le criminel soit récupérable ou non, qu'il ait agi volontairement ou poussé par des forces qu'il ne dominait plus, en aucun cas l'irréversible ne doit surgir de la sentence de juges qui se veulent libérés d'un passé sourd aux raisons du doute et aux clameurs de l'innocence. Seule l'irresponsabilité passe par l'Histoire sans rien y apprendre.

Quelle oreille n'entend pas l'erreur rendre sentence au long des siècles, et la voix posthume de ceux qui furent injustement jugés demander réhabilitation? Si les fanatiques de la peine capitale ignorent les lois de la clémence, qu'ils connaissent au moins celles de la prudence. Comment celui qui ne peut voir qu'un angle des choses ose-t-il évaluer tout l'horizon?

— Tu ne tueras point! — proclame la Bible, du fond des temps, quand l'homme n'imaginait pas encore à quels abîmes d'introspection il pourrait descendre et de quels miracles thérapeutiques serait capable la science créée par lui. Et les consciences droites découvrent finalement que ce commandement est le premier de ceux qui nous préservent de tomber dans l'enfer de l'inafaillibilité — suprême tentation. Le trait rouge sépare le possible de l'impossible, le révocable de l'irrévocable, le désespoir de l'espérance.

— Tu ne tueras point, même celui qui a tué — précisèrent plus tard les convertis à la clarté du commandement. Les mains de Caïn, rougies du sang innocent de son frère, ne seront jamais lavées. Mais d'autres mains qui vengeraient l'acte exécrationnel demeureraient éternellement plus sales encore. Sales d'une vengeance qui ne servirait en rien la première victime, et ajouterait à l'horreur collective le cauchemar irrémédiable de sa propre cruauté.

Il y a un siècle que le Portugal a aboli la peine de mort. Le civisme libéral d'un petit peuple, sans attendre l'exemple d'autrui, s'est courageusement engagé sur le sentier de l'esprit, et a mis fin à la noire mission des balles, de la corde et du couperet. Il a mis fin à l'unique geste absolu que l'homme peut et ne doit jamais faire. Au geste qui le transforme en un grotesque Dieu de pacotille qui, lorsqu'il fulmine, se fulmine.

Célébrer l'évènement, c'est rendre hommage, dans le présent, à une grandeur d'âme, à un apogée politique, à une clairvoyance législative du passé, et, en même temps, c'est faire un appel à la conscience universelle, en cette heure lugubre où l'on n'est plus exécuté seulement pour des crimes réels dans les lieux patibulaires visibles ou invisibles de ce monde. En cette heure maudite de camps de concentration, de chambres à gaz, de bombes atomiques, de guerres sinistres, de massacres expéditifs. Un appel au respect dû à notre déjà dramatique condition de mortels. La tragédie de l'homme, cadavre ajourné, comme l'a appelé Fernando Pessoa, n'a pas besoin d'un dénouement extemporané sur la scène où elle se joue. Elle est suffisamment poignante pour se dispenser d'une fin artificielle, tracée par des bouchers, des mégalomanes, des potentats, des racismes et des orthodoxies. C'est pourquoi, humains que nous sommes, nous devons exiger en termes clairs que l'on donne à tous les peuples un code d'humanité. Un code qui garantisse à chaque citoyen le droit de mourir sa propre mort.

(Traduit du portugais par *Andrée Crabbé Rocha*)

THE DEATH PENALTY

Miguel Torga

Invited to take part in this meeting held to commemorate the abolition of the death penalty in Portugal, I am here in the double capacity of poet and doctor. The poet is here to represent, as best he can, the ardent, indignant, brotherly feeling of all those who, from Villon to Victor Hugo, from Gil Vicente to Guerra Junqueiro, have raised their voices in protest against the iniquitous nightmare and made their contribution towards its abolition or its repudiation by the common conscience of mankind; the doctor is here, with equal modesty, as the symbol of the unending line of all those who have always been, and still are in all human societies, the sworn, active enemies of any form of human annihilation. The proxy, albeit unsolicited, of both these parties, my only aim is to be the shadowy figure suggesting their presence here with us in this meeting, which would be incomplete without them. The trumpet-call of feeling and the white overall of medical aid would alike be lacking in the midst of this great, battle-proved army of non-violence. Great are the powers of argument and knowledge, which analyse all things and bring order and arrangement in their train; but no less great is the power of the inspired word which sweeps people off their feet, and of the dedicated example which stubbornly pits the «NO» of its will against the «YES» of fatality. What may never be brought to life by dry, complicated arguments may often burst into flower in the simplicity of a line of verse; what humanitarian fervour in the abstract may never bring about can almost always be brought to fruition by dedicated endeavour.

We all know that death is a necessity of life. Spring can only be born from the death-pangs of the autumn which has passed away. Only the unescapable fact of unceasing wasting away can give us the certainty of everlasting duration. If fire is kept burning by fuel, while there is fuel

there will be fire. Nourished unremittingly by what is perishable, the fire itself will never perish.

But, all through his history, man has never resigned himself to being a fugitive flame in this perpetual bonfire. He fiercely refuses to be immolated, however dazzling the resulting brilliance might be. The certainty that the cessation of his own heartbeats is the indispensable sustenance of the undying pulsation of the Cosmos is, for him, no consolation. Against the clear force of reasoning there rises, in him, the dark force of feeling.

Sappho, the great Greek poetess, said that if to die were a good thing, the gods, to whom all things are possible, would themselves die. But the desire of the gods is for immortality. Less ambitious, yet clinging like them to the favourable lot of being alive, we, the sons of Prometheus, ask at least for our departure be to put off indefinitely, with the panic voice of the instinct of self-preservation. This instinct is justified in its own right on the purely biological plane, but, to the honour and glory of the human race, it has progressed upward from simple individual egoism to the nobility of a collective value. I feel sure that nobody will deny to poetry and medicine a decisive role in the elevation of this natural impulse. Sanctifying life by exalting its inmost meaning, and defending it tenaciously against the malevolent attacks of which it is the constant target, Orpheus and Hippocrates helped to place rational limits on the unlimited irrational force which lurks within us. Lulled by the strains of the poet and trusting in the prescriptions of the doctor, the wild beast gradually changed its temperamental impetus into a more moderate and sociable force which, while never losing its primary significance, lost its aggressive solitariness. The animal mask of the anthropoid was replaced by the features of a human being, and the face of a human being was transformed into the countenance of a fellow creature. In this way, transfigured but not disfigured, man finally attained his proper stature: a being who desires to fulfill himself in this life, a life as long and as free as possible, obedient to the laws and conditions of his birth, but putting on an equal footing the well-being of himself and of others. He treats with the same remedies the illness which attacks himself and attacks his neighbour, and labours to prolong increasingly his own life and that of his fellow beings with the same faith and the same tenacity.

Now, by an unfortunate contradiction in his own nature, this man who finds in the gift of life his only chance of earthly salvation, who flees in fear from the death which dogs his footsteps from day to day, ever wakeful to put an end to his dreams and his undertakings, this same man who, calling to his aid all available weapons and knowledge, wages war

against death, whether on his own doorstep or on a worldwide scale, in a titanic struggle for the preservation of the one or of the many, has made of death — and in many parts of the world still makes — an instrument of punishment. He electrocutes, beheads, shoots or hangs, all in the name of justice, with a blindness which extends to the very image of the goddess he claims to serve, suggestively presented with blindfolded eyes in the temples of the law. In a sadistic fury which is the negation of his own existence and which brings down in ruins the majestic ethical system of which he is the representative, he lightly doffs the unsullied toga of the magistrate and dons the bloodstained tabard of the headsman.

Gregarious by vocation or of necessity — it matters little which — the king of creation had to bring order into the traffic of social life, setting up standards of conduct for all situations and circumstances. These standards, historically speaking, are the faithful reflection of his own mental and moral growth throughout the ages. Barbarous to begin with, then slowly becoming less harsh, and finally civilised, it is almost impossible to think that they should one day be unnecessary. There will always be wrong-doers in the world, for a thousand reasons which are known, clearly or vaguely, to us all. We came from the animals, and we are still **animals** in the bottommost depths of our nature. Not even Christ was able to flee from the tempting of the devil who dwelt within Him. But if repression of active wrong-doing has to be effected — seeing that passive wrong-doing sits at meat with us — if there are crimes that demand severe punishment, if it is needful to protect the building in which we all live against fire-raisers, it is also necessary that the arm of justice should keep within the bounds of legitimate repression. By this I mean, that it should stop at the frontier which must of necessity delimit the living-space of any healthy community. To go beyond this wholesome boundary is to trespass on the forbidden world of human personality, holy ground which in our heart of hearts we should all like to think inviolable, because only here do we feel that the integrity of our personal being is protected. To take the punishment as far as this private redoubt, this sanctuary of the mystery of individual being, the heart-wood of the human creature, this is no longer doing justice; it is, at one and the same time, **committing** a profanation and degrading the authority which commits it. It is answering a punishable crime by a crime which is unpunishable because it is perpetrated in the name of humanity, and doubly monstrous because it brings down with the same blow the part which is attacked and the whole which is the attacker. On one side of the scales, to balance the other, is placed the infinite weight of deliberate violence, and the counterweight, no less infinite,

of the wilful closing of the mind which this implies. The unforgivable sin is to sacrifice one's peace of mind, of one's right mind.

The law of reprisal is at once too little and too much. Too little, because no reparation can repair the offence; too much, because justice overshoots its own mark. Illegal crime, in a problematical perspective of complete freedom, only compromises the aggressor; legal crime, where such a perspective is incontrovertible, compromises the whole of society which, in this crushing, cold-blooded and exaggerated retort to the offence of a single individual, only strips itself of authority and condemns itself. With a whole arsenal of coercive measures at its disposal — prisons, penitentiaries, reformatories, and so on and so forth — what need has society to suppress what it can efficiently render harmless? Because it believes in the restraining power of scarecrows? Because it does not believe in the reformation of the guilty individual? Because it is convinced that the whole responsibility rests on him? Or simply because it still has yearnings for a misty past in which religion, superstition and ruthlessness were inextricably mixed?

Today, it has been amply proved that neither does the death penalty put fear into anybody, nor is the reform of the most stony-hearted criminal impossible, nor is determinism a vain word. But whether or not punishment acts as a salutary example, whether or not the criminal may be reclaimed, whether he acted as he did of his own free will or whether he was urged on by forces which at the moment he was unable to control, in no case should an irrevocable sentence be pronounced by judges who, it is to be hoped, are free from the bonds of a past which was deaf to the arguments of doubt and to the appeals of innocence. Only irresponsibility goes on its way through history without learning anything. Whose ear does not hear error giving judgement throughout the centuries, and the voices from beyond the grave of those -unjustly judged, crying out for justice? If the fanatical supporters of capital punishment do not recognise the laws of mercy, let them at least recognise those of prudence. How can he who only takes a one-sided view dare to pronounce an all-round judgement?

«Thou shalt not kill!» proclaims the Bible from out of the past, when man little imagined to what gulfs of introspection he would descend in the future, and of what therapeutic miracles the science he himself had created would one day be capable. Right-minded people finally came to understand that this commandment is the chief of those that keep us from falling into the hell of infallibility, the temptation of temptation. The red line divides the possible from the impossible, what can be undone from what cannot be undone, hope from despair.

«Thou shalt not kill — not even a killer!» those who became converted to the full meaning of the commandment were later to explain. The hands of Cain, stained with the innocent blood of his brother, will never be washed clean. But other hands that might avenge the hideous deed would remain for ever stained more deeply still; stained by a crime that would profit the first victim nothing, but would only add to the general horror the ever-present nightmare of their own cruelty.

Portugal abolished the death penalty a century ago. The liberal civic spirit of a small nation took a courageous step forward along the path of the mind, without waiting for others to set the example, and put an end to the dastardly work of bullets, the rope, and the headsman's axe. It put an end to the only absolute gesture that man can ever make, but which he should never make — the gesture that transforms him into a grotesque parody of a God who, launching his thunderbolt, strikes himself with his own lightning.

To celebrate this event is to render homage in the present to greatness of soul, high political thinking, and legislative vision in the past; it is, at the same time, to make an appeal to the conscience of all mankind in this unhappy hour when it is not only actual crimes that lead to executions on the visible and invisible scaffolds of this world; this sorry hour of concentration camps, gas chambers, atomic bombs, sinister wars and wholesale massacres; an appeal to the respect due to our mortal condition, a condition in itself dramatic. The tragedy of man — «a corpse postponed», as Fernando Pessoa called him — does not need a precipitate ending on the stage. It is sufficiently tense to dispense with an artificial end, thought up by butchers, megalomaniacs, potentates, racial theories and orthodoxies. And so, human beings that we are, let us demand unequivocally that all nations be given a code of humanity — a code that secures to each citizen the right to die his own death.

(English version by *Prof. W. K. Witcomb*, University of Coimbra).

TODESSTRAFE

Miguel Torga

Wenn ich zu diesem Kolloquium, das der Abschaffung der Todesstrafe in Portugal gedenkt, einen Beitrag leisten soll, so tue ich dies in der doppelten Eigenschaft als Dichter und Arzt. Der Dichter wird nach besten Kräften stellvertretend für den erzürnten und brüderlichen Eifer so vieler sprechen, die sich — von Villon bis Victor Hugo, von Gil Vicente bis Guerra Junqueiro — gegen jenen unstatthaften Albtraum auflehnten und zu dessen Löschung oder Vertreibung aus dem Gewissen der Menschheit beitrugen; der Arzt wird in gleicher Bescheidenheit die endlose Reihe all derer vertreten, die in allen Gesellschaften stets tatkräftige und verschworene Gegner jedweder Form der Vernichtung menschlichen Lebens waren und es noch heute sind. Unbeauftragter Sachwalter sowohl der einen wie auch der anderen, möchte ich nicht mehr als der unaufdringliche Schatten sein, der ihre Gegenwart in dieser Versammlung, die ohne sie unvollständig wäre, vermitteln wird. Es fehlten sonst inmitten des großen und kriegerischen Heeres der Gewaltlosigkeit die das Gemüt bewegenden Hörnerklänge und der weiße tröstende Berufsmantel. Großen Wert haben die Dialektik und die Wissenschaft in ihrer Aufgabe zu prüfen, anzuordnen und Gesetze zu erlassen; aber das hinreißende Wort der Eingebung und das entsagende Beispiel, das mutig das NEIN des Willens dem JA des Schicksalhaften entgegensetzt, sind nicht minderen Wertes. Was eine Beweisführung in ihrer trockenen Zusammensetzung nicht zu bewerkstelligen vermag, gelingt oftmals der Einfachheit eines Verses; was ein abstrakter humanitärer Eifer nicht erreicht, vollbringt fast immer eine konkrete Hingabe.

Wir alle wissen, daß der Tod notwendig mit dem Leben verknüpft ist. Daß nur aus dem vorangehenden Todeskampf des Herbstes ein Frühling hervorgeht. Daß uns nur aus der unweigerlichen Tatsache

fortwährenden Vergehens ewige Dauerhaftigkeit gewiß werden kann. Wenn sich das Feuer vom Holze nährt, wird es Feuer geben, solange es Holz gibt. Ununterbrochen aus Vergänglichem genährt, wird der Brand unvergänglich sein.

Indessen hat sich der Mensch bis auf den heutigen Tag niemals damit abgefunden, nur eine flüchtige Flamme dieses ewigen Feuers zu sein. Er weigert sich hartnäckig, geopfert zu werden, welcher Glanz auch immer aus diesem Opfer hervorgeht. Die Gewißheit, daß die Ohnmacht seines Herzens die unerläßliche Nahrung für den unsterblichen Pulsschlag des Kosmos bedeutet, tröstet ihn nicht. Gegen die helle Kraft des Verstandes empört sich in ihm die dunkle Gewalt des Gefühls.

Sappho, die große griechische Dichterin, sagte, wenn sterben gut sei, würden auch die Götter, die alles können, sterben. Doch die Götter wollen unsterblich sein. Weniger ehrgeizig, aber ebenfalls dem Glück des Daseins verhaftet, bitten wir, die Kinder des Prometheus, wenigstens um den unbegrenzten Aufschub unseres Abgangs mittels der panischen Stimme des Selbsterhaltungstriebes. Ein Trieb, der sich rein biologisch rechtfertigt, der aber zu Ehre und Ruhm unserer Art, aus einfacher persönlicher Selbstsucht allmählich zum Adel eines Gemeinschaftswerts emporgestiegen ist. Und ich glaube, niemand wird der Dichtkunst und der Medizin eine entscheidende Rolle bei der Förderung jenes natürlichen Antriebs absprechen. Durch Verherrlichung seiner innersten Bedeutung das Leben für heilig erklärend und es hartnäckig gegenüber böartigen Angriffen, denen es dauernd ausgesetzt ist, verteidigend, halfen Orpheus und Hypokrates, der irrationalen Gewalt, die in uns lebendig ist, rationale Grenzen zu ziehen. Eingewiegt durch die Klagen des Sängers und vertrauend in die Vorschriften des Arztes, hat die menschliche Bestie nach und nach Bezähmung und Geselligkeit ihres ungestümen Temperaments herbeigeführt, das, ohne seine ursprüngliche Kraft einzubüßen, nichtsdestoweniger seine aggressive Einsamkeit verloren hat. Die tierische Maske des Menschenaffen verwandelte sich in die Gesichtszüge einer menschlichen Person und deren Antlitz in das anziehende Bild eines Gefährten. Und auf diese Weise verwandelt, ohne verunstaltet zu sein, erreichte der Mensch schließlich sein genaues Maß: ein Wesen, das in Treue gegenüber seinen angeborenen Weisungen in der Welt während möglichst großer und -unabhängiger Dauer seine Erfüllung sucht, aber auf dasselbe Maß der Gleichheit die eigene und die Erhaltung des anderen stellt. Er behandelt mit gleichen Heilmitteln seine eigene wie die Krankheit des Nachbarn und kämpft mit gleichem Glauben und gleicher Hartnäckigkeit für eine stets größere Langlebigkeit seiner selbst und seines Nächsten.

Nun aber geschah es infolge eines unglücklichen Widerspruchs seiner Natur, daß jener Mensch, der im Geschenk des Lebens die einzige Möglichkeit irdischer Rettung findet, der in solchem Erschauern den Tod von sich weist, der ihm Tag für Tag auflauert, stets bereit, ihm seine Träume und Vorhaben jäh zu unterbrechen, nun geschah es, daß jener Mensch, der in einer titanischen Anstrengung zur Erhaltung seiner selbst und der Menschheit für seinen Kampf im Bereich seiner Scholle und im Bereich des Planeten alle Waffen und Wissenschaften einsetzt, aus dem Leben ein Mittel der Bestrafung machte und dies noch an vielen Orten der Erde tut. Im Namen der Gerechtigkeit vollzieht er Hinrichtungen auf dem elektrischen Stuhl, durch Enthauptung, durch Erschießung oder durch den Strang und tut dies in einer Blindheit, die er auf das eigene Sinnbild der Göttin, der er zu dienen vorgibt und die er in den Tempeln der Justiz sinnfällig mit geschlossenen Augen darstellt, erstreckt. In einem Sadius, der ihn selbst in seiner Existenz leugnet und die majestätische sittliche Natur, die er verkörpert, zerstört, tauscht er unbedacht die makellose Toga des Richters mit dem besudelten Rock des Henkers.

Als geselliges Wesen aus Berufung oder aus Notwendigkeit — wenig tut es zur Sache — mußte der König der Schöpfung das soziale Zusammenleben regeln, indem er Verhaltensnormen für alle Gelegenheiten und Wege aufstellte. Normen, die, geschichtlich betrachtet, das getreue Abbild seines eigenen geistigen und sittlichen Wachstums durch alle Zeiten hindurch widerspiegeln. Barbarisch zu Beginn, allmählich gemildert, schließlich zivilisiert, sind sie nach unserer Vorstellung für alle Zeiten schlechthin notwendig. Immer wird es, aus tausend Gründen, die wir wissend und ahnend kennen, Rechtsbrecher in der Welt geben. Tiere waren wir, Tiere werden wir bleiben in der tiefsten Tiefe unseres Wesens. Selbst Christus entging nicht der Versuchung des Dämons, der in ihm wohnte. Wenn aber auch die aggressive Bosheit — denn die nicht aggressive sitzt mit uns zu Tisch — bekämpft werden muß, wenn es auch Verbrechen gibt, die schwere Bestrafung erfordern, wenn es auch notwendig ist, das gemeinsame Gebäude vor den Brandstiftern zu schützen, so ist es auch erforderlich, daß der Arm der Gerechtigkeit innerhalb der Zone legitimen Strafens verbleibt. Das heißt: daß er Halt macht an der Grenze, die notwendigerweise jedweden Raum gedeihlichen Zusammenlebens abschirmen muß. Aus jener heilvollen Begrenzung auszubrechen, bedeutet, in die eingehegte Welt der menschlichen Persönlichkeit einzudringen, in jenen geheiligten Bereich, den wir nach unserer innersten Überzeugung unverletzlich wünschen, weil wir nur in ihm die Unverletzlichkeit unserer Person gewahrt wissen. Die Strafgewalt in diesen Ort der persönlichen

Zuflucht, jenes Heiligtum des ureigenen Mysteriums, in das Mark der Schöpfung auszudehnen, bedeutet schon nicht mehr, Gerechtigkeit zu üben. Das hieße gleichermaßen, sich einer Profanierung schuldig zu machen und die Obrigkeit zu erniedrigen, die sie begeht. Das hieße, einem strafbaren mit einem straflosen Verbrechen zu begegnen, weil dieses im Namen der Menschheit begangen würde und doppelt ungeheuerlich wäre, weil mit dem gleichen Zustoß der angegriffene Einzelne und die angreifende Gemeinschaft vernichtet würden. Das hieße, auf einer der Waagschalen zur Herstellung des Gleichgewichts mit der anderen das unendliche Gewicht überlegter Gewalt und das nicht weniger große Gegengewicht der Entäußerung, die dabei vollzogen wird, hinzuzufügen. Äußerstes Verderben bedeutet es, dem Frieden des Gewissens guten Gewissens zu entsagen.

Die Talionsstrafe leidet an einem Zuwenig und an einem Zuviel. An einem Zuwenig, weil eine Verletzung keinerlei Wiedergutmachung bewirkt; an einem Zuviel, weil in ihr die Gerechtigkeit ihr Ziel überschreitet. Das illegale Verbrechen stellt aus der problematischen Sicht völliger Freiheit nur den Angreifer bloß. Das legale Verbrechen, bei dem dieser Aspekt unumstritten ist, bedeutet eine Bloßstellung der ganzen Gesellschaft, die sich mit dieser massiven, kaltblütigen und maßlosen Antwort auf die Tat eines Einzelnen nur entehrt und verurteilt. Mit der Auswahl an Zwangsmitteln, über die sie verfügt — Gefängnisse, Zuchthäuser, Besserungsanstalten usw., usw — inwiefern hat sie es nötig, zu vernichten, wen sie wirksam unschädlich machen kann? Etwa weil sie an die abschreckende Gewalt der Gespenster glaubt? Weil sie nicht an die vollkommene Besserung des Schuldigen glaubt? Weil sie der vollen Verantwortlichkeit des Täters sicher ist? Oder einfach, weil sie noch wehmütig an eine nebelhafte Vorzeit denkt, in der sich Religion, Aberglaube und Grausamkeit vermengten?

Es ist heute hinlänglich erwiesen, daß weder die Todesstrafe abschreckt noch die Besserung des hartgesottensten Täters immöglich, noch der Determinismus ein leeres Wort ist. Wie es aber auch um den Abschreckungswert der Sühne bestellt ist, mag der Täter besserungsfähig sein oder nicht, mag er freiwillig oder getrieben von Kräften, die er im Zeitpunkt der Tat schon nicht mehr beherrscht, gehandelt haben, keinesfalls darf das Nichtwiedergutzumachende der Spruch von Richtern sein, die sich von einer Vergangenheit lösen wollen, die sich den Gründen des Zweifels und den Klagen der Unschuld versagte. Nur die Verantwortungslosigkeit geht durch die Geschichte, ohne etwas zu lernen. Welches Ohr hört nicht, wie der Irrtum im Laufe der Jahrhunderte Urteile spricht, und hört nicht die posthume Stimme ungerecht Verurteilter, die um

Wiedergutmachung bitten. Mögen auch den fanatischen Anhängern der Todesstrafe die Gesetze der Milde unbekannt bleiben, so mögen sie doch wenigstens die Gesetze der Klugheit erkennen. Wie kann sich anmaßen, ein umfassendes Urteil zu finden, wer nur einen Ausschnitt des Ganzen einzusehen vermag?

— Du sollst nicht töten — verkündet das Alte Testament im Anbeginn der Zeiten, als sich der Mensch schwer vor stellte, in welche Tiefen der Selbstbetrachtung er in der Zukunft hinabsteigen und welcher therapeutischer Wunder die von ihm geschaffene Wissenschaft eines Tages fähig sein würde. Und die rechtschaffene Gesinnung entdeckte schließlich, daß dieses Gebot das erste derer ist, die uns davor bewahren, in die Hölle der Unfehlbarkeit, die größte aller Versuchungen, abzugleiten. Die rote Blutspur trennt das Mögliche vom Unmöglichen, das Widerrufbare vom Unwiderufbaren, die Verzweifelung von der Hoffnung.

— Du sollst nicht töten, selbst den nicht, der getötet hat — erläuterten in der Folgezeit die zur Einsicht des Gebotes Bekehrten. Die vom unschuldigen Blut des Bruders besudelten Hände Kains werden niemals gewaschen. Aber andere Hände, die das niederträchtige Verbrechen rächen würden, blieben auf ewig noch schmutziger. Schmutzig wegen eines Verbrechens, das um nichts dem ersten Opfer nutzte und dem gemeinsamen Erschauern den unauslöschbaren Albtraum eigener Grausamkeit hinzufügte.

Portugal hat vor einem Jahrhundert die Todesstrafe abgeschafft. Der freiheitliche Bürgersinn eines kleinen Volkes ist, ohne auf andere Beispiele zu warten, mutig auf dem Pfad des Geistes vorausgegangen und hat der düsteren Bestimmung der Gewehrkegel, des Stranges und des Beils ein Ende gesetzt. Es hat dem einzigen absoluten Zeichen, das der Mensch setzen kann aber niemals setzen darf, das Ende bereitet. Dem Zeichen, das den Menschen zu dem grotesken Zerrbild eines Gottes verwandelt, der, wenn er Blitze schleudert, sich selbst zerschmettert.

Dieses Ereignis zu feiern, bedeutet, in der Gegenwart eine Erhabenheit der Seele, eine große Stunde der Politik, eine gesetzgeberische Weitsicht der Vergangenheit zu würdigen, und gleichzeitig einen Aufruf an das Weltgewissen in dieser düsteren Stunde zu richten, in der nicht nur wegen wirklicher Verbrechen Hinrichtungen an den sichtbaren und unsichtbaren Galgen der Welt stattfinden. In dieser verwünschten Zeit der Konzentrationslager, Gaskammern, Atombomben, unheilvollen Kriege und leichtgeübten Massenvernichtungen. Ein Aufruf zur geschuldeten Rücksichtnahme gegenüber unserer schon dramatischen Bedingung, sterblich zu sein. Das tragische Schauspiel des Menschen, eines vorläufig zurückge-

stellten Leichnams, wie Fernando Pessoa ihn bezeichnet hat, bedarf keines vorzeitigen Endes auf der Bühne, auf der es stattfindet. Dieses Schauspiel ist, von Menschenschlächtern, Größenwahnsinnigen, Gewalthabern, Rassenwahn und Strenggläubigkeit ausgedacht, hinreichend spannend, um auf ein künstliches Ende verzichten zu können. Deshalb fordern wir als menschliche Wesen in unzweideutiger Weise, daß allen Völkern ein Gesetzbuch der Menschlichkeit gegeben werde. Ein Gesetzbuch, das jedem Bürger das Recht verbrieft, seinen eigenen Tod zu sterben.

(Deutsche Übersetzung von *Peter Hünerfeld*, Freiburg/Br.)

(Página deixada propositadamente em branco)

LA PEINE DE MORT
RÉFLEXIONS SUR SA PROBLÉMATIQUE
ET SUR LE SENS DE SON ABOLITION AU PORTUGAL (*)

Eduar do Cor reia

1. Churchill a dit un jour que la façon dont une société traite le crime est un des tests de sa civilisation. Si cela est vrai, le Portugal peut se soumettre à cette épreuve en toute confiance et même avec orgueil.

Car, sans parler des réformes et projet de réformes pénales qu'il a entreprises et qui, selon P. Cannat, le situent «à la pointe même du progrès en matière pénitentiaire», notre pays occupe une place importante dans l'histoire du mouvement abolitionniste de la peine de mort.

Il ne Pexécutait plus, en fait, depuis 1846, l'abolit par un diplôme constitutionnel en 1852 pour les délits politiques, et étend cette abolition aux délits communs par la loi du 1er Juillet 1867, il y a donc un siècle.

Du reste, notre mouvement contre la peine capitale ne s'en tient pas là. En mars 1911, la République l'élimine également en ce qui concerne les crimes militaires, et la Constitution Politique de la même année réaffirme le principe pour tous les crimes, garantie civique reproduite par la Constitution actuelle, à l'exception, faite en 1916, des crimes militaires commis en état de belligérance avec un pays étranger, tout en limitant son application au théâtre même de la guerre.

Et si d'autres pays ont écarté plus tôt que nous la peine capitale de leurs systèmes législatifs, aucun d'eux n'a observé son élimination permanente pendant plus de temps que le Portugal, dont la conduite en la matière

(*) Texte traduit du portugais par Andrée C. Rocha.

stoppose nettement au pessimisme de Goethe lorsqu'il écrivait que «s'il est difficile d'abolir la peine capitale* quand cela se produit* c'est pour la rétablir à la première occasion».

Mais la force de notre remarque est encore plus grande si l'on observe que* fleur du libéralisme portugais* même l'accentuation politique ultérieure vers l'autorité n'a pas jugé nécessaire de la supprimer pour se faire respecter; que* projection qu'elle était à la fois de la pensée éclairée de Beccaria et du correctionnalisme de Boeder* ni la réaffirmation des idées de rétribution* ni l'écho du positivisme ne parvinrent* chez nous* à mettre sérieusement en doute l'acceptation définitive de l'idée abolitionniste.

Mais ce n'est pas tout. Valable pour le Portugal continental* on a aussitôt admis* selon une interprétation authentique* réaffirmée dans la loi de 1870* qu'elle devait s'étendre à tous les recoins de la patrie portugaise* qu'ils soient situés en Europe* en Afrique* en Asie ou en Océanie* et quels que soient les groupes ethniques ou les conditions de développement social de nos provinces d'outremer.

Il s'ensuit que* la peine capitale ayant été abolie dans «ce visage avec lequel l'Europe contemple le monde»* selon le vers de Fernando Pessoa* le principe s'est étendu presque automatiquement aux cinq continents* aux mondes qui sont le «futur du passé portugais»* en Angola ou à Mozambique* à Goa ou à Timor* au Cap-Vert ou à Macao* et il a certainement dû avoir aussi une influence sur la loi brésilienne de 1890* qui élimina également la peine de mort* en vertu d'une exigence indéclinable de notre conscience commune.

2 — Mais même devant le problème du remplacement de la peine capitale* le législateur portugais ne s'est senti obligé de lui faire correspondre la prison à perpétuité que durant un bref laps de temps. En effet* dès 1884* il la transforme en prison temporaire* pouvant bénéficier de la libération conditionnelle* que la loi de 1893 organisa dans notre pays.

Dans cette voie* le projet pénal portugais de 1963-66* déjà approuvé en première révision par le Ministre de la Justice Antunes Varela* —et je me permets en ce moment de lui exprimer tous mes sentiments de profonde admiration pour son œuvre et de juriste et de législateur — va au point de fixer la limite maximum de privation de liberté à 20 ans* même pour les crimes auxquels correspondait autrefois la peine de mort. En outre* il impose encore la libération conditionnelle obligatoire* sans exception aucune* du moment que les deux tiers de la peine sont purgés* et il permet aussi que la liberté soit octroyée lorsque la moitié de la peine a été accomplie.

Et nul ne songerait à dire que l'on choque ainsi les sentiments et la conscience juridique des Portugais.

De toute manière, beaucoup plus qu'une simple désaccoutumance de la peine de mort, on pourra affirmer qu'elle figure, dans le cadre des moyens punitifs du droit portugais, comme une arme de répression intolérable et anachronique, qui appartient définitivement à l'histoire. Et ceci à tel point que son rétablissement blesserait beaucoup plus les sentiments de notre communauté que l'éventuelle occurrence de crimes, fussent-ils des plus graves.

Car une fois confinée dans le passé la tradition de l'exécution de la peine capitale qui, d'ailleurs, évoque chez nous tant de tragédies, les Portugais peuvent clairement discerner combien elle viole manifestement ce beau sentiment humain qu'est la solidarité contre la mort.

Bien qu'elle s'impose à eux comme fait brutal et fatal de la nature — situation limite inéluctable—, les hommes, en une tragique tension, n'en ont pas moins jamais cessé de prendre à tâche de vaincre la loi naturelle de la mort, source de leurs plus profondes angoisses. Et, condamnés à l'avance à l'échec dans ce combat inégal, ils ne l'abandonnent pas pour autant, afin d'essayer au moins de préserver ou de défendre l'existence humaine de toutes les menaces et de lier à la fatale issue de cette lutte contre la mort l'implication du devoir de réaliser la vie dans toutes ses virtualités ou, selon une autre perspective, d'obéir au commandement divin de l'intangibilité et de la sainteté de ce don mystérieux.

3 — De là l'intuition naturelle que la guerre, même celle que l'on nomme «juste», fera toujours pâlir dans ce monde les couleurs de l'humanité; que celui qui tue, même s'il le fait en une défense que la loi reconnaît, ne sera plus le même homme; et, surtout, que l'Etat se déshumanise et se ravale pour ainsi dire au rang d'un Léviathan diabolique quand il menace de la peine capitale, et, plus encore, quand il l'exécute.

Reflet de la conscience effective de cette dégradation est, assurément, la façon dont, au cours des années, on a envisagé la fonction même d'«exécuteur des hautes oeuvres», de «bourreau».

Lorsqu'il perdit son caractère sacré, nous voyons, en vérité ce métier avec son statut juridique, religieux et social d'opprobre, de mauvaise réputation; lié à une irrégularité *ex-defectu*, source de superstitions, de tabou et de pratiques de sorcellerie, que ni la dialectique emphatique et engagée d'un Joseph de Maistre, dans les salons de St. Pétersbourg, ni d'autre théoriciens ne sont parvenus à déraciner de l'esprit populaire.

Ces individus, qu'il était malhonnête d'accompagner, exclus de la société ou, comme le stipulaient nos Ordonnances royales, soumis aux fers dans des cachots, remplacés lorsqu'ils faisaient défaut par des «étaliers», des «bouchers» ou des «écorcheurs», choisis parmi les personnes les plus viles ou les plus criminelles, tuant pour de l'argent, assassins protégés par la loi, quand ils demandaient pardon à Dieu et au condamné, selon l'usage, pour le meurtre qu'ils exécutaient, polarisaient en quelque sorte le sentiment de faute de la société elle-même, l'ambiguïté et l'insécurité intérieure de celui qui tue, ou fait tuer, sans avoir une réponse à la question de Marguerite, dans *Faust*: «ô bourreau, qui t'a donné pouvoir sur moi?», excepté celle de la loi et de la force. Mais sans chercher à savoir si cette loi et cette force correspondent au droit et à la justice qui la rendraient valable et légitime.

En effet, il est vrai que les hommes, depuis qu'ils se connaissent et vivent en société, se sont efforcés en vain de trouver la raison pour laquelle ils punissent. Mais si l'on peut, avec Exner, rappeler comme une des plus grandes singularités de l'histoire de la pensée humaine le fait que, bien qu'il en soit ainsi, on continue à châtier le crime, il semble tragique, pour ne pas dire criminel, que, faute d'une évidence qui puisse se révéler et se démontrer à tous, sur la justice et la légitimité de la punition, on aille au point de la pratiquer en abattant le criminel comme on abat un animal.

Et toutefois, à moins d'imiter la folie, dont parlait Erasme, de ces juristes qui, armés de trois syllogismes, restent insensibles à la vigueur retentissante d'autres vérités, la problématique de la peine de mort est bien loin de nous offrir cette indéniable légitimité et justice dont se réclament les rétionnistes.

4. Radbruch a déjà lumineusement démontré un jour que la thèse de l'acceptation de la peine de mort par le criminel, dans le cadre individualiste du contrat social développé par Rousseau, est inadmissible. Et non seulement parce qu'elle se rapporte à un bien juridique non renonciable et est en quelque sorte contraire aux bonnes moeurs, comme le suggérait Beccaria, mais parce que *Yhomo nomenon* lui-même, porteur de la Raison pure et universelle, dont parlait Kant, refuserait son accord à cette peine par manque d'intérêt à cet assentiment, dans la mesure où il annulerait son propre titulaire.

Il faudrait, peut-être, ajouter à cela que la thèse de l'acceptation impliquerait que l'homme consente rationnellement à ce que la peine de mort lui soit appliquée, non seulement quand, en fait, il a commis le

crime méritant un tel châtement, mais encore quand, par suite d'erreur ou d'arbitraire des juges, il répond pour des crimes qu'il n'a pas commis.

D'autre part, il importe encore de prouver que la menace de privation de vie est le moyen unique et nécessaire de protéger l'existence de chaque individu et de la société.

Considération que nous ramène à la théorie de la prévention générale ou intimidation, à laquelle bien des juristes rattachent la légitimité de la peine de mort.

5. On sait qu'à la base de la prévention générale se trouve l'idée que, grâce à la menace d'un mal — que l'exécution rend sérieuse — on crée des contre-motifs qui annulent les penchants ou l'intérêt de la généralité des gens à la pratique du crime. Or la menace de la privation du meilleur bien de l'homme — son existence même — et donc de la peine de mort, aurait, de ce point de vue, le plus haut pouvoir d'intimidation et garantirait ainsi la meilleure et la plus sûre prévention contre le crime.

L'expérience semble démontrer, cependant, que cette idée n'est pas tout à fait exacte. Il y a effectivement des criminels fanatiques, par exemple de type politique, qui transfèrent en une idée de gloire et de martyre le sens et la raison de leur propre existence.

Sur le plan religieux, en outre, la conviction que la souffrance infligée par la peine de mort a pour récompense le salut éternel, mise par notre Gil Vicente dans la bouche de son pendu, peut diluer considérablement le pouvoir de dissociation de cette menace.

D'autre part, certaines natures dominées par des complexes de culpabilité voient dans le fait de mourir en conséquence de la pratique d'un crime le chemin de la libération. Les nombreux cas de suicide qui succèdent à la pratique de certains crimes révèlent également que la mort n'est pas toujours crainte dans des situations de profond désespoir et d'abattement.

On peut encore ajouter à tout cela que l'application de la peine capitale donne un exemple de cruauté qui insensibilise les hommes, les rendant ainsi plus capables de crime; et que lorsqu'on en fait un fréquent usage, comme on l'a déjà dit à propos de la guillotine, elle finit par tomber en discrédit.

Par ailleurs, il est essentiel pour le pouvoir d'intimidation d'une peine qu'elle soit exécutée: ce n'est qu'ainsi que la menace se transforme en force réelle. Or, puisqu'il est inévitable, même pour des raisons de procédure destinées à garantir la sûreté des décisions judiciaires, qu'un grand laps de temps sépare la pratique d'un crime et l'application de la peine, les sentiments populaires qui incidaient initialement sur le besoin de

châtier le délinquant se transforment, par la suite, en solidarité, ce qui met en relief tous les aspects humains que sa situation suscite. Quand le châtiment, écrivait déjà Unamuno, au lieu d'une réponse naturelle à la faute commise, au lieu d'un réflexe rapide à l'offense reçue, se transforme en application d'une justice abstraite, il devient quelque chose d'odieux pour tout coeur bien né.

Et voilà une autre considération qui mine le pouvoir préventif de la peine capitale.

Du reste, ce pouvoir d'intimidation ne tombe-t-il pas tout à fait lorsqu'on pense que les délinquants sont généralement imprévoyants, qu'ils agissent souvent sous l'impulsion de forces vitales ou encore, convaincus qu'ils ne seront jamais découverts?

Une réponse affirmative semblerait trop prouver. En effet, si on la donne, elle vaut pour n'importe quel système préventif, sans omettre ceux qui, au lieu de la peine de mort, se servent de peines de privation de liberté.

Les choses méritent, néanmoins, plus ample réflexion. Le problème ne consiste pas seulement à savoir si la peine capitale possède en quelques cas, rares ou nombreux, un pouvoir dissuasif de la pratique de crimes. Elle comporte encore la question de déterminer si, d'une part, les aspects criminogènes mentionnés ne contre-indiquent pas son utilisation et, d'autre part si, même dans les hypothèses où elle exerce effectivement un pouvoir d'intimidation, elle ne pourrait pas être efficacement remplacée par la menace d'autres maux, particulièrement de peines privatives de la liberté.

Or, précisément, les statistiques semblent montrer que la substitution de la peine de mort par la prison n'a pas un effet qu'on puisse appeler déterminant sur l'augmentation de la criminalité grave. L'examen du pourcentage d'homicides depuis 1846, date à partir de laquelle au Portugal on cessa d'exécuter la peine capitale, jusqu'à 1867, sert même d'argument, parmi ceux que Barjona de Freitas présenta en faveur de son projet.

Bien entendu, les données statistiques demandent toujours une interprétation et il est possible d'attribuer à des causes différentes l'explication de leurs courbes.

Il est certain aussi, cependant, que la contre-preuve qui consisterait à rechercher si la menace de la peine de mort aurait éloigné de l'homicide ceux qui le pratiquent ne mènerait à aucune certitude.

De toute manière, une raison logique semble seconder une interprétation des statistiques favorable à la thèse abolitionniste. La voici: avec l'évolution de la civilisation, d'autres façons d'incarner le mal des peines

provoquent, aujourd'hui, autant de souffrance qu'autrefois la mort, les mutilations, les tortures, etc. Or s'il en est ainsi, on peut donc bien affirmer que la menace de privation de liberté exerce, de nos jours, un pouvoir d'intimidation semblable à celui qu'avaient les autres dans le passé. Mais ceci confirmerait *Yinutilité* de recourir à la peine capitale et, par conséquent, son *illégitimité*, dans le cadre même de la prévention générale.

D'ailleurs, comme le soulignait Kant, tout système d'intimidation qui, pragmatiquement, punit pour éviter la pratique de crimes, voit sa justification compromise, puisqu'il oublie la dignité humaine, dans la mesure où il se sert des hommes pour la réalisation de ses buts.

Mais en plus de cela, une législation pénale qui admet parmi ses armes préventives la peine capitale, *court le risque de l'utiliser comme moyen d'obtenir une pure obéissance passive, la transformant ainsi en instrument de terreur, où la personne humaine se dégrade complètement.*

L'histoire d'évènements bien proches de notre temps et nombre d'exemples actuels confirment amplement la réalité de ce péril qui, à lui seul, semble impliquer un veto définitif à la thèse rétentioniste.

6. Les dangers d'une idée purement utilitaire, par rapport à la peine de mort, ne sont, du reste, pas moindres quand cette idée s'articule à la prévention dite spéciale, de type naturaliste, si cher au positivisme.

Chacun sait, justement, que cette école vint donner à la thèse de la légitimité de la peine de mort de nombreux et fervents défenseurs, se réclamant orgueilleusement du caractère scientifique de leurs arguments, par opposition à ce qu'ils appelaient le pur sentimentalisme humanitaire des arguments abolitionnistes.

Dans la logique naturaliste de ce mouvement, de même que tout organisme vivant se défend des maux qui le minent, de même la société doit se défendre des hommes qui, par leurs dangereuses tendances criminelles, menacent la structure de la société. Or, s'il est possible, relativement à quelques criminels, de procéder à cette sauvegarde, soignant ou modifiant leur penchant au crime ou l'ambiance sociale dans laquelle ils vivent, il y en a d'autres par rapport auxquels tout traitement est inutile, et l'on ne peut donc prendre contre eux que des mesures de sécurité. Etant donné, cependant, le danger spécial qu'offrent certains d'entre eux et l'importance des biens juridiques qu'ils peuvent léser, la manière la plus efficace d'assurer à la société sa pleine tranquillité serait de les éliminer d'une façon absolue, irrévocable et instantanée, grâce à l'application de la peine de mort. Idée capable de réaliser, d'ailleurs, une sélection arti-

ficielle qui, complétant la sélection naturelle, éloignerait de la société les éléments inassimilables.

Comme l'a fait remarquer Ferri, cependant, une telle pensée conduirait logiquement à légitimer ou même à rendre obligatoire la destruction de tous les individus mal nés, frappés de maladies incurables, ou anti-sociaux par leur idiotie, aliénation mentale, etc.

En ce qui concerne le danger de crime, Garófalo lui même a été obligé de restreindre l'application de la peine de mort, dont il était fervent adepte, à certains homicides porteurs d'«anomalies», mais non pas à ceux qui souffrent de folie. Mais indépendamment de l'arbitrarité scientifique de la distinction, que remarquait déjà notre Júlio de Matos, on ne voit pas bien comment les fous, criminellement dangereux, ne posent pas les mêmes problèmes d'évasion, de sécurité des gardiens, de frais d'entretien, etc., que Garófalo indiquait pour justifier l'exécution des assassins non-aliénés. Tant et si bien que, en désespoir de cause, il fut forcé pour justifier sa thèse de recourir à des raisons d'intimidation dont il avait toujours mis en doute la valeur, comme tous les positivistes, d'ailleurs. Quand, en dehors de cela, il intitule la peine de mort un acte barbare si on l'applique aux fous, parce que ce sont des êtres souffrants, qui ont droit à notre compassion et même à notre respect, puisque le crime, dans cette hypothèse, est un incident de la maladie et non un effet du caractère et du tempérament, il sort nettement du plan naturaliste où il prétend se placer, et fait appel à des valeurs éthiques. Mais celles-ci exigent, justement, comme l'accentuait Grünhut, que l'Etat ne réponde pas au criminel avec ses propres armes: celles de la destruction. Et ceci, entre autres raisons, parce que ces armes empêchent la récupération du délinquant et blessent frontalement toute justice qui ne veut pas se confondre avec utilité et pragmatisme, sources des plus grands dangers et des plus graves arbitraires.

7. On pourra néanmoins se demander si la pensée de Grünhut est exacte. En effet la justice n'impose-t-elle pas précisément l'élimination de certains criminels? Cette élimination n'est-elle pas l'unique chemin à suivre pour rétribuer, annuler ou faire expier certains délits? N'est-ce pas un impératif de justice que quiconque a mal agi doit payer le mal, en souffrant un mal identique à celui du crime qu'il a pratiqué? Et la peine de mort ne représente-t-elle pas le juste prix d'un homicide que quelqu'un a commis?

Pendant longtemps et dans bien des pays on l'a compris et on le comprend encore ainsi. Ce n'était pas seulement l'homicide, du reste,

qui exigeait une telle peine* et* d'autre part* — à une époque pas très reculée — on la considérait comme insuffisante à elle seule pour punir certains crimes: on l'aggravait alors de supplices et de tortures.

Il semble* toutefois* évident qu'une telle réaction ne correspond aucunement à une exigence *nécessaire* de la justice éthico-rétributive. Celle-ci paraît plutôt avoir comme racine essentielle le sens exclusif d'une désapprobation du crime* qui* *extérieurement** doit se traduire par un mal infligé à son agent* à un degré et sous la forme nécessaires pour que ce blâme trouve aux yeux de la société son expression adéquate.

Or* si l'on jette un regard sur l'évolution historique des peines* ou sur le droit comparé* on prendra tout de suite conscience de ce que les modalités prises par ce mal ont varié et varient encore largement dans le temps et dans l'espace. Ainsi* de même qu'on avait répudié l'idée d'abandonner le criminel à une vengeance incontrôlée et illimitée* de même on élimina des législations criminelles les peines-miroir* les peines corporelles* les tortures* les mutilations* les marques infamantes* etc.

A son tour* la peine de prison* qui remplaça largement les peines corporelles à partir de la fin du xviii^{ème} siècle* devenant le principal soutien des systèmes punitifs* tend aujourd'hui à être considérée comme précaire et contingente* et l'on essaie de la remplacer par des mesures qui ne sont ni détentives ni institutionnelles. Comme exemple de cette tendance* il suffit de penser au projet pénal portugais de 1963.

Et tout ceci parce que* d'une part* la civilisation évoluant* les peines corporelles se montrent contraires au respect dû à la dignité humaine. Mais aussi* parce que le raffinement de la sensibilité de l'homme conduit à considérer d'autres formes de souffrance* par delà la souffrance physique — élément contingent de la punition* comme le soulignait V. Bar il y a plus d'un siècle —* capables* aux yeux de la société* de manifester d'une façon externe la réprobation du crime où la nature de la punition* comme mal* s'épuise vraiment.

Or* sous cet angle* pourra-t-on considérer la peine de mort* utilisée autrefois même dans les Saintes Ecritures pour *symboliser* la juste rétribution* comme nécessaire aujourd'hui pour extérioriser la réprobation publique* le blâme juridique que la gravité de certains crimes suscite?

L'exemple de bien des nations qui ont cessé depuis longtemps de l'utiliser et qui l'ont abolie* comme le système portugais au cours de plus d'un siècle* semble permettre une réponse négative et suggérer que la thèse rétionniste se trouve liée à des réactions purement émotionnelles ou à des préjugés que la réflexion et la loi du progrès humain contrarient.

Du reste, quand on compare les systèmes punitifs qui maintiennent la peine de mort, on est frappé par l'arbitrairie du choix des délits ou des formes de délits auxquels elle est appliquée. Quand la peine capitale prétend même établir une égalité avec la non-valeur des crimes les plus graves, cette égalité ne peut être qu'objective, rappelant un talion, sous la forme oeil pour oeil, dent pour dent, qui se détache complètement et du côté subjectif du crime, et du côté subjectif de la peine de mort.

En effet, considérant cet aspect du problème, on verra que le crime ne peut être imputé que rarement à la pleine culpabilité de son auteur et que, de toute façon, la détermination de cette pleine responsabilité ajoutera toujours un nouveau danger d'erreur — encore bien plus subtilement insidieux — au danger d'arbitraire ou d'erreur judiciaire dans l'imputation objective d'un fait à un accusé.

En outre, l'exécution de la peine de mort, indépendamment de son côté matériel qui consiste en privation de la vie, s'accompagne d'un moment de particulière angoisse, qui lui confère une dimension spéciale et qui, en quelque sorte, rend impossible toute comparaison entre la souffrance du criminel et celle de sa victime, comme le montrait Camus avec tant de profondeur.

8. Mais, en dehors de cela, la rétribution de la faute, bien qu'elle puisse avoir un radical de châtement et de souffrance, ne devra jamais être purement formelle et statique, mais devra plutôt se montrer dynamique et prospective; elle ne peut être tenue comme un simple paiement du mal par le mal, mais devra atteindre, justement sur le plan éthique, un sens d'expiation, c'est-à-dire, «de libération de l'homme d'un pseudo , dont les élans, les tendances et les fins constituent une caricature de son *moi* authentique».

Et cette idée eut toujours et a encore, dans notre pays, beaucoup de force et de projection.

En effet, contrairement à ce qui s'est passé, par exemple, outre-Rhin, où, comme le remarque E. Schmidt, la distinction entre morale et droit ou ce qu'on appelle l'autonomie de l'homme même, enseignées par Thomasiaus, Kant et Hegel, donnèrent à la rétribution un sens purement formel, la détachant de toute idée de réparation, dans le sens d'une intention active de régénération et de resocialisation du délinquant, chez nous, l'influence d'un philosophe allemand méconnu, Krause, et de ses disciples, comme Ahrens et Roeder, nous a conduit vers d'autres voies. Celles, justement, qui furent ouvertes par Ferrer Neto Paiva, professeur de philosophie du

droit à Funiversité de Coimbra, qui, introduisant Kant parmi nous, malgré sa formation libérale s'en écarte pour suivre Krause et définir le droit comme ensemble de conditions non seulement *externes*, mais aussi *internes*, dépendant de la liberté, et nécessaires au développement et à l'accomplissement du destin rationnel, individuel et social de l'homme et de la société.

De la sorte, on affaiblissait immédiatement la distinction rigide entre morale et droit et, par conséquent, on rendait possible la construction d'un système pénal ayant pour but la récupération du délinquant. Ce qui signifie que, contrairement à ce qui est arrivé en Allemagne, selon Schmidt, rien ne s'opposait à ce que, chez nous, on continue à développer l'effort récupérateur des criminels qui s'était manifesté au Portugal dès la seconde moitié du xvii^{ème} siècle et au début du xix^{ème} siècle, dans le cadre de ce qu'on appelle, dans une perspective politique, le despotisme éclairé.

Et c'est pourquoi la pensée politique de la révolution libérale portugaise de 1820, qui conduirait au constitutionalisme et à l'état de droit au Portugal au xix^e siècle, bien qu'utilitariste et rationaliste, ne se limita pas à accentuer l'idée de prévention générale, mais donna aussi un relief considérable à la prévention spéciale comme but important des peines.

De la même manière, la réaffirmation des idées rétributrices qui affleurent dans la réforme pénale de 1884 ne se borne aucunement à un mal purement rattaché au fait, mais s'ouvre à une pensée de réparation, qui impliquait la régénération des délinquants.

Or, c'est précisément cette note fondamentale de la pensée juridique criminelle portugaise, même sous son aspect libéral, qui s'exprime ainsi dans l'idée d'une intégration, soit de la prévention générale, soit de la rétribution et de l'expiation, au moyen d'une intention active d'amélioration des délinquants, qui peut expliquer la très nette tendance abolitionniste portugaise: effectivement, la peine de mort mettait obstacle à la réalisation de cette fin principale que, *toujours*, nous avons attribuée aux peines.

Et voilà pourquoi, en dehors des arguments de Beccaria, Forjaz de Sampaio, dans son projet de Code Pénal de 1823, ne laissait pas de noter:

«La peine de mort naturelle, non seulement ne semble pas remplir un des buts principaux des peines, qui est la correction du coupable; mais encore, bien des condamnés ayant échappé à la peine par une grâce du monarque, ou par quelque autre moyen, finirent par changer de vie et devinrent de bons citoyens».

C'est pourquoi, également, le but de la rétribution et de l'expiation s'associa dans notre système à l'abolition de la peine de mort et même, en 1884, à l'élimination de la prison perpétuelle, qui avait remplacé cette peine dans la loi de 1867.

Comment peut-il en être ainsi ? N'est-il pas vrai que, au-delà du problème de la légitimité et de la possibilité générale de rééducation des délinquants, il faudra, du moins pour certains criminels, reconnaître qu'ils sont incorrigibles ? Et si cela est exacte, *minime* quant à eux-ci, ne devra-t-on pas légitimement poser la question de les éliminer physiquement, au nom d'une juste rétribution, puisque toute espérance de les insérer à nouveau dans la vie sociale est perdue pour eux ?

La pensée politique criminelle portugaise répond à cela par une négative constante que l'on entend depuis plus d'un siècle.

On admet, en vérité — et ceci, spécialement pour un droit pénal éthiquement construit, qui ne peut accepter l'incorrigibilité des délinquants imputables précisément parce qu'il les blâme au nom de leur responsabilité morale — qu'il est nécessaire de partir du principe que nulle créature humaine n'est perdue à tout jamais et sans espoir, et, par conséquent, d'un optimisme pédagogique extrêmement cher à l'humanité et à une pensée chrétienne qui ne présente pas la volonté de l'homme comme entièrement corrompue.

9. Et si le compas de la prudence vient nous parler du danger de récidives relativement à des crimes graves, on pourra lui répondre qu'il n'est pas moindre en ce qui concerne les criminels aliénés dont personne n'a l'audace de proposer l'exécution.

D'autre part, la réitération du crime chez celui qui est mis en liberté après une peine de prison ne devra probablement pas être imputée seulement à la culpabilité du délinquant, mais aussi à la passivité de la société et aux négligences de ses organismes pénitentiaires. De plus, il ne faudra pas oublier que ce danger de récidive représentera en quelque sorte le prix que la société paie pour éviter la possibilité de tomber dans l'effroyable erreur de condamner un accusé innocent ou même, et sans fondement, de le déclarer imputable ou pleinement imputable, et de le conduire ainsi à la potence.

Ce n'est qu'avec mauvaise conscience, d'ailleurs, que la société pourra affirmer la *pleine* responsabilité de n'importe quel inculpé, pas tellement pour avoir les criminels qu'elle mérite, comme l'affirmait Lacassagne, mais du moins parce qu'on peut, en quelque sorte, lui attribuer la «co-responsabilité» dont parlait Oetigen et que Max Scheler ne manque pas de souligner dans son Ethique.

10. Du reste, la notion de défense sociale utilitariste comprise comme défense de la société *contre* le criminel, le considérant comme objet d'une

réaction qui accentue la polarité hostile entre la société et l'homme, tend aujourd'hui à être dépassée par une idée de défense *sociale* de type protecteur. Quand Max Scheler, sans répudier la valeur propitiatoire de la rétribution pour la réalisation de valeurs éthiques, attire surtout notre attention sur le fait que le mal du crime éveille un sentiment de «co-responsabilité», de «tristesse» et de «solidarité morale»; quand Jean XXIII enseigne qu'il est indispensable que les individus en charge de l'autorité publique aient toujours présente et opérante une saine conception du monde, conception concrètement figurée dans l'ensemble de conditions sociales permettant et favorisant chez l'être humain le développement intégral de sa personne; — nous voyons surgir, sur le plan criminel, l'idée que Marc Ancel formule d'une façon si suggestive lorsqu'il écrit que la protection de l'ordre social implique avant tout la protection de l'homme; et que la défense sociale constitue une expression nouvelle des droits de l'individu face à la société, entre lesquels se trouve celui de la resocialisation de tous les criminels.

Mais en portant l'accent sur ce côté social protecteur du droit pénal dans le sens d'un devoir, incombant à chacun et à la société, de collaborer activement à la régénération et à la récupération des délinquants, on aborde une idée qui a, chez nous, une longue tradition.

Nous avons déjà dit comment, grâce à Krause et à Ahrens, la dimension du social, de type protecteur, d'un droit destiné à assurer positivement la pleine réalisation de la personnalité de l'homme dans la société, lui fournissant les moyens de se former, de s'éduquer et de s'améliorer, a dominé une bonne partie de notre pensée politique et philosophique du siècle dernier.

Et c'est justement en droit pénal que cette idée fut mise le plus clairement au point, en adhérant au correctionnalisme, d'où naît vraiment, outre la réforme pénitentiaire, l'abolition au Portugal des peines perpétuelles et plus particulièrement de la peine de mort.

Comme le correctionnaliste Röder, notre Aires Gouveia considéra en effet toujours la fonction de tutelle et de correction attribuée au droit pénal comme inconciliable avec la peine de mort; c'est pourquoi il la combattit toujours courageusement.

Et s'il ne parvient pas à faire triompher son projet d'abolition de la peine capitale, proposé en 1862, tout en obtenant — ce qui menait pratiquement au même résultat — que l'on coupât alors la somme budgétaire stipulée pour le bourreau; il donne, en 1867, un appui si décisif au projet de Barjona de Freitas, que l'élimination de la peine de mort — à laquelle Levi Maria Jordão avait aussi donné son adhésion — est approuvée aux Cortès de 1867 presque à l'unanimité, puisque il n'y eut que deux votes contre.

11. Le Portugal s'était donc prononcé contre la peine de mort.

Certainement, entendra-t-on dire, sans réduire sa problématique à des termes d'une rigueur logique et théorique rendant nécessaire et indiscutable la thèse abolitionniste.

Au fond, dira-t-on ailleurs, il est arrivé que, confrontant la *certitude* de la mort d'un homme par son exécution légale et la *simple possibilité* de prévenir ou de punir la pratique de crimes graves; comparant les dangers que comporte la légitimation de cette peine à l'idée qu'il faut garantir la sécurité de la société, ne fût-ce que par la grosseur d'un cheveu, comme le dirait Bismark; mettant face à face une peine qui choque si brutalement les sentiments de solidarité contre la mort — faisant rejaillir sur le bourreau qui l'exécute une sorte de perte de la paix sociale — et la défense de la société qui voit en elle une manière commode, définitive et sûre de se débarrasser de certains hommes dangereux, tout en oubliant qu'elle a concouru jusqu'à un certain point à les rendre tels; un législateur, le législateur portugais, a refusé de renoncer à l'éventuelle récupération sociale des délinquants, que la peine capitale rend impraticable. Ainsi, en fin de comptes, on a mis le poids de certaines conceptions sur l'homme, on a mis la force de certains éléments affectivo-volitifs dans un des plateaux de la balance pour la faire descendre dans le sens de l'abolition de la peine de mort.

Mais, ce disant, on note seulement le signe qui caractérise une prise de position devant certaines situations limite, auxquelles sa raison elle-même conduit l'homme. Plus que le produit d'une pensée logique conceptive, elle devra être, à la base, comme l'enseigne un Perelman ou un Viehweg, un mode de penser topique, rhétorique, qui, au lieu de démontrer, cherche à persuader et à convaincre.

Comme toute décision existentielle devant les significations les plus profondes des pro-jets de l'homme, de telles prises de position devront donc être des décisions «ouvertes», auxquelles la liberté qui est à leur base crée une responsabilité particulière; d'où il s'ensuit, comme corollaire, non seulement le devoir de les objectiver au maximum, mais aussi celui «de les communiquer» aux autres, afin de réaliser l'impératif dont parle notre Baptista Machado — participer à l'humanisation du monde et de l'histoire.

A cette lumière, notre Colloque acquiert une signification particulière.

Il s'agit, en effet, avant tout, de célébrer une prise de position de notre législateur, en renouvelant sa problématique, «ouverte», comme la décision qui en est la base, de façon à révéler toute *la tension qui continue*

à lui être sous-jacente et à éviter ainsi que Ton «aliène», par la routine et l'habitude, sa signification transcendente.

Mais il s'agit aussi de faire régner dans notre discussion l'esprit de ce message, que nous avons porté il y a cent ans aux cinq parties du monde, et de le «communiquer» aux autres, comme «ouverture» à la vérité, dans un effort pour dévoiler des valeurs de justice et d'humanité auxquelles tous puissent librement donner leur adhésion.

Il y a toujours eu, dans l'histoire, des peuples et des hommes dont la vocation est de surprendre les coordonnées du progrès moral et scientifique. On dirait, comme l'enseigne Heidegger, que la lumière de l'«Être» leur adresse un appel, les interpelle, entrant par la fenêtre de leur «pro-jet» existentiel et leur permettant de découvrir de nouveaux recoins et de nouvelles étoiles de l'Univers, ou le sens de nouvelles lois, valeurs ou vérités — mais en faisant d'eux, en même temps, leurs «serviteurs vigilants», leurs «gardiens» ou leurs «pasteurs».

Peut-être pourra-t-on dire que le Portugal fut l'objet d'un tel choix, le destinataire d'une convocation de ce type, lorsqu'il ajouta de nouvelles terres aux terres connues, et chercha à y instaurer une façon d'être au monde où les autres, tous les hommes, ne peuvent pas être traités comme la nature, comme ustensiles de certaines fins, mais comme individus doués de la même structure humaine que chacun de nous.

Mais si ce sentiment de profond respect pour les autres, cette conscience de «co-présence de chaque individu dans le mystère de l'Être», ou de la création divine, se trouve à la base d'une espèce déterminée de culture que nous nous sommes efforcé d'établir dans les cinq continents, il se retrouve, avec non moins de vigueur, à la racine de notre message abolitionniste de la peine de mort.

Comme l'écrit Fechner, à propos de certaines créations de l'homme, la décision d'abolir la peine capitale est devenue un morceau de nous-mêmes, si bien que l'abandonner ou la trahir serait comme nous trahir ou arracher un lambeau de notre être.

Cette décision constitue ainsi, pour nous autres Portugais, une vérité qui nous lie et qui a acquis la force de celles qui émanent d'impératifs «objectivés», auxquelles *tous*, tôt ou tard, se sentiront incapables de dire non.

Tôt ou tard, cependant, — et puisse ce Colloque, en quelque manière, avancer cet instant — le oui que l'on dira à l'abolition définitive et universelle de la peine de mort permettra, certainement, de mieux comprendre, dans toute leur beauté et leur richesse humaine, les paroles de Malraux, exergue d'un impressionnant ouvrage de Koestler : «Une vie ne vaut rien. Mais rien ne vaut une vie»!!!

(Página deixada propositadamente em branco)

PENA DI MORTE E GIUSTIZIA PENALE

Giorgio del Vecchio

Per coloro che eventualmente abbiano letto qualcuno dei saggi da me dedicati al problema della giustizia penale, è superfluo che io dichiaro che sono assolutamente contrario alla pena di morte. In realtà, la mia critica va molto oltre questo particolare argomento, e tende a una radicale riforma degli attuali sistemi delle leggi penali in genere. A proposito della pena di morte, vorrei ricordare soltanto due fatti: che lo stabilimento di quella pena non è mai valso a diminuire il numero dei delitti, mentre la abolizione di essa, dove era stata in vigore, non ha mai fatto crescere. Del resto, contro la pena di morte sono state espresse già valide e perentorie obiezioni, che non occorre ripetere.

Il dilagare del fenomeno della criminalità, che oggi si osserva in quasi tutti i paesi, mostra abbastanza l'inefficacia dei sistemi punitivi attualmente in vigore. A mio parere, l'errore fondamentale di questi sistemi consiste nella credenza che il far soffrire chi ha commesso un delitto, tenendolo in carcere per un certo tempo o a vita, costituisca una riparazione del delitto medesimo. La riparazione dovrebbe invece consistere, secondo la vera giustizia, nel risarcimento del danno recato dal delitto non solo alle dirette vittime di esso, ma anche all'ordine giuridico, vale a dire alla società intera. A tale risarcimento i delinquenti dovrebbero essere obbligati con l'imposizione di un lavoro conforme alle loro capacità, e con conseguenti limitazioni più o meno gravi, secondo i casi, della loro libertà personale; ma ciò senza quello scopo di farli soffrire, che la morale, a mio parere, non può ammettere in alcun caso. Rimangono fermi, comunque, il prin-

cipio della legittima difesa (che può comprendere anche l'uccisione dell'aggressore) e quelli delle cosiddette misure di sicurezza (che si applicano anche ai pazzi, soltanto per impedire di nuocere a sé e ad altri).

Per determinare il modo del risarcimento e l'ammontare del debito, dovrebbe essere istituita una speciale magistratura, alla quale spetterebbe anche il compito di vigilare, per mezzo della polizia da essa dipendente, affinché i delinquenti non si abbandonino a una vita disordinata né a spese superflue, finché non abbiano assolto il debito.

Attualmente, come ognuno sa, i delinquenti usciti dal carcere, senza avere risarcito il danno, sono lasciati pienamente liberi di darsi all'ozio e di commettere altri reati. Le statistiche provano che in moltissimi casi i delitti più gravi sono commessi da chi aveva già passato un certo tempo in carcere. Chi può credere, dopo ciò, che la pena quale oggi si pratica serva effettivamente alla «rieducazione del condannato», come spesso si afferma anche in testi legislativi (per es. nell'art. 27 della Costituzione italiana) ?

PENA DE MORTE E MISTÉRIO

Miguel Real e

Omnia mors poscit. Lex est, non poena > perire.

Seneca

1. Em 1935, no apogeu da Escola Técnico-Jurídica, Vincenzo Manzini escrevia: «A questão da pena de morte, apesar de ter dado lugar a intermináveis e tediosíssimas diatribes por parte de filósofos e de pseudo-juristas, não é nem questão filosòfica, nem jurídica. Os argumentos que se aduzem a favor ou contra a pena de morte não são sequer racionalmente decisivos, quer num sentido, quer no outro, e ainda menos o podem ser juridicamente, visto não haver outro direito além do constituído pelo Estado. A questão da pena de morte é meramente política, porque somente pode ser decidida segundo critérios políticos».

A seguir, após lembrar a lei de 1926, que restabelecera a pena de morte na Itália, acrescentava o ilustre penalista: «O efeito foi tão maravilhoso que ficou patente a fatuidade dos sofismas daqueles filósofos que pretendem demonstrar a inutilidade da pena de morte» (*).

Não obstante o curto tempo decorrido, essas palavras adquiriram uma estranha ressonância, tais as mutações profundas por que passou a humanidade nestas últimas três décadas, projetando o problema da morte para o primeiro plano das meditações dos filósofos, irradiando-se poderosamente pelos quadrantes da arte e da literatura. Apesar da solidariedade que governa o mundo dos valores culturais, não se pode dizer, todavia, que a nova problemática tenha tido igual repercussão no campo do direito,

C¹) Manzini—*Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, 5.^a ed., Pàdua, 1935, pp. 213 e segs.

o qual é pouco propício aos movimentos que parecem se afastar das linhas tradicionais da medida e da prudência. Há, porém, sinais de que os juristas, e não apenas os jusfilósofos, já se aperceberam da sem razão dêsse alheamento, não podendo a Ciência do Direito, como compreensão normativa da experiência social, deixar de prestar atenção aos novos aspectos oferecidos sobre a vida humana que ela procura dimensionar. A idéia, aliás, de realizar um simpósio para comemorar-se o primeiro centenário da abolição da pena de morte em Portugal, — a segunda Nação, salvo engano, a fazê-lo, mas a única que soube manter desde então inquebrantável fidelidade ao princípio exemplar, — não possui mero sentido de comemoração ocasional, mas reflete antes, em toda a sua intensidade, a renovada presença do grave problema na consciência universal.

Não resta dúvida que, no plano dos fatos, a vigência ou não da pena de morte depende de critérios políticos, mas o problema é, em si mesmo a um tempo, filosófico e jurídico, por seu conteúdo e pelas implicações que suscita na experiência social. O ato do legislador, instituindo a pena de morte, não tem o efeito de legitimá-la, indiferente às «diatribes» dos filósofos, e como se só restasse aos juristas o trabalho acessório de estudar os processos técnicos postos pela invencível determinação normativa: ao contrário, a opção do órgão soberano do Estado, no instante mesmo em que instaura ou reinstaura a pena de morte, põe o problema de sua legitimidade. Poder-se-ia dizer, parafraseando conhecido dito de Rosmini, que é então que o problema brilha com um esplendor insólito.

Ora, quer parecer-me que a nova consciência problemática da morte, tão densa e até desesperadamente vivida no seio da filosofia existencial, e que já agora parece se orientar segundo diretrizes mais achegadas à concretude da existência humana, não tem sido devidamente levada em conta, por jusfilósofos e juristas, no tocante à compreensão da questão particular da pena de morte.

Há todo um estudo a fazer-se quanto à colocação da questão da pena de morte à luz das meditações de Dilthey ou de Simmel, de Max Scheler ou de Rilke, de Heidegger ou de Jaspers, de Sartre, de Ortega ou de Gabriel Mareei sobre o significado da morte no plano existencial. Seria, porém, tarefa incompatível com os limites naturais de uma comunicação, que, em princípio, deve se destinar a dar conhecimento dos resultados de uma pesquisa pessoal sobre determinado assunto.

É a razão pela qual, no presente trabalho, vou limitar-me a focalizar a matéria sob um ângulo especial, que pressupõe, por certo, a temática existencial, nascendo, por assim dizer, de suas exigências problemáticas, mas com a finalidade estrita de uma análise da questão sob o ponto de

vista exclusivo da possível *compatibilidade lógica* entre o conceito de *pena* e o conceito de *morte*. Trata-se, como se vê, de uma análise que pretende se desenvolver no interior do enunciado «pena de morte», tomando certas posições existenciais como termos de referência à elucidação do assunto, o que talvez demonstre quanto exagêro há em se extremarem ou se absolutizarem as colocações da filosofia analítica e da filosofia existencial.

2. Nesse sentido, a primeira observação que se impõe refere-se ao conceito de pena, ou, por melhor dizer, aos conceitos fundamentais de pena que a doutrina nos tem oferecido, tendo em vista a sua natureza e os seus fins. O que me move, em tal análise, é verificar se, não obstante as divergências que separam as diversas teorias, há nelas algo que as vincule a uma base ou a um propósito comum.

De antemão, parece-me que têm sido baldados todos os esforços tendentes a desvincular o conceito de *pena* do conceito genérico de , não logrando êxito os penalistas seduzidos pelo desejo de uma fundação «a se» do Direito Penal, isto é, totalmente desvinculada da sanção comum a tôda a ordem jurídica. A rigor, a pena é a forma própria da sanção correspondente à violação de um preceito penal, entendendo-se por sanção a consequência jurídica de que é munida tôda regra de direito para salvaguarda de seu adimplemento, seja no sentido da outorga de um benefício ou vantagem aptos a influir sobre a vontade do destinatário (*sanção premiai*) seja como privação de um bem material ou pessoal, capaz de prevenir ou de reprimir lesões ao direito (*sanção penal*).

A sanção penal, genêricamente considerada, triparte-se em *sanção civil*, *sanção administrativa* e *sanção pe*, «strito sensu», ou , propriamente dita, não havendo necessidade de apontar, neste estudo, as características de cada uma delas. Bastará frizar que a *pena* se distingue das demais sanções, não apenas por motivos de ordem formal, mas também em razão de seu conteúdo, ou seja, em virtude do valor ou do interêsse que tutela. Como «consequência jurídica» do delito, — e consequência que se não reduz a um simples nexu causal, «ad instar» do que ocorre no plano das relações naturais, visto se constituir como momento de um *dever ser* ético, — a pena tem como pressuposto necessário uma ação axiològicamente dimensionada, segundo o modêlo racionalmente expresso no preceito legal violado.

Podem variar as doutrinas no concernente à conceituação da pena, uns pondo em realce a sua natureza , outros a sua destinação *preventiva*, ou então preferindo uma apreciação conjunta dos dois aspectos para concebê-la como «uma repressão de escopo preventivo», mas são tôdas

expressões de um mesmo e inevitável propósito de fundação racional da pena, com base nas lições da experiência. A pena é, em suma, necessariamente, uma *categoria racional*, assim por sua natureza como por seus fins.

Quer se opte por uma concepção naturalística da pena, subordinando-a ao problema da periculosidade do delinqüente, quer se funde a sua compreensão na idéia ética de um castigo ou sofrimento infligido ao transgressor, «malum passionis propter malum actionis», o certo é que o conceito de pena implica um processo de racionalização da experiência pondo-se a *consequência jurídica* como o resultado de uma determinada forma de valoração do ilícito penal, resultado êsse que sempre corresponde a uma correlação de meio a fim, segundo a perspectiva ou o enfoque teórico preferido.

È a luz dêsses pressupostos teóricos que o penalista toma posição perante o quadro das discriminações ou especificações penais, procurando ajustar ou graduar a pena em função da natureza do bem lesado, da pessoa do delinqüente e da reação da consciência individual e coletiva. Nessa delicada tarefa de adequação das regras de direito à tipicidade dos delitos, a razão e a experiência vão de mãos dadas, aferindo-se, à luz de dados estatísticos e de pesquisas psicológicas, sociológicas, etc., o acêrto das medidas adotadas, tendo-se em vista a defesa social ou a recuperação do infrator. Poder-se-á mesmo afirmar que é em termos de «racionalização concreta», segundo princípios teóricos o mais possível controlados pela experiência, que se desenvolve e deve se desenvolver tôda a política criminal, que só assim poderá atender à sua real destinação ética.³

3. Pois bem, assente a base racional e experiencial do conceito de pena, tenho para mim que, lógica e ontologicamente, é êle incompatível com o conceito de morte. «*Pena de morto*) é um enunciado que só formalmente se compõe em unidade, dada a discrepância substancial que há na utilização da morte como instrumento de pena. É o que a filosofia contemporânea vem pôr em realce, reatando uma linha de compreensão do problema que remonta a Sêneca e a Santo Agostinho.

Lêm-se, no L. XIII, capítulos 9-11 de «De Civitate Dei» meditações sôbre o problema da *experiência da morte* de uma impressionante modernidade, especialmente se postas em cotejo com as de Heidegger nos §§ 46-53 de *Sein und Zeit* e as de Sartre em *L'Être et le Néant*.

Pondera Santo Agostinho que quando se examina mais de perto a questão, não se pode, a rigor, falar em experiência da morte, pois aquêle angustioso e atroz padecimento que o moribundo experimenta não é a morte mesma: se êle continua tendo qualquer sensação, é que ainda está

vivo; e, se ainda se acha em vida, deve-se dizer que se acha antes em um estado anterior à morte do que em «artículo mortis». É difícil, por conseguinte, dizer-se quando se deixa de viver e se está morto; a mesma pessoa se acha, ao mesmo tempo, morrendo e vivendo, na direção da morte, despedindo-se da vida. E, quando a morte sobrevém, o homem já não se acha em estado de morte, mas depois dela. Quem, pois, pode dizer, pergunta Santo Agostinho, quando é que o homem está na morte?

A seu ver, vive-se e morre-se ao mesmo tempo, e nem bem se nasce já se começa a morrer, não se achando jamais o homem antes ou depois da morte, mas sempre morrendo, consoante advertência depois repetida por tantos outros, e que tão profunda ressonância atinge na especulação do segundo após guerra (*).

Na mesma linha de pensamento, mas em sentido diametralmente oposto, dirá Heidegger que a morte do outro não representa para nós qualquer experiência, sendo a morte em si mesma absurda, dado que, se o homem é um ser destinado à morte, esta não é senão «a possibilidade da impossibilidade» mesma da existência; não outorga à realidade humana nada a realizar, de tal sorte que a existência se reduz a uma aventura de sua própria impossibilidade (2).

Não há dúvida que, como observam Gabriel Marcel, Roger Mehl e Ferrater Mora, a experiência da morte alheia, especialmente quando participamos da perda de um ente amado, não é algo estranho a nós, mas se insere na intimidade de nosso ser, torna-se, de certo modo, «a nossa experiência da morte» (3), mas se trata sempre de uma experiência reflexa, na qual nos pomos simpateticamente «na situação do outro», para empregarmos expressões caras aos moralistas ingleses da escola de Adam Smith. Essa, que poderíamos denominar «experiência por participação», vem antes demonstrar que a morte como tal é diretamente inexperienciável em termos de percepção e de comunicação intersubjetivas.

0) Cf. Santo Agostinho — *De Civitate Dei*, XIII — 9-12. Lembre-se o «*quotidie morimur*» de Seneca : «*Quotidie morimur, quotidie enim demitur aliqua pars vitae : et tunc quoque, quum crescimus, vita decrescit*». *Epistolae*, XXIV, <*De futuri metu : de morte*>. Quanto ao conceito de morte como «possibilidade existencial», e como «situação-limite», há que recordar esta passagem do filósofo cordovês: «*Vivere noluit, qui mori non vult. Vita enim cum exceptione mortis data est ; ad hanc itur. Quam ideo timere dementis est ; quia certa expectantur, dubia metuuntur. Mors necessitatem habet aequam et invictam*». (*Ep.* XXX). Quanto à não experiência da morte, atente-se à radical assertão de L. Wittgenstein : «*Death is not a event of life. Death is not lived through*». (*Tractatus Logico-Philosophicus*, 6.431).

(2) V. Martin Heidegger, *op. cit.*, § 47 e segs.

(3) Cf. José Ferrater Mora — *El Ser y la Muerte*, Madri, 1962, pp. 197 e segs.

Ora, são todos êsses aspectos essenciais que se olvidam quando se aplica a pena de morte. Esta é tomada como um *simples fato*, desvestido de toda a sua significação dramática e enigmática, para assinalar apenas o afastamento material de um corpo individual, como unidade orgânica diferenciada, havida como indesejável ao todo do corpo social. A execução da pena de morte reduz-se a algo de exterior, que se conclui e se satisfaz com o extermínio de um corpo, cuja cessação é a cessação de uma possibilidade existencial. A morte é, dêsse modo, apenas um *fim* um terno no processo biológico e um ponto considerado *final* na sequência dos autos do processo judicial.

Mas, como adverte Heidegger, se o morrer pode ser tomado sob um ponto de vista biológico-fisiológico, «o conceito médico de *exitus* não coincide com o de *finalizar*», nem pode a morte ser considerada, consoante pondera Sartre, o término de uma vida, como a nota final, e interna a ela, de uma melodia ⁽¹⁾.

Mesmo sem acolher as conclusões radicais de Heidegger ou de Sartre quanto ao «absurdo» da morte, considerada em termos de pura «possibilidade existencial», e mesmo que se repute a morte um momento da economia geral da natureza, — e Weismann chegou a dizer que ela foi «inventada» pelos seres orgânicos para assegurar a vida das espécies, — o que me parece inegável é o absurdo de destinar-se à morte um ser humano, «hic et mine», sem se atentar para o mistério que cerca essa «destinação», apresentada e querida, no entanto, como sendo o resultado final de uma decisão, cuja racionalidade intrínseca e concreta se proclama.

4. Por outro lado, se todos nos destinamos à morte, — e empregamos estas palavras sem as desesperadas implicações que lhes confere Heidegger, — se, de certo modo, todos estamos «destinados à morte», a pena de morte equivale à «antecipação da morte».

É exactamente neste ponto que se revela mais violenta a contradição ao pretender-se converter a morte em instrumento de sanção.

Se se podem aduzir razões plausíveis para explicar a morte como fenómeno biológico, ou mesmo julgar-se racional a morte enquanto necessária à existência em geral na ordem cósmica, nem por isso pode ser olvidado que a morte não pode ser senão a «*minha morte*»: «interiorizando-se, escreve Sartre, ela se individualiza; não é mais o grande incognoscível que limita o humano, mas é o fenómeno de *minha* vida pessoal, que faz dessa vida uma vida única, isto é uma vida que não recomeça jamais, onde

C¹) V. Heidegger — *op. cit.* § 47₅ «in fine» e Sartre — *op. cit.* > 12.^a ed., p. 615.

não é dado repetir o lance. D'esse modo, eu me torno responsável de *minha* morte como de *minha* vida. Não do fenômeno empírico e contingente do meu falecimento, mas dêsse caráter de finitude que faz com que minha vida, como a minha morte, seja a *minha* vida. É, nêsse sentido, que Rilke se esforça por demonstrar que o fim de cada homem assemelha-se à sua vida, visto como tôda a vida individual é a preparação desse fim» (1)

A «suidade» inseparável do conceito de morte, enquanto «fim» da existência humana singular, converte a questão da pena de morte em uma roda de aporias. Primeiro porque se torna inexplicável a invasão do Estado na esfera do que é mais íntimo e intocável na pessoa humana, que é a *sua* morte, como elemento essencial de *sua* vida, e, mais ainda, de *sua hora* de morrer.

Já nos ensinara Seneca: *memo moritur nisi sua morte*», e *memo nisi suo die moritur*» (2). Na realidade, as duas asserções se confundem, pois a minha morte é o meu dia de morrer. Donde se conclui que a condenação à morte pelo juiz equivale a urna violenta substituição do delinqüente enquanto *pessoa*; equivale à sua «morte ética» antes de ser levada a cabo a «morte biológica», o que explica tenha Carnelutti podido aproximar, com tôda a crueza, a pena de morte à expropriação por utilidade pública... (3)

Dir-se-á que a morte na fôrça ou na Câmara de gás na data fixada na sentença é a morte déle criminoso, forjada por èie como expressão de *sua* vida, mas se, se admite que a cada vida corresponde a *sua* morte, uma inexplicável sombra envolve a decisão judicial, como se o julgador, — convicto de estar agindo segundo critérios objetivos da mais estrita racionalidade, — houvesse sido instrumento de insondáveis desígnios.

A inseparabilidade do conceito de morte do conceito de *pessoa* põe, assim, em evidência que a morte não pode ser matéria de pena, pois elimina, no ato de sua aplicação, aquêle mesmo a quem ela se destina. Em última análise, na e pela pena de morte, a pessoa é negada como tal, convertida em coisa. Daí assistir razão a Gustavo Radbruch quando pondera que só uma concepção supra-individualista do direito pode admitir a pena de morte, porque só uma concepção desta natureza pode reconhecer ao Estado um direito de vida e de morte sobre os indivíduos (4). Essa negação absoluta

C¹) Sartre — *op. cit.*, p. 616. Na mesma linha de pensamento, Ferrater Mora salienta o caráter de «mismidad» e «propriedade da morte. (*Op. cit.*, pp. 170 e segs.).

(2) *Ep.*, LXIX.

(3) Cf. Bettiol — *Diritto Penale*, 6.^a ed., Pádua, 1966, p. 664.

(4) Radbruch — *Filosofia do Direito*, trad. de Cabrai de Moneada, São Paulo, 2.^a ed., 1957, p. 343.

do ser pessoal no ato de decretar-lhe juridicamente o firm, pela admissão de uma ordem superior e incontrastável de valores, personificada no Estado, corresponde, por exemplo, à posição hegeliana, segundo a qual a vida não constitui algo de exterior à personalidade, razão pela qual só tem direito sobre ela uma idéia ética que a absorva em si, o que redundará em tornar a pessoa «algo de subordinado, que deve dedicar-se à totalidade ética» (x).

É no ato da aplicação da pena de morte que esta se põe na crua luz do entendimento sartriano: aniquilamento do ser humano fora de todas as suas possibilidades; não apenas o projeto que destrói todos os projetos e que se destrói a si mesmo, mas o *triunfo do ponto de vista do outro* sobre o ponto de vista que *eu sou* sobre mim mesmo (2).

O desapossamento, a «desapropriação» da pessoa; o homem que cessa de ser *projeto* para ser mera *projeção*, isto é, o juízo e a imagem que dele se fez no processo; o prevalecer absoluto do *outro* sobre *si mesmo*, eis a que se reduz a pena de morte. A bem ver, a trágica compreensão sartriana da morte, como o «*triunfo do outro*» («*Etre mort, c'est être en proie aux vivants*») marca a perspectiva antecipada do condenado à morte, de uma existência pessoal esvaziada de seu conteúdo ético, de seu «transcender-se», sem o qual a morte, insolúvel como problema, se reduz a um absurdo (3).

Não creio que se possa equacionar racionalmente a morte como um problema. Se há exagêro em se explicar a vida como simples destinação à morte, seria impossível compreendê-la sem esta destinação, inseparável de um halo de mistério, que é, aliás, o mistério que circunda toda a existência humana, linha traçada entre o mistério de nascer e o mistério de morrer.

Não se trata, pois, de proclamar a *impiedade* da pena de morte, — alegando-se que a justiça humana não pode pronunciar juízos reservados à onipotência divina, — mas de pôr a questão em termos mais radicais, pela verificação da impossibilidade lógica de considerar-se a execução

C¹) Cf. Hegel — *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 70 e Zusatz zu § 70. Não se deve esquecer que para Hegel «a inadequação do animal à universalidade é a sua doença originária e o germe inato da morte» (*Enciclopedia delle Scienze Filosofiche in Compendio*, trad. de Benedetto Croce, § 375).

(2) Sartre — *op. cit.*, p. 624.

(3) É o próprio Sartre que configura a morte como condenação, mas condenação ou «pena absurda», dada a irrealizabilidade paradoxal, de seu «firm». Afirma que cada um de nós assiste, todo dia, à execução de nossos companheiros de cadeia, preparando-nos corajosamente para afrontar o derradeiro suplício e empenhando-nos em fazer um belo papel sobre o patíbulo, mas, nesse interim, somos levados por uma epidemia de gripe espanhola... (p. 617).

capital um ato racionalmente fundado, e, por conseguinte, de apresentá-la como «espécie de pena».

5. Há ainda outros aspectos a considerar e não de somenos importância.

No início deste estudo, vimos como todas as penas, de que lança mão o legislador, constituem espécies de sanções, distribuindo-se elas segundo uma graduação racional que procura levar em conta uma série de fatores peculiares a cada hipótese de ilicitude penal, bem como a cada personalidade de delinquentes.

O poder-dever de punir, que compete ao Estado, abre-se, dêsse modo, em um leque de figuras ou «medidas», segundo soluções escalonadas, mensuráveis em dinheiro ou em «quantidade de tempo». Essa ordenação gradativa é da essência mesma da justiça penal, pois esta não se realizaria se um critério superior de igualdade ou de proporção não presidisse à distribuição das penas, dando a cada infrator mais do que êle merece.

Pois bem, quando se decreta a pena de morte, rompe-se abrupta e violentamente a apontada harmonia serial; dá-se um salto do plano temporal para o não tempo da morte.

Com que critério objetivo ou com que medida racional (pois *ratio* significa razão e medida) se passa da pena de 30 anos ou da prisão perpétua para a pena de morte? Onde e como se configura a proporcionalidade? Qual a escala asseguradora da proporcionalidade?

Dir-se-á que também há uma diferença qualitativa entre a pena de multa e a de reclusão, mas o cálculo daquela é redutível a critérios cronológicos, podendo ser fixada, por exemplo segundo o que representará em termos de jornadas de trabalho perdido, para que possa significar privação e sofrimento à pessoa do infrator, em função de sua situação patrimonial. De qualquer modo, são critérios racionais de conveniência, susceptíveis de contrastação na experiência, que governam a passagem de um para outro tipo de pena, enquanto que a idéia de «proporcionalidade» submerge-se na perspectiva da morte.

Em tal conjuntura, os partidários da sanção capital, ou silenciam ou contornam o problema, contentando-se com uma opinião de caráter pinamente subjetivo. Observe-se, por exemplo, como é fluida a colocação do problema na obra de um penalista de reconhecida sensibilidade filosófica, como é Giuseppe Bettiol. Diz êle, preliminarmente, que, «no estado atual de desenvolvimento cultural, todo sofrimento infligido ao culpado além da exigência retributiva é um mal, e será sentido como mal insuportável também todo sofrimento infligido nos limites formais da retri-

buiçãoj quando esta não fôr mais adequada ao conceito mesmo de retribuição. O verdadeiro conceito de retribuição, acrescenta, é um conceito ético que deve ter presente a natureza moral do homem». Isto não obstante, o eminente mestre de Pádua, declarando ser a necessidade da pena de morte uma conseqüência de seu caráter retributivo, e não vice-versa, julga-a admissível em determinadas hipóteses, como no caso de homicídio premeditado de ascendente ou de descendente ou no homicídio da vítima de uma violência carnal, por serem tais fatos tão graves que «o desequilíbrio por êles produzido no seio da coletividade não pode ser compensado ou contrabalançado senão com a aplicação da pena de morte, a única que, nas circunstâncias concretas, se mostra verdadeiramente retributiva e proporcionada ao mal perpetrado» 0.

Quer parecer-me que nesse juízo o que prevalece não são critérios objetivos, segundo os quais se possa estabelecer uma «verdadeira proporção», ao preferir-se a pena de morte ao máximo da pena temporal, por falta de um denominador comum de referência. Sob a aparência de uma solução em termos retributivos oculta-se uma opção ditada pela presumida necessidade de recompor o equilíbrio ético da sociedade, o que equivale a dizer em termos de defesa dos valores da «consciência moral da sociedade». Na ordem social das sanções penais a pena de morte representa, na realidade, *tun plus*, insuscetível de gradação objetiva.

Se, por outro lado, visualizarmos o assunto do ponto de vista da defesa ou da prevenção sociais, preferindo ao «*punitur quia peccatum est*» o «*punitur ne peccetur*», não será menos evidente o salto que a pena capital representa no escalonamento das sanções infligidas pela Justiça. Se o objetivo é afastar o delinqüente do convívio social, a pena máxima de reclusão ou mesmo a prisão perpétua se oferecem como soluções de tipo racional, de igual natureza, sem falar na sentença com pena de duração indeterminada com a qual se pretendem aferir, em funcionalidade concreta, a pena, a personalidade do réu e a tutela dos valores de convivência. A opção pela pena de morte, nessa ordem de idéias, não é ditada por motivos de caráter racional, jogando-se com o «terror da morte», como possível instrumento de prevenção criminal, no instante mesmo em que se faz abstração do essencial significado da morte posto em evidência neste trabalho.

O conceito de morte, em suma, é de tal ordem, que, como afirma Simmel, matiza todos os conteúdos da vida humana, podendo-se dizer que ela é inseparável de um halo de enigma e de mistério, de sombras que à luz da razão não é dado dissipar: querer enquadrá-la em soluções penais

(i) **B e t t i o l** — *op. cit.*, pp. 642 e 647.

equivale a despojá-la de seu significado essencial para reduzi-la à violenta desagregação física de um corpo.

Quando os antigos diziam: «morreu de morte natural na fôrca», talvez se intuisse que havia um *fato* de morte, não uma *pena* de morte.

Penso, em suma, que, analisada à luz de seus valôres semânticos, o conceito de pena e o conceito de morte são entre si lógica e ontològicamente irreconciliáveis e que, assim sendo, «pena de morte» é uma «*contradictio in terminis*».

(Página deixada propositadamente em branco)

FÜR UND WIDER DIE TODESSTRAFE

Paul Bockelmann

Die Todesstrafe stellt nicht nur juristische und kriminalpolitische, sondern auch theologische, philosophische und politische Probleme. Und die Gründe für und gegen die Todesstrafe sind nicht nur rationaler, sondern weithin auch irrationaler Art. Der Jurist ist eigentlich nur für die juristisch-rationale Seite unseres Gegenstandes zuständig. Gleichwohl muß ich auch einige Gesichtspunkte, die den Denkbereichen der Philosophie und der Theologie entstammen, wenigstens streifen. Natürlich muß das Schwergewicht meiner Ausführungen auf den rationalen Argumenten liegen, welche die Jurisprudenz und die Kriminalpolitik zu unserem Thema beizusteuern haben. Diese Argumente sind die einzigen, über die man sinnvollerweise diskutieren kann. Aber niemand kann übersehen, daß in der Wirklichkeit des Staats- und Rechtslebens die Entscheidung über die Todesstrafe niemals aus rationalen, sondern immer aus irrationalen Gründen gefällt wird. Ebenso wenig darf man außer acht lassen, daß es eine reine, eine sozusagen nur juristische Jurisprudenz gar nicht gibt. Jede Rechtsordnung wurzelt zuletzt in Überzeugungen, die der bloß rechtlichen Betrachtungsweise vorgegeben sind und die aus religiösen und philosophischen Anschauungen erwachsen. Das gilt jedenfalls für alle Teile der Rechtsordnung, die sich mit einer so zentralen Frage wie der nach der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit, nach der Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der Todesstrafe beschäftigen. Ich werde daher das Gebiet der Philosophie und der Theologie immerhin berühren müssen, wenn auch nur flüchtig. Ich werde dabei ganz von selbst auf die in dem Meinungsstreit um die

Todesstrafe eine Hauptrolle spielenden irrationalen Argumente kommen. Ich werde mir allerdings insoweit, mehr noch als im übrigen, Beschränkungen auferlegen müssen. Über Erwägungen, die das Gebiet der Jurisprudenz überschreiten, werde ich nur zu berichten haben. Dagegen kann es nicht meine Aufgabe sein, für irgendeine nur religiös oder weltanschaulich zu begründende Überzeugung zu werben. Zu solchen Überzeugungen kann sich jedermann nur nach Maßgabe dessen bekennen, was ihm sein Gewissen befiehlt.

Eine irrationale Frage ist die, ob der Staat das *Recht* hat, die Todesstrafe anzuwenden. Irrational ist sie jedenfalls dann, wenn sie so gemeint ist, daß die Antwort aus Grundüberzeugungen über die Rechtfertigung des Staates und seines Rechtes abgeleitet werden soll. Denn eben diese Grundüberzeugungen sind nicht eigentlich Gegenstand des Wissens, sondern nur des Glaubens.

Befragt man nun die Glaubenslehrer und die Vertreter der metaphysischen Spekulation um ihre Meinung über die Todesstrafe, so wird man von den meisten hören, daß sie mit Entschiedenheit für die Todesstrafe eintreten.

Das gilt zunächst für die Theologen. In der Geschichte der christlichen Kirchen, jedenfalls der katholischen und der protestantischen, hat die Anwendung der Todesstrafe gegen Ketzer, aber auch gegen andere Verbrecher, eine so große Rolle gespielt, daß man von den Kirchen eine Ablehnung der Todesstrafe allerdings nicht erwarten kann. Freilich täte man den Theologen Unrecht, wenn man ihnen unterstellen wollte, daß sie sich nur deshalb für die Todesstrafe entscheiden, weil sie sich nicht gut in Widerspruch zu der geschichtlichen Vergangenheit ihrer Kirche setzen können. Vielmehr begründen sie die Todesstrafe entweder unmittelbar aus der Heiligen Schrift oder aus einer theologisch fundierten Staatsauffassung.

Die Rechtfertigung der Todesstrafe aus der Bibel ist allerdings nicht ganz einfach. Die entscheidende Äußerung der Bibel zum Problem der Tötung des Menschen von Menschenhand ist das 5. Gebot. Es lautet bekanntlich: Du sollst nicht töten, und es vermeidet es, das Tötungsverbot mit irgendeiner Einschränkung zu versehen. Indessen gibt es auch andere Schriftstellen. Die Bibel sagt auch: Wer Menschenblut vergießt, des Blut soll wieder vergossen werden. Soviel ich sehe, geht die herrschende theologische Auffassung dahin, daß das 5. Gebot nur die verbrecherische Tötung verbietet, aber nicht die Tötung schlechthin. Sowohl die Tötung zum Zwecke der Bestrafung wie auch die Tötung aus Notwehr und die Tötung im ehrlichen kriegerischen Gefecht werden

nach der übereinstimmenden Auffassung aller Konfessionen durch das Tötungsverbot nicht betroffen. Wenn das richtig ist, dann gewinnen allerdings jene anderen Stellen der Schrift, an denen von der Todesstrafe die Rede ist, besonderes Gewicht. Sie können als biblische Rechtfertigung der Todesstrafe, ja sogar als biblische Weisung, die Todesstrafe zu gebrauchen, erscheinen. Es bleibt die Schwierigkeit, daß all diese Stellen nur im Alten Testament stehen und darum vielleicht richtigerweise nur als Äußerungen über das Recht des Volkes Israel verstanden werden dürfen. Aus dem Neuen Testament läßt sich, soviel mir bekannt ist, keine Stelle beibringen, die man geradezu als Einsetzung der Todesstrafe durch Christus betrachten dürfte. Im Gegenteil muß man jene Stelle des Johannesevangeliums, an der von der Ehebrecherin die Rede ist und an der Christus die Worte sagt: Wer hebt den ersten Stein gegen sie auf? dahin deuten, daß Jesus die Todesstrafe verworfen habe. Denn man muß wissen, daß Ehebruch der Frau nach jüdischem Recht mit dem Tode bedroht war. Freilich wird nun gerade von jener Stelle des Johannesevangeliums bezweifelt, ob sie sich wirklich auf ein Wort des Herrn zurückführen lasse. In den Meinungsstreit der Theologen über diese Frage einzugreifen, ist der Jurist natürlich außerstande. Im ganzen aber muß er bei kritischer Würdigung der Schriftstellen, welche die Theologen ihm vorlegen, und bei kritischer Würdigung dessen, was die Theologie dazu zu sagen weiß, zu dem Ergebnis kommen, daß sich das Für und Wider der Todesstrafe durch unmittelbare Bezugnahme auf Aussagen der Heiligen Schrift nicht entscheiden läßt.

Aber es gibt noch andere theologische Begründungen der Todesstrafe als solche, welche diese schwerste Strafe einfach auf biblische Einsetzung zurückführen wollen. Katholische und protestantische Auffassungen stimmen darin überein, daß die im Sündenstande lebende irdische Menschheit des Staates bedarf, wenn sie sich nicht selbst vernichten soll. Zu den Aufgaben des Staates gehört es, die Ordnung aufrechtzuerhalten und dem Unrecht zu wehren. Dafür, daß er zur Erreichung dieses Ziels die Todesstrafe gebrauchen darf oder gar muß, gibt es zwei Begründungen. Die eine liefert die Überzeugung, daß der Arm der irdischen Gerechtigkeit den göttlichen Zorn über den Sünder und Rechtsbrecher vollstrecken müsse. Wenn ich recht sehe, hat diese Überzeugung vor allem im Katholizismus eine Rolle gespielt, wiewohl sie auch bei Protestanten vorkommt. Die andere, vorwiegend protestantisch bestimmte Überzeugung geht dahin, daß zur vollen Staatlichkeit einmal die Befugnis gehöre, notfalls mit dem Tode zu strafen. Diese Überzeugung gründet sich auf das 13. Kapitel des Römerbriefes, in

dem ja in der Tat von dem Recht der Obrigkeit, das Schwert zu führen, die Rede ist.

Ich breche hier ab. Ich könnte auch gar nicht weitergehen, ohne mich in Einzelheiten zu verlieren, bei denen ich Gefahr laufen würde, die wirkliche Meinung der Theologen zu verfehlen. Ich will mich deshalb damit begnügen, zu diesem Abschnitt meines Referates abschließend mitzuteilen, daß mich für meine Person die theologischen Begründungen für die Todesstrafe nicht zu überzeugen vermögen. Die Vorstellung, daß die irdische Gerechtigkeit den Auftrag haben sollte, Gottes Zorn an dem Sünder zu vollstrecken, kann ich nicht mitvollziehen. Ich muß gestehen, daß sie mir anmaßend erscheint. Sie setzt im Grunde genommen voraus, daß der Richter sich mit der Gottheit identifiziert. Das aber ist ihm nach meiner Überzeugung nicht erlaubt, geschweige denn geboten, es ist ihm vielmehr verboten. Dies Verbot ergibt sich für mich aus dem Satz der Bergpredigt: Richtet nicht, auf daß Ihr nicht gerichtet werdet. Ebenso unvollziehbar ist für mich die Vorstellung, daß ein Staat, der auf den Gebrauch der Todesstrafe verzichtet, damit von seiner eigentlichen Staatlichkeit etwas aufgeben und somit eigentlich kein ganz richtiger Staat mehr sei. Die Majestät des Staates und seine Macht erleiden nach meinem Gefühl nicht die geringste Einbuße dadurch, daß der Staat sich des Tötens von Verbrechern enthält. Die ungeheure Macht des Staates tritt selbst in einem modernen Rechtsstaate dem Bürger so deutlich vor Augen, daß es nicht erst der Todesstrafe bedarf, um ihm den Blick für die Allmacht des Staates zu öffnen.

Auch unter den Philosophen, jedenfalls gerade unter den großen Philosophen, sind die Befürworter der Todesstrafe häufiger als ihre Gegner. Ich muß es mir natürlich versagen, diese Behauptung so zu belegen, daß ich über die Meinungen auch nur der wichtigsten Denker der Menschheitsgeschichte berichte. Dazu fehlt mir nicht nur die Zeit, sondern auch die nötige Sachkunde. Ich muß mich deshalb auf zwei Beispiele beschränken, und Sie werden mir verzeihen, daß ich sie aus der Epoche der deutschen idealistischen Philosophie wähle. Denn dieser Epoche gehören die beiden größten deutschen Philosophen Kant und Hegel an. Beide waren Anhänger der Todesstrafe, freilich mit unterschiedlichen Begründungen. Für Kant folgt ihre Notwendigkeit aus seiner Grundauffassung, die das Strafgesetz als einen kategorischen Imperativ betrachtet und die das Wesen der Strafe in der Wiedervergeltung nach dem Talionsprinzip sieht: Auge um Auge, Zahn um Zahn. Daraus ergibt sich, daß Blutschuld allemal durch Tötung vergolten werden muß. Für Hegel

besteht die Strafe in der Vernichtung eines einzelnen Willens, der sich gegen den allgemeinen Willen aufgelehnt hat. Auch das führt im Prinzip zur Wiedervergeltung. Freilich versteht Hegel unter Wiedervergeltung nicht die einfache Talion. Gleichwohl kommt er doch zu dem Schluß, daß beim Morde die Todesstrafe unausweichlich sei. Denn da das Leben der ganze Umfang des Daseins ist und der Mord eben dieses Leben vernichtet, kann er nicht durch solche Einbußen gesühnt werden, die der Täter an einem anderen Gute als eben an seinem eigenen Leben erleidet. So ergibt sich auch für Hegel, daß Todesstrafe sein wuß.

Man wird nicht übersehen dürfen, daß diese Ideen der beiden großen Denker bis in unsere Tage fortwirken. Denn es ist eine weitverbreitete Auffassung, daß nicht nur das Wesen, sondern daß auch der Zweck der Strafe in der Vergeltung bestehe. Diese Auffassung teilen ohne Frage auch viele Laien, und man wird sie deshalb selbst dann nicht achtlos beiseite schieben dürfen, wenn man das Vergeltungsprinzip verwirft. Um so wichtiger ist die Feststellung, daß aus dem Vergeltungsprinzip noch längst nicht mit Notwendigkeit die Vergeltung der Tötung durch Todesstrafe folgt. Sie würde nur dann folgen, wenn wir wirklich Vergeltung und einfache Talion gleichsetzen dürften. Es ist aber sicher, daß solch eine Gleichsetzung nicht stattfinden darf. Kein Mensch denkt mehr daran, dem Dieb die diebische Hand abzuschlagen, dem Lästler oder dem Meineidigen die Zunge auszureißen, dem Beleidiger eine Demütigung zuzufügen usw. Auf allen Gebieten des Strafrechts ist der Talionsgedanke längst vollständig überholt, und es wäre deshalb ein wahrer Rückfall in längst überwundene Zeiten der Rechtsentwicklung, wenn wir ihn ausgerechnet auf dem Gebiete der Tötungsdelikte wieder einführen wollten. So wird man sagen dürfen, daß aus der Vergeltungsidee für sich allein die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe nicht abgeleitet werden kann.

Ich habe mir damit bereits einen Vorgriff auf die juristischen Argumentationen erlaubt. Aber bevor ich mich diesen endgültig zuwende, muß ich noch daraufhinweisen, daß es unter Theologen und Philosophen natürlich auch Gegner der Todesstrafe gibt. Die theologischen Gegner der Todesstrafe begründen ihre Haltung mit der Erwägung, daß die mitmenschliche Liebe auch dem Verbrecher nicht versagt werden dürfe und daß der Staat nicht das Recht habe, ihm durch Verkürzung seines Lebens die Möglichkeit zur Buße und zur Einkehr zu nehmen. Unter den philosophischen Gegnern der Todesstrafe haben den mächtigsten Einfluß merkwürdigerweise gerade diejenigen geübt, deren Argumente am schwächsten sind. Es sind das jene Denker des Aufklärungszeitalters, welche den Staat auf den Sozialvertrag gründen und welche also den

möglichen Inhalt der Rechtsordnung aus dem Inhalt des Sozialvertrages deduzieren. Sie neigen zu der Erwägung, daß der Staatsvertrag die Befugnis des Staates zur Anwendung der Todesstrafe nicht begründe, weil entweder die den Vertrag abschließenden Bürger in ihre eigene Tötung gar nicht eingewilligt hätten, oder aber weil ihre Einwilligung unwirksam sei, da niemand befugt sei, auf sein Leben zu verzichten. Die Oberflächlichkeit dieser Begründung liegt auf der Hand. Daß die abolitionistischen Ideen des Aufklärungszeitalters gleichwohl solchen Erfolg gehabt haben, erklärt sich daraus, daß die Forderung nach Abschaffung der Todesstrafe zusammentraf mit den allgemeinen Bestrebungen nach Humanisierung der Strafrechtspflege. Der Grundgedanke dieser Humanisierungsbestrebungen war seit jeher und ist bis heute, daß der Staat von den Machtbefugnissen, welche ihm das Strafrecht verleiht, jedenfalls immer nur soweit Gebrauch machen dürfe, als es praktische Forderungen unabweisbar gebieten. Jede Strafe ist unrechtlich, die nicht schlechthin unentbehrlich ist. Verbindet sich mit dieser Überzeugung erst die weitere, daß es praktisch der Todesstrafe nicht bedarf, um die Kriminalität wirksam zu bekämpfen, so versteht sich die Abschaffung der Todesstrafe von selbst.

Die Frage, ob es aus kriminalpolitischen Gründen der Todesstrafe wirklich bedarf, gibt mir das Stichwort, nunmehr zur Erörterung der rationalen juristischen Gründe für und wider die Todesstrafe überzugehen.

Eine solche Erörterung muß natürlich alle Zwecke ins Auge fassen, die man mit der Strafe verbinden kann. Diese Zwecke pflegt man einzuteilen in die repressiven und in die präventiven. Unter Repression verstehen wir die Bestrafung zum Zwecke der Vergeltung, unter Prävention die Bestrafung zum Zwecke der Verhinderung künftiger Verbrechensbegehung. Bei der Prävention unterscheiden wir gewöhnlich General- und Spezialprävention. Jene besteht in der Abschreckung derer, die in Gefahr geraten, sich zu einer strafbaren Handlung zu entschließen und die, so hofft man, durch die Strafdrohung von diesem Entschluß wieder abgebracht werden können. Diese, die Spezialprävention, besteht in der Resozialisierung des besserungsfähigen Täters und in der Sicherung der Gesellschaft vor dem Unverbesserlichen. Daß wir die Resozialisierung aus unseren weiteren Betrachtungen auszuschließen haben, versteht sich von selbst. Todesstrafe und Resozialisierung des zum Tode Verurteilten schließen sich aus. Ein Hingerichteter kann nicht mehr gebessert werden. Wir haben uns also nur noch zu fragen, ob die Todesstrafe etwa aus Gründen der Vergeltung, der Abschreckung oder der Sicherung der Gesellschaft unentbehrlich ist. Diese Fragen dürfen wir nicht so zu

beantworten versuchen, daß wir die möglichen Strafzwecke miteinander vergleichen und etwa den einen oder den anderen, sei es die Vergeltung oder sei es die Abschreckung, als unzulässig verwerfen. Wenn wir so vorgehen wollten, so würden wir nichts weiter erreichen, als daß unsere Ausführungen von vornherein für alle diejenigen wertlos wären, die in der Frage der möglichen und zulässigen Strafzwecke einen anderen Standpunkt einnehmen als wir. Wir wollen also jeden der möglichen Strafzwecke als einen berechtigten gelten lassen und für jeden von ihnen gesondert fragen, was sich aus ihm für das Problem der Todesstrafe ergibt.

Was die Vergeltung betrifft, so haben wir eben schon festgestellt, daß aus dem Prinzip der Vergeltung für sich allein die Notwendigkeit der Todesstrafe nicht unbedingt folgt. Denn selbst wenn Vergeltung der richtige Strafzweck ist, so fragt sich immer noch, ob die Todesstrafe die richtige Vergeltung ist. Eine logisch begründbare Antwort auf diese Frage zu geben, ist nicht möglich. Es gibt kein Argument, das uns zu der **Annahme** nötigen könnte, daß für bestimmte Taten allein die Tötung des Täters die gerechte Vergeltung wäre. Nicht einmal die Erwägung, daß der schwersten Tat doch die schwerste Strafe gebühre und daß die schwerste Tat der Mord, die schwerste Strafe aber die Todesstrafe sei und daß darum allein die Todesstrafe eine angemessene Vergeltung für Mord darstellen könne, nicht einmal diese Erwägung ist wirklich zwingend. Ich will dahingestellt sein lassen, daß man durchaus bezweifeln kann, ob wirklich der Mord die schwerste Straftat ist. Ich will nur daran erinnern, daß es Epochen in der Rechtsentwicklung gegeben hat, in denen der Mord durchaus nicht die oberste Stufe auf der Skala der Delikte eingenommen hat. Aber jedenfalls ist zweifelhaft, ob die Tötung des Verbrechers wirklich die schwerste Art der Strafe ist. Es gibt Anhänger der Todesstrafe, die ihre Meinung geradezu mit dem Argument begründen, daß das Leben nicht der Güter höchstes, daß darum der Tod keineswegs das größte Übel ist, daß vielmehr die lebenslange Einsperrung viel schlimmer sei. Ob das richtig ist oder nicht, dazu will ich mich nicht äußern. Es beweist jedenfalls, daß die Todesstrafe nicht mit logisch zwingenden Gründen aus dem Vergeltungsprinzip abgeleitet werden kann.

Eine andere Frage ist, ob die Todesstrafe nicht deshalb unentbehrlich ist, weil die Volksmeinung sie nun einmal als die einzig angemessene Sühne des Mordes betrachtet. Hier muß eingeräumt werden, daß eine jedenfalls bei weitem überwiegende Volksmeinung die Todesstrafe mit Entschiedenheit fordert. In Deutschland hat die Mehrheit für die

Wiedereinführung der Todesstrafe nach dem Ergebnis der Umfragen von Meinungserforschungsinstituten zeitweise etwa 75-80 % betragen. (Ob sich die Stimmungen seither gewandelt haben, kann ich nicht sagen; aus **jüngster** Zeit sind mir Umfragen nicht bekannt geworden). Gewiß wird für viele dieser zahlreichen Befürworter der Todesstrafe der Vergeltungsgesichtspunkt nicht im Vordergrund stehen. Manche werden der Überzeugung sein, daß es der Todesstrafe einfach aus Abschreckungs- oder Sicherheitsgründen bedürfe. Aber es ist ziemlich sicher, daß die meisten die Todesstrafe deshalb verlangen, weil sie ihnen die einzig ausreichende Vergeltung für schwerste Taten zu sein scheint.

Das Gewicht solcher Stimmungen darf man gewiß nicht unterschätzen. Aber erst recht darf man es nicht überschätzen. Zunächst darf man nicht übersehen, daß solche Volksstimmungen ja nicht aus wirklicher Einsicht in die Problematik des Strafrechts im allgemeinen und der Todesstrafe im besonderen erwachsen. Sie beruhen auf unkontrollierten und unkontrollierbaren Gefühlsregungen und können für eine juristische Beurteilung des Problems der Todesstrafe schon deshalb nicht maßgebend sein. Dies wird ganz deutlich, wenn man bedenkt, daß die Volksmeinung, um ihre wirkliche Ansicht befragt, sich wahrscheinlich dahin äußern würde, daß die schmerzlose Hinrichtung noch längst kein genügendes Strafübel sei. Daß Hinrichtungsquälereien, wie die Rechtsgeschichte sie **gekant** hat, von vielen gebilligt werden, ist leider recht wahrscheinlich. Niemandem wird einfallen, solchen Grausamkeitsbedürfnissen der Menge nachzugeben. So wird auch niemand die Wiedereinführung der Prügelstrafe befürworten, wiewohl gar kein Zweifel darüber besteht, daß eine überwältigende Mehrheit wohl dafür wäre, bei bestimmten Rohheitsdelikten, etwa bei Tierquälerei oder Kindesmißhandlung, gerade diese Strafe zu gebrauchen. So zeigt sich, daß auf einem so schwierigen Gebiet, wie es die Problematik der Todesstrafe ist, eine noch so heftig sich äußernde Volksüberzeugung nicht maßgebend sein kann. Dazu kommt, daß nach aller Erfahrung die Volksmeinung nichts weniger als konstant ist. Vermutlich ist in Deutschland die Stimmung für die Todesstrafe zur Zeit nur deshalb so verbreitet, weil die Verfassung die Todesstrafe abgeschafft hat und weil eine sensationslüsterne Presse die Meinung zu verbreiten gewußt hat, daß seither die schwere Kriminalität im Zunehmen begriffen sei, während sie, unbeschadet mancher Schwankungen, in Wahrheit stagniert. Wäre die Todesstrafe eingeführt, so würden sich auch in Deutschland ganz ebenso wie in anderen Ländern aus Anlaß bevorstehender Hinrichtungen wahrscheinlich große Mehrheiten gegen die Todesstrafe finden.

Aus alledem folgt, daß das Vergeltungsprinzip, selbst wenn man die Vergeltungswünsche des breiten Publikums in Betracht zieht, die Todesstrafe nicht zu rechtfertigen vermag.

Wichtiger sind die Gründe, die unter dem Gesichtspunkt des Sicherungszwecks der Strafe für die Todesstrafe angeführt werden können. Zwar liegt der Einwand nahe, daß die Sicherung der Gesellschaft auch durch andere Mittel als durch Tötung des Rechtsbrechers erreicht werden könne, nämlich durch lebenslange Einsperrung. Aber dagegen pflegt man zweierlei vorzubringen: Man verweist einmal darauf, daß die lebenslängliche Verwahrung des Schwerverbrechers umerhörte Kosten mache, die man durch seine Hinrichtung sparen kann. Und man hebt weiter hervor, daß auch das festeste Gefängnis keine absolut verlässliche Sicherung zu bieten vermöge, weil die Gefahr des Ausbruchs und die Möglichkeit vorzeitiger Begnadigung bestehe. Außerdem versage die Sicherung, die der Kerker gewähren kann, dem Bewachungspersonal gegenüber. Der Verzicht auf die Todesstrafe müsse dem Schwerverbrecher geradezu einen Anreiz bieten, seinen Wächter anzufallen und zu töten. Sei er erst einmal zu lebenslanger Haft verurteilt, so habe er, falls es keine Todesstrafe gibt, ja ohnehin nichts mehr zu verlieren.

Es läßt sich leicht zeigen, daß alle diese Erwägungen haltlos sind. Über das finanzielle Argument brauche ich in diesem Kreise sicher kein Wort zu verlieren. Seit Hitlers Anstaltsmorden weiß man zu genau, wohin man kommt, wenn man erst einmal dem Gedanken Raum gibt, daß es zweckmäßig ist und darum zulässig sein müsse, Menschen aus Gründen der Kostenersparnis zu töten. Erlassen Sie mir bitte, darüber Näheres zu sagen. Was aber die technischen Möglichkeiten der Sicherung betrifft, so stellen sie in der Tat doch ernstlich keine anderen Probleme als eben technische. Daß sie unlösbar seien, daß es ausgeschlossen sei, feste Gefängnisse zu bauen und die Bewachung genügend sorgfältig zu gestalten, davon wird mich niemand überzeugen. Was aber die Gefährdung des Wachpersonals durch den eingesperrten Schwerverbrecher betrifft, so müssen wir solche Gefährdungen dem Klinikpersonal der Heil- und Pflegeanstalten ja ohnehin zumuten. Dies Personal muß Geisteskranke bewachen, die unter Umständen ebenso gefährlich, vielfach sogar viel gefährlicher sind als Schwerverbrecher. Und wir erlauben es uns schließlich, wilde Tiere zur Belustigung und zur Belehrung des Publikums in Gefangenschaft zu halten und Menschen mit der Bewachung der Bestien zu beauftragen, wobei es oft genug zu tödlichen Unfällen kommt. So gesehen ist das Risiko, welches der Gefängnisbeamte läuft, gewiß nicht groß genug, daß es uns berechtigen könnte, den Schwerver-

brecher einfach deshalb kurzerhand zu töten, um jenes Risiko zu vermeiden.

Endlich muß folgendes berücksichtigt werden: Daß die Todesstrafe, wenn sie überhaupt gebraucht werden soll, nur den schwersten Tötungsdelikten gegenüber angewendet werden darf, daß sie also nur den Mörder treffen darf, ist allgemeine Meinung. Gerade Mördern gegenüber aber kann sie gewöhnlich nicht mit einem Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft gerechtfertigt werden. Denn der Mörder, von dem wir befürchten müssen, daß er weitere Mordtaten begehen wird, insbesondere der Massenmörder, der Lustmörder oder der fanatische Attentäter, ist gewöhnlich unzurechnungsfähig, so daß er von Rechts wegen ohnehin keine Strafe erhalten kann, sondern in der Heilanstalt untergebracht werden muß. Wenn aber der Mörder nicht geisteskrank ist, dann ist Wiederholungsgefahr gewöhnlich nicht begründet. Dann erscheint seine Tat zumeist als das Resultat einer einmaligen Konfliktsituation. Dann ist gewiß Strafe, auch schwerste Strafe verwirkt, aber ein besonderes Sicherheitsbedürfnis besteht nicht.

Alles in allem reicht der Sicherheitszweck also keineswegs dazu aus, die Todesstrafe zu rechtfertigen.

Aber reicht nicht der Abschreckungszweck dazu aus? Mit dieser Frage rühren wir an den eigentlich kritischen Punkt unseres Themas. Die wichtigste Begründung für die angebliche Unentbehrlichkeit der Todesstrafe findet man seit jeher in der Überzeugung, daß es dieser Strafe bedürfe, um die schwerste Kriminalität einzudämmen, daß sie unerlässlich sei, um insbesondere Mordtaten zu verhindern. Was ist von diesem Argument zu halten?

Ich bin der Meinung, daß derjenige, welcher die Todesstrafe mit ihrer abschreckenden Wirkung rechtfertigen will, die Beweislast dafür hat, daß sie eine solche Wirkung überhaupt ausüben kann. Wenn das richtig ist, so ist aber auch richtig, daß die Anhänger der Todesstrafe sich dieser Beweislast bisher nicht haben entledigen können und daß sie es voraussichtlich auch in aller Zukunft nicht werden tun können.

Zwei Arten von Beweismitteln stehen ihnen zur Verfügung. Das eine liefert die Kriminalstatistik, das andere besteht in der Befragung von Schwerverbrechern über die Eindruckskraft der Strafdrohung.

Was zunächst solche Befragungen betrifft, so sind sie in neuerer Zeit, jedenfalls in Deutschland, öfters angestellt worden, d. h. es haben Staatsanwälte, Polizeibeamte, Sachverständige und gelegentlich vielleicht auch einmal ein Richter Mörder befragt, ob sie die Tat auch dann begangen haben würden, wenn es noch die Todesstrafe gäbe. Nun wird niemanden

überraschen zu vernehmen, daß alle Befragten ausnahmslos mit starker Stimme geantwortet haben: nein, wenn es noch die Todesstrafe in Deutschland gäbe, so hätten wir nicht gemordet. Aber es liegt auf der Hand, daß solche Antworten ohne jeden Beweiswert sind. Dabei soll ganz dahingestellt bleiben, daß Angaben eines Verbrechers über die Motive seiner Tat erfahrungsgemäß immer nur mit großer Vorsicht aufgenommen werden dürfen, daß auch dort, wo der Befragte die Absicht hat, sich ehrlich zu äußern, die Gefahr sehr groß ist, daß er sich über sich selber irrt. Aber ein erwischter und überführter Mörder, der im Zuge des gegen ihn geführten Strafverfahrens darüber Auskunft geben soll, ob er auch dann gemordet haben würde, wenn er noch mit der Todesstrafe hätte rechnen müssen, ist einfach nicht in der Lage, sich imvoreingenommen zu äußern. Man versetze sich doch einmal in seine Situation und überlege, welchen Eindruck hervorzurufen er befürchten muß, wenn er auf die gestellte Frage die Antwort gibt: ja, selbst wenn es noch die Todesstrafe gäbe, würde ich meine Tat begangen haben. Eine solche Erklärung wäre doch nichts weniger als das Bekenntnis, daß er ein völlig hartgesotener Verbrecher sei, den selbst die schwerste Strafdrohung nicht von seiner Tat hätte abhalten können. Darin läge geradezu die Aufforderung an das Gericht, nun aber mit jeder möglichen Strenge gegen den Täter zu verfahren. Daß unter solchen Umständen dem Befragten überhaupt nichts anderes übrigbleibt, als dem törichten Frager die Antwort zu geben: nein, wenn es die Todesstrafe noch gäbe, hätte ich die Tat natürlich nicht begangen — das ist doch selbstverständlich. Daraus ergibt sich die völlige Wertlosigkeit aller solcher Befragungen.

Wie steht es um den Beweiswert der Kriminalstatistik? Hier ist zunächst festzustellen, daß sich ein Beweis für die abschreckende Wirkung der Todesstrafe der Statistik schlechthin nicht entnehmen läßt. Ich wiederhole nur bekannte Dinge, wenn ich erneut darauf hinweise, daß in der gesamten Geschichte der Kriminalität, soweit wir sie überblicken können, die Abschaffung der Todesstrafe noch niemals eine die schwere Kriminalität steigernde Wirkung und umgekehrt die Einführung der Todesstrafe noch niemals eine die schwere Kriminalität zurückdrängende Wirkung gehabt hat. Vielmehr ist erstaunlicherweise die Häufigkeit der Tötungsdelikte ganz unabhängig davon, was für eine Strafdrohung gegen Mord jeweils im Gesetz steht. Auch die jüngste Entwicklung der Kriminalität in Deutschland hat diese alte Erfahrung wieder bestätigt. Seit der Abschaffung der Todesstrafe durch das Grundgesetz ist die schwere Tötungskriminalität nicht etwa größer, sondern ständig geringer geworden. Die Entwicklung ist gewiß nicht ganz gleichmäßig verlaufen.

Es hat auch Jahre mit zunehmender Tötungskriminalität gegeben, und es wird sie vermutlich auch in Zukunft geben. Aber aufs Ganze gesehen, zeigt die Kurve der Tötungsdelikte stetig eine fallende Tendenz.

Nim läßt sich der Beweiswert solcher statistischen Feststellungen gewiß mit der Begründung anzweifeln, daß die Statistik ja immer nur den tatsächlichen Verlauf der Kriminalität während eines bestimmten Rechtszustandes, so wie er nun einmal war, wiedergeben könne. Sie könne dagegen nichts darüber aussagen, wie der Verlauf der Kriminalität gewesen wäre, wenn man einen anderen Rechtszustand gehabt hätte. Dieser Einwand ist natürlich grundsätzlich richtig. Daß die Entwicklung der schweren Tötungskriminalität in Deutschland seit der Abschaffung der Todesstrafe günstig gewesen ist, schließt natürlich die Möglichkeit nicht aus, daß sie noch günstiger gewesen wäre, wenn die Todesstrafe nicht abgeschafft worden wäre. Ohnehin ist selbstverständlich, daß die schwere Kriminalität nicht deshalb zurückgegangen ist, weil man die Todesstrafe abgeschafft hat, sondern deshalb, weil die allmähliche Festigung der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse der schweren Kriminalität weithin den Boden entzogen hat. Gleichwohl liegt der Schluß, daß die schwere Kriminalität von der gesetzlichen Strafdrohung weithin imabhängig ist, doch sehr nahe. Er wird nun überdies durch andere statistische Daten bestätigt. Es gibt Bundesstaaten wie die USA, in denen das Strafrecht von Land zu Land verschieden ist. So gibt es in den Vereinigten Staaten Bundesländer, deren Strafgesetzbuch die Todesstrafe kennt und andere, in denen die Todesstrafe abgeschafft ist. Wenn nun die Todesstrafe abschreckende Wirkung hätte, so müßte doch in den Ländern, in denen die Todesstrafe nicht gebräuchlich ist, die Tötungskriminalität höher sein als in den Ländern, welche die Todesstrafe anwenden. Tatsächlich aber ist keinerlei Unterschied in der Belastung mit schwerer Kriminalität zwischen den verschiedenen Ländern feststellbar. Ja es ist, soviel ich weiß, bisher nur ein einziger Fall nachgewiesen, in dem ein Täter den Tatort eines geplanten schweren Verbrechens aus einem Lande, das die Todesstrafe hat, in ein anderes verlegt hat, das sie nicht kennt. Solche Feststellungen bestätigen die ohnehin naheliegende Vermutung, daß die Entwicklung der schweren Kriminalität von der Gestaltung der gesetzlichen Strafdrohungen in Wirklichkeit ganz unabhängig ist.

Den Sachkundigen kann dieses Ergebnis nicht überraschen. Denn er weiß ohnehin, daß die Abschreckungstheorie falsch ist. Es ist zwar richtig, daß die moralischen Grundanschauungen der Gesellschaft durch die Drohungen ihres Strafgesetzbuchs gleichsam bekräftigt werden müssen. Zwischen dem, was bei Strafe verboten ist und dem, was sittliche

Anschauungen auf das entschiedenste verwerfen, darf es keine wesentliche Diskrepanz geben. Sonst verfällt die Rechtsgesinnung. Das haben Zeiten eines vorübergehenden Rechtsstillstandes oft genug bewiesen, in Deutschland zuletzt in den ersten Wochen und Monaten nach dem Ende des 2. Weltkrieges. Die zunächst eingetretene Lähmung der Justiz hat ohne Frage der Kriminalität kräftigen Aufschwung gegeben. Darf man aus diesen und ähnlichen Erfahrungen schließen, daß die gesetzlichen Strafdrohungen allerdings die Kraft haben, die Kriminaität in einen gleichsam als normal zu bezeichnenden Rahmen einzudämmen, so steht andererseits auch fest, daß sie nicht imstande sind, die Kriminalität wesentlich unter jenen Normalstand herabzudrücken. Das ist richtig, obwohl dem Laien nichts so schwer fällt, als die daraus folgende Unrichtigkeit der Abschreckungstheorie einzusehen. Der Unkundige, namentlich wenn er seinerseits ein gesetzestreuer Bürger ist, neigt natürlich dazu, diejenigen Denk- und Empfindungsweisen, die sein eigenes Wesen bestimmen, auch dem Verbrecher zu unterstellen. Da er nun für seine Person die Befehle des Gesetzes zu befolgen pflegt, und zwar selbst dann, wenn sie nicht durch Strafdrohungen sanktioniert sind, aber allerdings erst recht dann, wenn auf ihre Übertretung Strafdrohungen gesetzt sind, so glaubt er, man habe nichts weiter nötig, als verbrecherisches Verhalten bei hoher und höchster Strafe zu verbieten, um zu erreichen, daß jedermann sich die Strafdrohung zur Warnung dienen lassen werde, jedermann, also auch der Verbrecher. Diese, aus dem Aufklärungszeitalter stammende Argumentation übersieht, daß normalerweise der Entschluß zu einer verbrecherischen Tat keineswegs das Resultat einer nüchternen Abwägung des Für und Wider ist. Das gilt auch und gerade bei schwersten Taten. Der sadistische Mörder, aber auch der Eigentumsverbrecher, dem plötzlich das Opfer Widerstand entgegensetzt, der Jähzornige, der durch eine wirkliche oder vermeintliche Kränkung zur Tat hingerissen wird, der Eifersuchtstäter und viele andere handeln überhaupt ohne jede Überlegung. Aber wenn die Tat schon mit Überlegung ausgeführt wird, wenn eine Abwägung der für und wider ihre Ausführung sprechenden Umstände vorgenommen wird, so stellt der Täter nicht die Höhe der Strafe in Rechnung, sondern die Größe des Risikos der Entdeckung. Scheint ihm dies Risiko groß, so verzichtet er auf die Tat, und er würde auch dann verzichten, wenn nichts als geringfügige Geldstrafe auf sie angedroht wäre. Scheint ihm das Risiko gering, so begeht er die Tat, und er würde sie auch dann begehen, wenn noch Rädern von unten herauf angedroht wäre. Die Einsicht in diese Zusammenhänge erhebt die aus den Daten der Statistik zu ziehende Folgerung zur Gewißheit: Die Todesstrafe

hat so wenig wie andere Strafen einen nachweisbaren, ernstlich in Betracht kommenden Abschreckungseffekt und kann daher aus dem Abschreckungszweck nicht gerechtfertigt werden.

Eben deshalb läßt sie sich auch nicht mit militärischen oder politischen Notwendigkeiten für Kriegs- und Notstandszeiten rechtfertigen. Wie kann man annehmen, daß der Abschreckungseffekt, den die Strafe sonst nicht hat, sich in solchen Zeiten einstellen werde? Der Soldat, dem im Gefecht oder vor Beginn der Schlacht die Todesangst überwältigt, wird zur Überwindung dieser Angst — vielleicht — durch das Beispiel der Tapferkeit von Vorgesetzten und Kameraden angespornt und durch die Furcht vor der Verachtung, die sich der Feige zuzieht, auch und gerade wenn er überlebt — aber nicht durch die Furcht vor der Todesstrafe. Denn diese muß ihm als ein entferntes und ungewisses Übel erscheinen, während Tod oder Verwundung in der Schlacht ihm unmittelbar vor Augen stehen. Und was den politischen Kampf betrifft, so lehrt die geschichtliche Erfahrung, daß der wirkliche Feind des Staates sich durch die Furcht vor Strafe nicht vom Versuch des Umsturzes abhalten läßt, auch durch die Furcht vor Todesstrafe nicht. Im Gegenteil motiviert ihn die Hoffnung, nach gelungener Revolution seine Gegner auf das Schafott schicken zu können.

Mit alledem soll natürlich nicht behauptet werden, daß noch niemals ein mit dem Entschluß zur schweren Tat spielender Verbrecher durch die Todesstrafendrohung von seinem Plan abgeschreckt worden ist. Und es kann natürlich nicht mit Gewißheit behauptet werden, daß überall dort, wo eine solche abschreckende Wirkung der Todesstrafendrohung tatsächlich eingetreten ist, auch die Drohung mit schwerer Freiheitsstrafe dieselbe abschreckende Wirkung entfaltet haben würde. Nun gibt es Stimmen, welche erklären, daß die Todesstrafe schon dann genügend gerechtfertigt, ja, daß sie unentbehrlich sei, wenn sie auch nur in einigen wenigen möglichen Fällen zur Verhinderung einer schweren Tat geeignet ist. Dies Argument hat natürlich manches für sich. Mit welchem Recht, so kann man fragen, verzichtet der Staat auf den Gebrauch einer Strafe, von der er annehmen muß, daß ihre Androhung wenigstens mitunter ein Menschenleben zu retten imstande ist. Gleichwohl würde diese Erwägung die Todesstrafe nur dann zu rechtfertigen vermögen, wenn es keine Gegengründe gäbe, die entscheidend gegen sie ins Gewicht fallen. Solche Gründe aber gibt es, und ihnen müssen wir uns nunmehr zuwenden. Ich will mich auf die wichtigsten von ihnen beschränken.

Ich beginne mit dem Bedenken, welches daher rührt, daß es bisher nicht möglich gewesen ist, die Voraussetzungen, unter denen Todesstrafe

statthaft sein soll, klar und unmißverständlich zu bestimmen. Hier begegnen wir einer Schwierigkeit, über die sich der juristische Laie — und ein solcher ist auch der Theologe und der Philosoph — bei den Erörterungen über die Todesstrafe gewöhnlich keinerlei Vorstellungen macht. Man ist sich allgemein darüber einig, daß die Todesstrafe jedenfalls normalerweise, d. h. solange kein Kriegszustand und kein Notstand herrscht, selbstverständlich nur für schwerste Fälle von Tötungen in Betracht kommen dürfe, also für Mord. Aber so leicht es ist, in diesem Punkte Einigkeit zu erzielen, so schwer, ja im Grunde ausgeschlossen ist es, den Mord so zu definieren, daß die Definition klar, unmißverständlich und so beschaffen ist, daß sie dem richterlichen Ermessen keinen Spielraum läßt. Diese Schwierigkeiten einer vernünftigen Formulierung des Mordparagraphen sind in der Arbeit der deutschen Großen Strafrechtskommission wieder sehr deutlich hervorgetreten. Ich kann hier nur kurz darüber berichten. Das deutsche Strafgesetzbuch hat in seiner ursprünglichen Gestalt als schwerste Tötung diejenige bezeichnet, die vorsätzlich und mit Überlegung ausgeführt wird. Dabei sollte unter überlegter Tat eine Art der Ausführung verstanden werden, bei der der Täter noch während der Begehung der Tat kaltblütig die für und gegen sie sprechenden Umstände abgewogen hatte. Es liegt auf der Hand, daß diese Überlegung ein recht unglückliches Mittel zur Unterscheidung schwerster von anderen Fällen vorsätzlicher Tötung war. Ich lasse dahingestellt, ob es solch eine Überlegung im Augenblick der Tatausführung überhaupt gibt. Aber wenn es sie gibt, dann fehlt sie sicher bei einer bestimmten Gruppe von Taten, die wir mit Recht als besonders schwer empfinden, nämlich bei allen in leidenschaftlicher Aufwallung und vor allen Dingen bei den aus geschlechtlicher Triebhaftigkeit begangenen Taten. Der Lustmörder handelt ganz sicher nicht mit Überlegung. Er müßte, wenn Mord die überlegte Tötung wäre, mit der Todesstrafe gerade verschont werden. Umgekehrt handelt sicher mit Überlegung der Arzt, der einem unheilbar verlorenen Kranken die letzten Stunden fürchterlichen Leidens dadurch erspart, daß er ihm eine überdosierte Morphiumspritze gibt. Man mag über einen solchen Akt echter Sterbehilfe denken wie man will, man mag noch so fest davon überzeugt sein, daß er Strafe verdient — sicher ist, daß er jedenfalls nicht zu den schwersten Tötungsfällen gehört, also nicht mit Todesstrafe geahndet werden darf. Gleichwohl müßte er, wenn Überlegung das den Mord kennzeichnende Merkmal wäre, mit dem Tode gesühnt werden. Unter dem Eindruck dieser Konsequenzen, zu denen das Merkmal der Überlegung nötigt, unter dem Eindruck aber auch der Erfahrungstatsache, daß die Laienrichter mit dem Überle-

gungsmerkmal niemals etwas anzufangen gewußt und tatsächlich die Unterscheidung von Mord und Totschlag nach ganz anderen Gesichtspunkten getroffen haben, hat der deutsche Gesetzgeber 1941, in Anlehnung an manche ausländischen Vorbilder, die Abgrenzung von Mord und Totschlag nach anderen Gesichtspunkten vorgenommen. Zur Zeit sind nach deutschem Recht bestimmte, teils die Ausführung der Tat, teils die Persönlichkeit des Täters, teils seine Motivation betreffende Umstände für die Unterscheidung von Mord und Totschlag maßgebend. Diese Art der **Unterscheidung** ist nun auf den ersten Blick durchaus plausibel. Daß der schwersten Strafe verfallen sein soll, wer aus Lust am Morden, wer aus Habgier, wer heimtückisch oder grausam getötet hat, leuchtet ein. Aber es hat sich gezeigt, daß die vom Gesetz vorgesehenen Mordsymptome nicht in allen Fällen funktionieren, auf die sie ihrem Wortlaut nach passen. Wird jener Arzt, der echte Sterbehilfe leistet, gerecht bestraft, wenn man ihn, weil er die Arglosigkeit und Wehrlosigkeit seines Patienten ausnutzt, der heimtückischen Tötung für schuldig halten muß? Gehört die Tötungshandlung einer Frau, die sich von ihrem sie brutal drangsalierenden Ehemann dadurch befreit, daß sie ihn, seine Ahnungslosigkeit ausnutzend, heimlich vergiftet, zu den schwersten Fällen von Tötung? Und umgekehrt: Kein gesetzlicher Katalog von Mordmotiven kann erschöpfend sein. So hat sich denn das derzeit geltende deutsche Gesetz damit begnügen müssen, einige, die vorsätzliche Tötung zum Mord qualifizierende Motive aufzuzählen und dann fortzufahren, daß wegen Mordes auch der bestraft werden soll, der aus «sonst niedrigen Beweggründen» getötet hat. Das bedeutet aber, daß die Entscheidung darüber, ob eine vorsätzliche Tötung den schwersten oder einen weniger schweren Fall der Tötung darstellen soll, vom Gesetzgeber auf den Richter überwältigt wird. Und das hat zur Folge, daß die Handhabung der Strafdrohung nicht gleichmäßig ist und ein Moment des Ungewissen und Schwankenden aufweist. Es kann nicht ausbleiben, daß das eine Gericht ein Verhalten als Mord beurteilt, welches das andere nicht als Mord ansieht. An solch einer Verschiedenheit der Beurteilung kann auch das einheitliche Revisionsgericht vielfach nichts ändern. Denn im wesentlichen ist es die Sache des Tatrichters, die maßgeblichen Unterscheidungen zu treffen, und der Revisionsrichter ist an seine tatsächlichen Feststellungen gebunden. Nun ist die Möglichkeit verschiedenartiger Anwendung ein- und desselben Gesetzes natürlich **immer** gegeben. Aber wenn man sich sonst überall mit ihr abfinden kann und auch abfinden muß, weil sie nun einmal unvermeidlich ist, keinesfalls kann man sich dort mit ihr abfinden, wo die Strafe, welche das Resultat

unterschiedlicher Rechtsanwendung ist, womöglich die Todesstrafe ist! Ich glaube in der Tat, daß die technische Schwierigkeit einer juristisch exakten und befriedigenden, das Ermessen des Richters genügend einschränkenden Formulierung des Mordparagrafen ein schwerwiegendes Indiz gegen die Todesstrafe ist.

Es kommt etwas Weiteres hinzu. Über die Vollstreckung der Todesstrafe entscheidet regelmäßig nicht der Spruch des Gerichtes. Stets bedarf es vorheriger Einholung der Entscheidung einer Gnadeninstanz. Das macht keine grundsätzlichen Schwierigkeiten in einem kleineren Lande mit einheitlicher Regierung. Es macht fast unüberwindliche Schwierigkeiten in einem Bundesstaat mit zahlreichen Regierungen, also mit verschiedenartigen Inhabern des Gnadenrechts. Solche Aufspaltung der Zuständigkeit in Gnadensachen kann dazu führen, daß der eine begnadigt wird unter Voraussetzungen, die einem anderen nicht zur Gnade verholfen haben. Wiederum gilt, daß solche Verschiedenheiten, so unvermeidlich sie auch sind, doch dann ganz unerträglich werden, wenn es sich darum handelt, ob eine Todesstrafe vollstreckt werden soll oder nicht.

Ich will aber auf dieses Argument weiter kein Gewicht legen, wiewohl es in einem Bundesstaat, wie Deutschland es ist, eine erhebliche Rolle spielt. Ich will aber dafür noch auf das entscheidende Argument gegen die Todesstrafe eingehen, das jedem von Ihnen geläufig ist und das in ihrer Irreparabilität besteht.

Bisher habe ich noch nie einen Gegengrund gehört, mit dem sich dies Bedenken wirklich hätte ausräumen lassen.

Manche vertrauen darauf, daß im modernen Rechtsstaat die Gefahr eines Justizirrtums, also eines zu Unrecht ergehenden Todesurteils so gut wie ausgeschlossen sei. Diesen Optimismus kann ich nicht teilen. Ich kenne den Fall eines rechtskräftigen Todesurteils, das auf eigenes Geständnis des Angeklagten und damit übereinstimmende Bekundungen von Mitbeschuldigten ergangen und dennoch falsch war. Es ist in jenem Fall zwar nicht zur äußersten Katastrophe, nämlich nicht zur Vollstreckung dieses Urteils gekommen, weil die Sache glücklicherweise kurz vor der geplanten Vollstreckung noch aufgeklärt werden konnte. Aber um ein Haar wäre es auch zur Exekution gekommen, und Sie werden verstehen, daß ich seither die Gefahr eines Justizirrtums für eine naheliegende Gefahr halten muß. Übrigens braucht man nur zu bedenken, wie schwierig die psychiatrische Beurteilung geisteskranker Verbrecher ist, um alsbald zu erkennen, wie leicht es geschehen kann, daß jemand für zurechnungsfähig gehalten und verurteilt wird, der in Wahrheit ein Geisteskranker war, und

gerade dort, wo Todesstrafe in Betracht kommt, liegt diese Gefahr sehr nahe. Denn wo jemand eine ungeheuerliche Bluttat begangen hat, ist einerseits der Verdacht, daß er ein Kranker ist, immer sehr dringend, und andererseits fällt der Entschluß, ihn auch wirklich für einen Kranken zu erklären und damit den Freispruch zu sichern, immer besonders schwer.

Ein anderer Versuch, dem Justizmord zu entgehen, besteht in dem Vorschlag, Todesurteile nicht zuzulassen, wo die Schuld des Angeklagten nur durch einen Indizienbeweis nachgewiesen ist. Aber dieser Vorschlag ist unbrauchbar. Es geht nicht an, für Kapitalverbrechen ein anderes Beweisrecht einzurichten als für sonstige Straftaten. Außerdem bleibt, wenn der Indizienbeweis ausgeschlossen wird, nur noch der Zeugenbeweis oder das eigene Geständnis des Angeklagten übrig. Ein Zeugenbeweis steht bei Mordtaten nur selten zur Verfügung. Den tödlichen Schuß, Hieb oder Stich pflegt der Täter sorgfältig vor den Augen anderer zu verbergen. Also bleibt bei Verzicht auf den Beweis durch Indizien nur das Geständnis des Angeklagten als Überführungsmittel übrig. Das aber bedeutet, daß man entweder den hartnäckig leugnenden Angeklagten selbst in solchen Fällen freisprechen muß, in denen die vorhandenen Indizien für jedermann jeden Zweifel an seiner Schuld ausschließen. Oder es bedeutet, daß man in die Versuchung gerät, in solchen Fällen das Geständnis zu erwingen. Die Rechtsgeschichte bestätigt, daß das keine unbegründete Befürchtung ist. Aus alledem folgt, daß Abwandlungen des Beweisrechts kein taugliches Mittel zur Ausräumung der Gefahr des Justizmordes sind.

Untauglich ist auch der Vorschlag, die Vollstreckung der Todesstrafe auf solche Fälle zu beschränken, in denen an der Schuld des Angeklagten wirklich kein Zweifel mehr ist. Es darf niemals mehr irgendein Zweifel sein, wenn eine Strafe vollstreckt werden soll. Das gilt für die Freiheitsstrafe ganz ebenso wie für die Todesstrafe. Wo der Inhaber des Gnadenrechts an der Schuld des Verurteilten Zweifel hat, darf er sich nicht damit begnügen, die Todesstrafe in Freiheitsstrafe umzuwandeln, sondern er muß den Verurteilten freilassen.

Man mag es wenden wie man will: gegen die Gefahr des Justizmordes gibt es kein sicheres Vorbeugungsmittel. Deshalb bedeutet die Irreparabilität den stärksten Einwand gegen die Zulässigkeit der Todesstrafe.

Es ist freihch richtig, daß auch eine zu Unrecht vollzogene Freiheitsstrafe dem Bestraften Nachteile zufügt, die nicht ganz wieder gutgemacht werden können. Immerhin macht es doch einen bedeutenden Unterschied aus, ob man wenigstens noch eine Rehabilitierung aussprechen und eine

Entschädigung in Geld zahlen kann, oder ob man sich damit begnügen muß, am Grabe des unschuldig Hingerichteten eine symbolische Wiedergutmachungserklärung abzugeben.

Nach alledem gibt es keine wirkliche Möglichkeit, jenen Einwand gegen die Todesstrafe auszuräumen, der aus der Gefahr des Justizmordes folgt. Wer ungeachtet dieser Gefahr für die Todesstrafe eintritt, muß ihren Vergeltungs-, Sicherungs - oder Abschreckungseffekt so hoch einschätzen, daß er bereit ist, eher die Hinrichtung Unschuldiger in Kauf zu nehmen, als darauf zu verzichten, daß Schuldige geköpft werden. Ich bin dazu nicht bereit.

Dafür habe ich nun noch einen persönlichen Grund, den ich an den Schluß stelle, weil er, wiewohl er für mich der entscheidende Grund ist, doch einen Zug des Irrationalen aufweist. Ich bin Gegner der Todesstrafe, weil ich überzeugt bin, daß sie nicht nur nichts nützt, sondern daß sie sogar schweren Schaden verursacht. Die verheerende Wirkung, die von dem öffentlichen Vollzug der Todesstrafe ausgeht, ist allgemein bekannt. Wegen der moralischen Verwüstungen, welche öffentliche Hinrichtungen anrichten, sind von den Staaten, welche die Todesstrafe noch gebrauchen, die meisten denn auch längst dazu übergegangen, Todesstrafen unter Ausschluß der Öffentlichkeit zu exekutieren. Es ließe sich wohl fragen, ob eine Strafe, welche das Licht der Öffentlichkeit scheuen muß, überhaupt eine gerechte Strafe sein kann. Aber das mag dahingestellt bleiben, denn mit den verderblichen Wirkungen der Todesstrafe, von denen ich reden will, meine ich gar nicht die korrumpierende Wirkung, welche sie auf die Gesamtheit der Rechtsgenossen ausübt. Ich denke vielmehr an die schrecklichen Zerstörungen, welche sie in der Seele dessen anrichtet, der diese Strafe vollstrecken muß.

Schon für den Ankläger, der die Todesstrafe beantragen und für den Richter, der sie aussprechen soll, ist die Bürde der ihnen damit auferlegten Verantwortung viel zu schwer. Sie wird ihnen auch dadurch nicht erleichtert, daß sie der Nachprüfung ihres Spruches durch die Gnadeninstanz sicher sein dürfen. Übrigens ist die Möglichkeit dieser Nachprüfung, so wenig man auf sie verzichten kann, im ganzen wahrhaft verhängnisvoll. Denn sie beschwört die Gefahr herauf, daß das Gericht sich deshalb zum Todesurteil entschließt, weil es darauf vertraut, daß notfalls der Inhaber des Gnadenrechtes eingreifen werde, während dieser umgekehrt zur Verweigerung der Gnade bereit sein kann, weil er sich sagt, daß das Gericht ja geprüft habe. Aber wie das im einzelnen Fall auch liegen mag, — stets werden den am Verfahren Beteiligten Entscheidungen zugemutet, die man ihnen im Grunde genommen gar nicht zumuten darf.

Immerhin — so schwer die Anordnung der Todesstrafe auch ist, sie ist nicht so schwer und so verhängnisvoll wie die Ausführung des Todesurteils. Wir pflegen das Problem der Todesstrafe gewöhnlich als ein Problem des Verurteilten zu betrachten. Wir sollten nicht vergessen, daß es zugleich ein Problem des Scharfrichters ist. Wie kann die Gesellschaft es verantworten, daß sie einen aus ihrer Mitte dazu bestimmt, das Blut des Verurteilten zu vergießen. Man wende nicht ein, daß den Henker die Majestät seines Amtes trösten müsse. Von solcher Majestät ist gar keine Rede. Seit jeher hat die Gesellschaft den Henker, den doch sie erst zum Henker macht, mit Abscheu und Verachtung behandelt. Sie hat dabei gewiß nicht folgerichtig gehandelt. Aber sie hat doch jedenfalls die Einsicht bewiesen, daß sie denjenigen aus ihrer Mitte, den sie zum Henker bestellt, auf eine Bahn treibt, auf der er zum Unmensch werden muss.

Man wende auch nicht ein, daß ja doch niemand zum Amt des Henkers gezwungen werde, daß der Henker sein Amt vielmehr freiwillig übernimmt. Das ist ja gerade das Schreckliche, daß es an solchen Freiwilligen niemals fehlt. Das zeigt, wie tief die Bereitschaft zum Töten in der Seele des Menschen eingewurzelt ist, oder es zeigt wenigstens, wie gering die Hemmungen sind, die der Mensch überwinden muß, um sich an das Töten zu gewöhnen. Eben deshalb darf man jene Bereitschaft nicht wachrufen und jene Gewöhnung nicht fordern.

Von jener Gewöhnung habe ich selbst einmal etwas erfahren. Ich habe niemals ein Todesurteil gefällt. Aber ich habe im Laufe von zwei Jahren viermal auf dienstlichen Befehl Hinrichtungen beiwohnen müssen. Noch heute denke ich mit Schauern daran zurück, wie qualvoll für mich selbst die Befolgung dieses Befehls das erste Mal gewesen ist. Aber noch mehr schaudere ich in der Erinnerung daran, daß es schon das zweite Mal nicht mehr so schlimm war und daß es sich bereits beim dritten Mal eigentlich um die routinemäßige Erledigung eines Dienstgeschäftes gehandelt hat. In dieser Gefahr der Gewöhnung an das Gräßliche, in die ich selbst geraten bin, hegt für mich das entscheidende Argument gegen die Todesstrafe.

¿ES LA PENA DE MUERTE EFICAZ Y JUSTA?

Eduar do Garcia Máynez

A. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO GENÉRICO DE SANCIÓN Y EL ESPECIFICO DE PENA

1. Concepto jurídico de sanción

Entendemos por sanción la *consecuencia que el incumplimiento de un deber jurídico produce en perjuicio del obligado*.

a) Toda sanción, en la órbita jurídica, es una *consecuencia de derecho*. Siempre hay un *hecho* que la condiciona. Tal hecho consiste en el *incumplimiento del deber impuesto por la norma sancionada*. Como la sanción no deriva de esta norma, sino de otra que tiende a garantizar su eficacia, la segunda recibe el calificativo de *sancionadora*. La sancionadora es, pues, relativamente a la sancionada, norma jurídica *secundaria*.

Las formas categóricas de manifestación de las consecuencias de derecho son el *deber jurídico* y el *derecho subjetivo*. En cuanto las sanciones tienen el carácter de consecuencias normativas de la inobservancia del deber impuesto por la norma sancionada, sólo pueden consistir en deberes jurídicos o en derechos subjetivos. Para quienes admiten el concepto de *sanción premiai Q*), la consecuencia del acto meritorio (hecho jurídico condicionante) es una facultad legal del autor de ese acto: *el derecho a ser premiado*.

C¹) Cfr. Angelo de Mattia, «Merito e Ricompensa», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XVII, Fascicolo VI, novembre-dicembre 1937, págs. 608 y siguientes.

Sólo haciendo violencia al lenguaje puede afirmarse que el premio es una sanción. Esto no significa, por supuesto, que desconozcamos la existencia — o neguemos la utilidad — de las normas premiales. Quiere sólo decir que la recompensa debe clasificarse no como sanción, sino como *medida jurídica Q*). El legislador refuerza la eficacia de las normas primarias lo mismo *sancionando* a los responsables de conductas ilícitas, que concediendo galardones a los autores de actos supraerogatorios. No hay, pues, necesidad de considerar el premio o la recompensa como formas sancionadoras.

b) Si las sanciones jurídicas están condicionadas por actos ilícitos, y no consisten en facultades normativas del sancionado, es evidente que sólo pueden traducirse en *pérdida de derechos* o en *deberes jurídicos* de éste. La sanción impuesta a quien ha violado la ley normalmente lo obliga a hacer o a no hacer algo: en el caso de la multa, pagar tal o cual suma de dinero; en el de la pena de privación de libertad, no evadirse, tener buen comportamiento, someterse a los reglamentos carcelarios, etc. Los deberes constitutivos de la sanción pueden consistir tanto en *acciones* como en *omisiones*, ser *positivos* o *negativos*. Cuando Sócrates (para ofrecer un ejemplo histórico), se negó a escapar de la cárcel, desoyendo las súplicas de sus amigos y, llegado el día de la ejecución de la injusta sentencia, dócilmente se atuvo a las indicaciones que le dieron sobre los movimientos que debía ejecutar después de beber la cicuta, no hizo sino cumplir, al pie de la letra, los deberes que para él derivaban del fallo de sus jueces (2).

Así como, relativamente a la sancionada, la norma sancionadora es *secundaria*, los deberes eventualmente constitutivos de la sanción resultan, frente al impuesto por la primera de tales normas, *deberes jurídicos secundarios*. *La inobservancia del deber primario es el hecho condicionante de los deberes secundarios en que la sanción se traduce para el infractor*.

Debe advertirse que no todas las consecuencias condicionadas por la violación de la norma primaria son sanciones. Baste un par de ejemplos:

- 1) *el deber de sancionar*, impuesto a determinados órganos estatales, se actualiza al realizarse la conducta antijurídica y, aim cuando tiene, también, naturaleza secundaria, claramente difiere del constitutivo de la sanción;
- 2) la *legítima defensa*, condicionada, a su vez, por actos ilícitos, tampoco puede clasificarse como forma sancionadora (3).

C¹) Cfr. F. Carnelutti, *Sistema di Diritto Procesuale Civile* > Padova, 1936,1, pág. 20, y E. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Cap. XXI, sección 160.

(2) Platón, *Critón* > 44, b-53, e, y *Fedón*, 116, e-118.

(*) «En nuestro concepto — escribe Claude du Pasquier — no es correcto considerar como sanciones las represalias internacionales y la legítima defensa, que no son sino

Las sanciones que la ley establece no deben ser confundidas con los *procedimientos coactivos*. Mientras la sanción es consecuencia de carácter secundario, los susodichos procedimientos son de índole terciaria. Que tienen tal naturaleza es indudable, ya que consisten en la *aplicación forzada de la sanción*. Lo que condiciona las medidas coactivas es, por ende, la inobservancia de los deberes implícitos en la consecuencia sancionadora. Si el sancionado los cumple, el uso de tales medidas resulta innecesario.

2. Clasificación general de las sanciones jurídicas

Si examinamos la relación entre el deber jurídico primario y el jurídico secundario constitutivo de la consecuencia sancionadora, obtendremos un buen criterio de clasificación de las sanciones legales.

Una primera posibilidad es que esos deberes, pese a diferir formalmente, *substancialmente* coincidan. Es el caso del *cumplimiento forzoso*. Cuando en un proceso civil el juez condena al pago de una deuda, el deber de pagarla *coincide* substancialmente con la obligación jurídica primaria. La diferencia entre ambos deberes es de tipo *formal*, no sólo porque uno de ellos dimana del contrato que el deudor dejó de cumplir y el otro de la sentencia, sino porque ésta vale para el demandante como título ejecutivo. Por ello es que, si el demandado no acata la resolución del juez dentro del término que éste le conceda, la otra parte está legalmente facultada para pedir que se le constriña al cumplimiento. La sanción que el juez impone es *antecedente inmediato* del acto coactivo, lo que no puede afirmarse del deber jurídico primario.

Cuando entre el constitutivo de la sanción y el primario no hay *coincidencia*, pero ambos se traducen en prestaciones *equivalentes*, hablamos de *indemnización* ⁽¹⁾. Lo que en tal hipótesis se busca es asegurar a la víctima del acto que se sanciona una compensación pecuniaria. Los deberes que se imponen al sancionado representan económicamente lo mismo que los primarios que dejó de cumplir y que las consecuencias materiales y morales del acto violatorio. De aquí que la indemnización comprenda no sólo los *daños*, también los *perjuicios*.

reacciones individuales y actos de lucha» *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit* Paris, 1937, pág. 111. La legítima defensa es incuestionablemente una reacción individual y un acto de lucha, pero representa, también, el ejercicio de un derecho.

C¹) Cfr. E. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Cap. XXI, sección 156.

Las sanciones jurídicas no se reducen a las dos categorías, ya examinadas, del cumplimiento forzoso y la indemnización. Hay casos en que el cumplimiento no es posible, y otros en que, por la naturaleza del bien jurídico vulnerado, inútil sería tratar de establecer un equivalente económico. En tales casos ya no se trata de subsanar un daño, acaso irreparable, sino de *castigar* al violador. De este modo aparece, junto al cumplimiento forzoso y la indemnización, la figura jurídica del castigo, tercera forma sancionadora.

Al hablar de ésta no nos referimos exclusivamente a la sanción penal, sino a todas las jurídicas cuyo fin no estriba en lograr el cumplimiento de un deber, ni en la imposición de prestaciones equivalentes a los daños y perjuicios ocasionados por el acto violatorio. Si bien toda pena es un castigo, hay formas de castigo que no se clasifican como penas (*).

Conocemos ya las *formas simples* de las sanciones jurídicas. Al lado de ellas existen las *de carácter mixto*. Estas, como la denominación lo indica, resultan del enlace o suma de las otras. He aquí las combinaciones posibles:

1. Cumplimiento + indemnización.
2. Cumplimiento + castigo.
3. Indemnización + castigo.
4. Cumplimiento + indemnización + castigo (²).

3. *La pena*

Desde un punto de vista formal, la pena puede ser definida como la *consecuencia sancionadora de un hecho antijurídico que, por prescripción expresa del legislador, constituye un delito*. Las nociones de *pena* y *delito* son, pues, correlativas.

La definición es correcta, pero de contenido muy pobre. Pues al definir el delito en función de la pena, y a ésta en función de aquél, la correlatividad que así establecemos nada indica sobre la naturaleza de los términos relacionados, ni sobre el porqué del vínculo que los une.

Cuando aseveramos que la pena es una *consecuencia* del hecho delictuoso, le atribuimos tal carácter en un sentido muy distinto del que convendría

C¹) Cfr. E. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Cap. XXI, sección 156.

(²) *Idem*.

a una visión «naturalista» de las cosas. Si la sanción es un «castigo» por el incumplimiento de una norma, ello supone, de manera necesaria, la violación de un deber. Toda sanción lo es de un comportamiento humano, «y no hay comportamiento jurídicamente violatorio que no exija una sanción» (x). Pero la conducta en que el delito consiste no es sólo violación de un precepto, sino violación consciente y voluntaria. «Quien dice sanción» dice «reacción», «retribución», «castigo», y con ello expresa una idea orientada hacia lo ya ocurrido, hacia una violación normativa ya consumada, hacia la lesión de un bien protegido, no hacia algo que deba producirse más tarde, como si la sanción se hubiese dispuesto para evitar la producción futura de hechos lesivos» (2). El autor a quien acabamos de citar no niega que la sanción pueda tener efectos «proyectables» sobre el porvenir (prevención general o especial); pero, para él, esto ocurre sólo de hecho, «desde un punto de vista psicológico, no desde un punto de vista normativo» (3).

Algo hay en estas ideas que no puede advertirse cuando, con criterio formalista, la sanción es definida como consecuencia de derecho que el incumplimiento de un deber produce en perjuicio del obligado. Queremos referirnos a la naturaleza *instrumental* de las sanciones legales. *Se sanciona no por sancionar, sino para el logro de un propósito*. Desde tal ángulo, aquéllas resultan *medios* al servicio de *finés*, y este enfoque teleológico es el único que permite comprender el sentido de esas sanciones y resolver los problemas concernientes a su *justificación* y *eficacia*.

Al clasificar las formas sancionadoras pudimos advertir hasta qué punto la naturaleza de cada una depende de la del *bien jurídico* lesionado. Si ese bien es económico o su lesión puede repararse en forma pecuniaria, como suele acontecer en el caso de las sanciones administrativas y civiles, el *cumplimiento forzoso* y la *indemnización* resultan suficientes e idóneos. Tratándose de consecuencias sancionadoras de hechos que suponen un ataque a intereses privados, la finalidad de quien sanciona es que las cosas vuelvan al estado que tenían antes del entuerto, o imponer al autor de éste una prestación equivalente. En tales casos, la sanción recae sobre el patrimonio, y el legislador la establece con la mira de que la víctima del acto ilícito pueda resarcirse. Otra cosa sucede en el caso del castigo y, sobre todo, en el de la sanción penal. Pues, como bellamente lo expresa Bettiol, «la pena cae como un golpe sobre el hombre considerado *in toto*,

C¹) Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale. Parte Generale*. Sesta Edizione. Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1966, pág. 621.

(2) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 622.

(^a) *Idem*.

es decir, en su existencia, en su libertad, en su honor, en su hacienda; y abre en la vida del individuo un surco que a veces no puede ya ser colmado: lo mismo es un medio que lo redime que — cuando es mal ejecutada— un instrumento de perdición. Sirve, a veces, para readaptarlo a la vida social y, a veces, para recrudescer en él las tendencias antisociales» 0.

Si la finalidad de la pena fuese esencialmente preventiva, la idea de la prevención «tendría que ajustarse al siguiente esquema: te castigo, no por el hecho cometido, sino por los que en lo futuro puedas perpetrar» (2). Sanción y retribución son conceptos inseparables. La pena sanciona una acción pretérita que hace al delincuente acreedor a un reproche. Supone, además, una *culpa*, pues allí donde sólo hay *peligrosidad* lo que procede es recurrir a las *medidas preventivas*. La idea de la retribución se halla necesariamente ligada a la de la culpa. *Nulla poena sine culpa*. «El criterio de la peligrosidad social, en cambio, está desprovisto, por las consideraciones naturalistas en que descansa, de un verdadero contenido ético, y puede, por sí mismo, justificar cualquiera intromisión — incluso la más arbitraria — en la vida del individuo» (*).

Si el fin de la pena es retributivo, entre ésta y el hecho delictuoso debe existir *proporcionalidad*, de manera que a la gravedad de la culpa corresponda la del castigo.

No es difícil advertir que el *valor fundamental* que los seguidores de la teoría de la retribución tienen a la vista es el de *justicia*, en tanto que el que preocupa a los partidarios de la idea de la defensa social es el de *seguridad*.

La tesis de que el Estado, cuando sanciona al que delinque, no pretende establecer una relación retributiva entre la pena y el delito, sino *defenderse* y *defender* a la sociedad con procedimientos de intimidación, a la postre conduce al «terrorismo penal». Bien ha dicho Guarneri que la lógica interna de esa doctrina tiene un trágico punto de arribo: ¡pena de muerte para todos los delitos ! (4).

Llevada a sus consecuencias últimas, la idea de la seguridad entra casi siempre en conflicto con la de justicia, y acaba por transformarse en

C¹) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 627.

(2) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 629.

(*) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 641.

(4) Guarneri, «Discussioni antiche e nuove», en *Giust. Pen.*, 1942. col. 7. Cita de Bettiol en la pág. 654 de la obra a que nos hemos venido refiriendo.

su contraria¹). Por ello pensamos, con Bettiol, que la pena que exclusivamente se inspira en la idea de la prevención general es injusta, mientras que la de propósito retributivo que enlaza el castigo a la culpa es la única «capaz de reafirmar en la conciencia del reo los valores morales y en la conciencia social el sentido del deber y la satisfacción por el restablecimiento del orden» (2).

El carácter retributivo de la pena no impide, sin embargo, que la «retribución justa» sea también, por una parte, el mejor medio de defensa de la sociedad y, por otra, un camino capaz de conducir, a través del arrepentimiento y del dolor, a la enmienda del reo.

B. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN O INJUSTIFICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE

4. Planteamiento del problema

En los países en que existe la pena de muerte, no puede ésta considerarse *ilegal*. Cumplidos los requisitos que la ley señala, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarla, y el condenado a sufrirla debe someterse al castigo. Ello no demuestra, sin embargo, que sea, como algunos penalistas dicen, *legítima* o, como preferimos decir nosotros, *justa*. La noción de validez, *en sentido jurídico-positivo*, no siempre coincide con la *axiológico-material* que tiene que adoptar quien se proponga, en actitud crítica, hacer un juicio sobre la justicia o bondad intrínsecas de las leyes en vigor (3).

El problema, siempre discutido y replanteado siempre, de la justificación o injustificación de la pena capital es, en un plano teórico, cuestión eminentemente filosófica y, en el de la práctica, asunto de política legislativa o, como también suele decirse, *de lege ferenda*.

C¹) Cfr. E. García Máynez, *La definición del Derecho. Ensayo de Perspectivismo Jurídico*. 2.^a ed. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Vera cruz ana, Xalapa, México, 1960, Cap. VII, v).

(2) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 654.

(3) Cfr. E. García Máynez, «Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», en *Symposium sobre derecho natural y axiología*. XIII Congreso Filosófico Internacional. Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional de México, 1963, págs. 83-97.

Se trata de saber, para expresarlo de otro modo, si allí donde esa pena figura en los códigos, hay razones para abolirla, o de determinar, cuando no ha sido implantada, si debe lucharse por su implantación.

Antes de dar respuesta a estas preguntas, conviene tener presente, ante todo, la naturaleza *instrumental* de las sanciones penales, e inquirir después — relativamente a la de muerte — si es correcto considerarla como instrumento de realización de ciertos fines y, en caso afirmativo, si, en ese su carácter de medio, resulta o no *eficaz y justa*.

En opinión de no pocos autores, la «última pena» no sólo participa de la índole medial de todas las sanciones jurídicas, sino que es, amén de útil, *necesaria*.

Anteriormente sostuvimos que, desde un punto de vista teleológico, aquellas sanciones aparecen como *medios* de que el legislador se sirve para la consecución de determinados propósitos. En esto coinciden todos los autores. En lo que a menudo discrepan es en la naturaleza de esos propósitos y en el grado de eficacia de los medios de realización. Sus pareceres se contraponen, asimismo, en otro aspecto, sin duda el más importante: el de la *justificación o legitimidad* de ciertas formas sancionadoras.

Antes de poner en los platillos de la balanza los argumentos en pro y en contra de la pena de muerte, hagamos dos observaciones de carácter general. La primera atañe a la eficacia, siempre *relativa*, de las sanciones penales. Es muy difícil prever hasta qué punto servirán para realizar los propósitos que el legislador persigue. Ello se debe a que nunca ejercen su influjo en forma aislada, ya que éste tiene que conjugarse con una serie de factores de muy diverso origen, casi siempre imprevisibles, que, o bien reducen la eficacia de la pena o, lo que es peor, la hacen contraproducente.

Otra observación es que, independientemente de la mayor o menor justeza de los argumentos aducidos por las diversas escuelas para definir y justificar los fines que cada una asigna a las sanciones penales (retribución, prevención general, enmienda y readaptación del reo, etc.), la experiencia enseña que, en cierta medida al menos, las finalidades que el legislador se propone *no se excluyen entre sí*, por lo que, en circunstancias favorables, la pena justa no sólo protege los intereses de la sociedad, sino que puede conducir a la reforma moral de quien la sufre.

5. *Discusión de los argumentos en pro y en contra de la pena de muerte*

Para justificar la pena de muerte sus partidarios suelen invocar razones de *seguridad*, no de *justicia*. Recurren, sobre todo, a la idea de la *prevención general* y juzgan, inspirándose en la clásica formulación de Protágoras,

que «el que castiga con razón, castiga no por las faltas pasadas, porque no es posible que lo ya sucedido deje de suceder, sino por las que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo» (x). Esta tesis se opone diametralmente a la de los defensores de la teoría retributiva, para quienes la pena sólo puede justificarse como castigo de hechos pasados. Sin duda es posible tratar de prevenir los futuros empleando *medidas de seguridad*, mas no tiene sentido castigar a un hombre por lo que aún no ha hecho y no se sabe si hará. Quienes simpatizan con la doctrina de la prevención general subrayan sólo, en lo que a la pena de muerte atañe, la segunda de las razones invocadas por el abderitano: la de la *ejemplaridad* del castigo. Para ellos, no hay pena más *ejemplar* que la de muerte ni, en consecuencia, más *intimidante*. Proclaman que lo que debe buscarse no es la enmienda del reo — éste puede ser incorregible — sino la eficacia preventiva que el temor de sufrir castigo tan grave tenga en el *ánimo* de los demás. *Latro suspenditur, non ut ipse emendetur, sed propter alios, ut saltem metu poena peccare desistant!*

Estadísticamente podría demostrarse que ni la amenaza de la pena capital, ni el espectáculo de su ejecución, impiden que los peores delitos se sigan cometiendo. Bien dice Bettiol que no se protege a la sociedad con sanciones «que llevan al terrorismo, sino que los delitos se previenen cuando, mediante la amenaza de penas justas por ser retributivas, se educa a la conciencia social para la idea del bien»(2). Podría tal vez replicarse, recordando la primera de las razones aducidas por Protágoras, que la mejor manera de evitar que el delincuente reincida — cuando se trata de los delitos más horribles — consiste en suprimirlo. El peligro de acciones delictuosas futuras quedaría así totalmente eliminado. Las dos finalidades que según el sofista deben perseguirse al castigar, resultarían entonces — en el caso de la última pena — perfectamente compatibles. Esta interpretación es poco satisfactoria, pues hace irrealizable, al menos en la hipótesis que examinamos, la *finalidad educativa* de la sanción (3). Por ello se ha escrito que con la doctrina de la prevención especial jamás podrá la pena de muerte ser justificada (4). Si, como lo sostienen los partidarios de aquélla, lo que a través del castigo debe buscarse es la enmienda y readaptación del reo, matar al autor del delito no es medio idóneo para el logro de tal propósito.

C¹) Platón, *Protágoras*, 324, a-c.

(2) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 665.

(3) Cfr. R. S. Peters, *Ethics and Education*, George Allen & Unwin Ltd., London, 1966, Cap. X, págs. 266-291.

(4) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 668.

Como los jueces son falibles, debe siempre contarse con el peligro de que condenen a un inocente, causando así un daño totalmente irreparable. Tal vez se diga que los errores judiciales son pocos; pero, aun cuando esto se conceda, la gravedad del daño que en el caso producen da gran fuerza al argumento. Y, al sopesarlo, no podemos dejar de recordar las palabras que, en el diálogo sobre la retórica, pone Platón en boca de Sócrates: «es mayor mal cometer una injusticia que sufrirla»^(x).

Quienes preconizan la pena de muerte arguyen que hay delitos tan monstruosos que no puede menos de repugnarnos la idea de que se sancione a su autor de otra manera. Un castigo diferente resultaría desproporcionado y, por tanto, injusto. No negamos que, a veces, tal desproporción parece existir. Pero, ¿qué es peor: suprimir al delincuente, y suprimir con ello la posibilidad del arrepentimiento y el castigo moral que impone el sentimiento de la culpa, o mantener abierto para el culpable el camino de la redención?

«Al nacer — solía decir Sócrates — nos condena a muerte la naturaleza»⁽²⁾. ¿Por qué no dejar que sea ella la ejecutora de esa universal sentencia, si otras formas de sanción pueden proteger eficazmente los intereses sociales?

Lejos de justificar la última pena, la teoría de la prevención especial realmente sirve de base a poderosos argumentos en contra. La de la prevención general tampoco la legitima, ya que no hay pruebas de que ese castigo sea tan intimidante como se cree, ni las tenemos tampoco de que en los países donde se aplica hayan disminuido por ello el número y la frecuencia de los delitos más atroces.

Si la eficacia preventiva de la pena capital es dudosa, malamente podrá afirmarse que tal pena es *necesaria*. Acaso se responda que siempre hay el peligro de que el delincuente escape de la cárcel. Esto es cierto; pero la consideración de lo que *tal vez* ocurra no basta para justificar condena tan grave.

Tanto la religión como la moral y el derecho ordenan que la vida humana sea respetada. Esta es para el hombre el mayor de los bienes, no por el amor que cada uno pueda tenerle, sino porque condiciona la posibilidad de realización de todos los valores. En la medida en que hace posible nuestra libertad, la vida vale no simplemente porque es vida, sino por lo que hacemos de ella. En cuanto, en ejercicio de su albedrío, puede realizar valores, el hombre es *persona*. De tal ejercicio dependen, como

O P l á t o n, *Gorgias*, 473-476.

(2) D i ó g e n e s L a e r c i o, *Vidas de los filósofos ilustres*, II, 35.

enseña Nicolai Hartmann, sus posibilidades, pero también sus peligros. Pues la libertad existe no sólo para el bien; igualmente existe, en todo caso, para el mal.

La consideración anterior nos mueve a preguntarnos, en un plano de radicalidad mayor, si el «no matarás» tiene carácter absoluto. O, expresado en otra forma: ¿cuándo puede el hecho de dar muerte a un hombre quedar cubierto por una excluyeme de responsabilidad?

No hay duda de que tal excluyeme está justificada en la hipótesis de la *defensa legítima*. Debe excluirse de responsabilidad penal al que mata en ejercicio de tal derecho, si la agresión no puede repelerse en otra forma, y en la defensa no hay exceso.

Los requisitos que han de cumplirse para que la reacción defensiva resulte *legítima*, claramente demuestran, a nuestro entender, que el llamado *derecho de defensa* de la sociedad frente al delincuente no puede asimilarse al de *defensa legítima* que — en los casos prefijados y con las restricciones establecidas por la ley — se atribuye a los particulares. Por ello afirma Bettiol que así como éstos carecen del derecho de matar al agresor cuando la agresión ya no existe, el poder público no tiene ningún «título jurídico» para decretar la muerte de un hombre por un hecho delictuoso ya consumado (2). Esto no significa, por supuesto, que no esté obligado a proteger los intereses de la sociedad; significa, simplemente, que la tutela de tales intereses, frente a quien ha delinquido, es un derecho no equiparable — pese a su mayor importancia y al carácter obligatorio de su ejercicio — al de legítima defensa que en las situaciones genéricamente descritas por la ley se concede a quien es víctima de una agresión. Además, y éste es para nosotros uno de los argumentos de mayor peso — el Estado puede proteger los intereses sociales sin tener que matar al delincuente. Dicho de otro modo : *la pena de muerte no es nunca, pues es siempre sustituible*.

En países donde ésta sigue figurando en el elenco de las sanciones, las de índole *infamante* suelen hallarse constitucionalmente prohibidas. Si se han proscrito por contrarias a la dignidad humana: ¿no resulta inconsecuente permitir que, para castigar al autor de un delito, se le prive de la condición de posibilidad de lo que Arthur Kaufmann llama la «autorrealización del hombre» ?(3)

(1) Nicolai Hartmann, *Introducción a la Filosofía*, Trad. José Gaos, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional, México, 1961, pág. 109.

(2) Bettiol, obra y edición citadas, pág. 666.

(3) Arthur Kaufmann, *Recht und Sittlichkeit*, J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck), Tübingen, 1964, II, pág. 10.

En *El acto moral* (1) y *El hombre y el mundo* (2), Hans Driesch ha expresado bellamente su convicción de que tanto la pena de muerte como la guerra deben ser repudiadas. El argumento contra ésta vale también contra aquélla. Driesch lo formula así: «La norma ética fundamental contra la guerra se halla simplemente expuesta en la proposición *no debes matar*, si se entiende claramente lo que «matar» realmente significa. «No debes matar) significa, en efecto, «no debes hacer algo *cuyas consecuencias ignoras en absoluto*» y, precisamente por ello, de ningún modo «quieres». Dices que en la guerra sólo quieres que el enemigo deje de ser peligroso, no su muerte. Este es, para hablar con Kant, un «miserable efugio», pues bien sabes que tu acción habrá de matar. A pesar de todo, matas, y lo haces, pues, en forma consciente. Y eso es, precisamente, lo que no debe ser. Pues, ¿sabes acaso lo que significa?...» (3).

Repitiendo las palabras de Driesch (4), podríamos decir: cuando el Estado mata al delincuente sólo quiere que el condenado «deje de ser peligroso, no su muerte». Así piensan, al menos, muchos de los partidarios de la pena capital. Pero éste es, también, un «miserable efugio», puesto que existen otros recursos para evitar que aquel peligro se traduzca en actos socialmente lesivos. Para «defender) lo que podría protegerse de otro modo, se hace de la vida del reo un *medio* al servicio de tal fin, y se sacrifica, en aras de un riesgo probable, la condición necesaria del arrepentimiento y de la enmienda. Con ello se renuncia a que el castigo sea, como afirmaba el maestro de Aristóteles, «medicina del alma» (5).

...La abolición de la pena de muerte en Portugal, cuyo centenario conmemora en este año la ilustre Universidad de Coimbra, honra al legislador portugués, quien dió con ello buena prueba de su humanitarismo y su sapiencia.

(1) Hans Driesch, *El acto moral*, Trad. de R. Cansinos-Assens, M. Aguilar, Editor, Madrid, 1929, págs. 116 y siguientes.

(2) Hans Driesch, *El hombre y el mundo*. Traducción de E. García Máynez. Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional. México, 1960.

(3) Hans Driesch, obra y traducción citadas en la nota anterior, pág. 104.

(4) *Idem*.

(5) Platón, *Gorgias*, 478 d.

LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA PENA DE MUERTE

Manuel López-Rey y Arrojó

La justificación o no de la pena de muerte ha sido y es todavía materia de constante discusión. Aunque fuerte sería difícil decir que el movimiento abolicionista está ganando terreno en todas partes. Ciertamente, el movimiento es visible en los Estados Unidos donde las ejecuciones de pena de muerte han disminuido considerablemente en los últimos años. Entre 1930 y 1965 fueron ejecutados 3 856 condenados, pero mientras en 1930 el número alcanzó a 155, sólo 9 han sido ejecutados en 1965 (*). El año con mayor número de ejecuciones fué 1935 seguido muy de cerca por 1936 con 199 y 195 respectivamente. De los 50 estados norteamericanos nueve han abolido totalmente la pena de muerte, el último Oregón en 1964, y cuatro sólo la mantienen en ciertos delitos graves.

Los nuevos países africanos ofrecen un contraste opuesto, más particularmente respecto a ciertos países europeos y a la generalidad de los países latinoamericanos. De estar a las abundantes leyes de protección de la seguridad del Estado y a las ejecuciones emanadas de ellos las «nuevas democracias» africanas se distinguen en éste aspecto por la abundancia con que la pena capital se aplica. También por la publicidad con que la misma se ejecuta y que es buscada y aun considerada como ejemplar por los gobiernos. Si dicha prodigalidad y publicidad es debida a la inestabilidad de los regímenes existentes ó al limitado valor que la vida humana tiene ó a la combinación de éstos y otros factores es difícil determinarlo. En

C¹) Del total 3 586 160 fueron ejecutados por decisiones de los tribunales militares del ejército y de la marina de los cuales 148 corresponden al período 1942-1950. Desde 1849 ninguno de los condenados por los tribunales navales ha sido ejecutado.

mi opinion todos estos factores juegan un papel evidente a los que se ha de añadir un elemento de crueldad. Como ejemplos cabe citar Burundi que en Enero de 1966 hizo ejecutar 86 y Ghana que ha hecho públicas pasadas y recientes ejecuciones. Este elemento de publicidad es también estimado indispensable en algunos países árabes. La Arabia Saudita y Yemen y más recientemente Siria deben mencionarse particularmente.

El mayor argumento contra la pena de muerte es que carece de efecto intimidativo y por tanto, su acción preventiva sobre la criminalidad a que se aplica es nulo o mínimo. El argumento ha sido y es repetido hasta la saciedad en diversas formas. En realidad, es el más débil de todos los usados contra la pena de muerte en cuanto descansa sobre un concepto causal-determinativo que difícilmente puede defenderse. Uno de los últimos intentos en éste sentido ha sido el interesante estudio de Mattick que como muchos otros que la precedieron mantiene la ineficacia de la pena de muerte como medio preventivo¹⁾.

El efecto intimidativo o no de la pena de muerte es sólo un aspecto del efecto de intimidación general de la pena y como tal debe tratarse. Dicha intimidación general ha sido y es negada aun frecuente y un tanto frívolamente por ima gran parte de criminólogos, penolólogos y penalistas de diversas escuelas y tendencias. Esencialmente, su afirmación es que pese a las centurias de aplicación, la pena no ha conseguido hacer desaparecer el delito o reducirlo considerablemente. Al manifestarse así establecen una relación determinante directa entre prevención del delito y pena que no existe. Con el mismo razonamiento podría decirse que dada la continuidad de las enfermedades el tratamiento médico debería ser suprimido ó más cercanamente a nuestro caso que, dado que el número de accidentes no sólo continúa sino que aumenta por doquier, las regulaciones sobre el tráfico deben suprimirse.

En verdad la vida diaria está regida por una serie de costumbres, hábitos, formalidades y reglas, la mayor parte no escritas ni oficialmente establecidas que, sin embargo, tienen un efecto preventivo, a veces intimidativo, evidente. Como fenómeno social general la prevención-intimidación existe y admite diversas formas de expresión una de las cuales es la sanción penal. Sólo ima posición socio-psicológica extrema puede negar su existencia. El que los efectos de la intimidación penal no pueden determinarse aritméticamente no constituye un argumento en su contra. La aserción repetidamente hecha, tomada de Kelvin, de que cuando aquello

C¹⁾ V. Hans W. Mattick, *The Unexamined Death. An Analysis of Capital Punishment*, Chicago, 1966.

de que se habla puede ser medido es mejor conocido que aquello que no puede serlo es correcta en ciertos casos, pero no puede estimarse como regla general. En primer lugar, la medición se refiere frecuentemente a algo que no es esencial, en segundo lugar, conocimiento no medible es tan conocimiento como el que no lo es. En contra de lo que se manifiesta por no pocos la relación entre prevención de la pena y delito no es directa como pretenden aquellos que mantienen la tesis de la inutilidad de la pena en general y más particularmente la de la pena de muerte. Dicha relación directa se basa en un concepto de causalidad por demás simplista y es de lamentar que criminólogos de la talla de Sellin, Mattick y otros lo sostengan.

La explicación de ésta obstinación se halla en que la criminología contemporánea, especialmente la norteamericana, opera aún con un concepto rudimentario de causa que se estima científico pero que en realidad no lo es. Dicha criminología no ha logrado aun darse cuenta de la distinción entre causa, causación y causalidad de la que nos ocupamos ya hace más de veinticinco años (1). Las tres existen y su distingo es necesario si se quiere entender la conducta humana. La primera determina — con otra u otras — un proceso de causación que no permanece aislado, sino que, a su vez, es modificado por la interacción de las causas originarias actuantes y por otras que después intervienen en el proceso de causación. Este proceso de causación da lugar a una relación de causalidad compleja, no debida exclusivamente a las causas originarias, que provoca un cierto resultado. Respecto al delito un homicidio puede ser psicológicamente originado por muy diversas causas que dan lugar a un proceso de causación en la forma antedicha. Cual dentro de éste constituye la auténtica relación de causalidad es algo difícil de determinar. Las más de las veces operamos por aproximación. En suma, mientras en física, mecánica, química, etc., puede hablarse con cierta generalidad, insistimos en lo de cierta, de una causalidad relativamente uniforme, lo mismo no puede afirmarse respecto a la conducta humana y por ende, al delito. Esta incertidumbre causal ha intentado ser aclarada por una variedad de teorías criminológicas cuyo sólo valor ha sido el de haber permitido concluir que no existe y no podrá

C¹) V. Manuel López-Rey y Arrojjo, *Introducción al estudio de la Criminología* Buenos Aires, 1944, especialmente capítulo III. Desde entonces me ha ocupado de ésta importante cuestión en varias ocasiones. V., entre otros, mis ensayos «*Some Misconceptions in Contemporary Criminology*» en *Essays in Criminal Science* publicado por el profesor G. O. Mueller, South Hackensack y London 1961 y *Considérations critiques sur la criminologie contemporaine*, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1966.

existir una teoría del delito y que, en consecuencia, la prevención del mismo y el tratamiento del delincuente tienen que basarse en algo diferente de lo que ahora se mantiene[^]). Dicha conclusión no significa que lo hasta ahora hecho por la criminología no tenga valor científico.

Respecto al delito, la conclusión es que el término causa tiene sólo un valor muy relativo que no permite aserciones de índole general, entre ellas que la sanción penal ha fracasado ya que el delito sigue existiendo ó porque la reincidencia sigue manifestándose pese a su aplicación. Si como se acepta ya por no pocos, el delito puede ser originado por una enorme variedad de factores y se tiene en cuenta lo dicho anteriormente sobre causa, causación y casualidad, puede concluirse, primero que difícilmente pueden darse idénticos procesos de causación y por ende, constantes relaciones de causalidad, segundo que unas mismas causas pueden dar lugar a muy diferentes delitos, y tercero que un mismo delito puede ser originado por diferentes y aun opuestas causas. Esta complejidad no es patrimonio exclusivo de la conducta delictiva. Ella existe en toda conducta humana fuera de aquellas que responden a un mecanismo de habituación o de frecuente repetición en las que el proceso de causación es reducido a un mínimo. Si ésto es así, cabe preguntar: ¿Como puede pretenderse que la sanción penal en general y la de muerte en particular puedan alcanzar por sí solas lo que en realidad requiere un complejo proceso de actuación? En otras palabras, si se admite que la conducta delictiva es el resultado de una variedad de factores es lógico concluir, y la lógica tiene tanto valor como el método científico ó lo que se entiende por tal, que, a su vez, la prevención de dicha conducta en general ó en particular requiere una causación o una actuación no menos compleja. En esa compleja actuación la sanción penal juega un papel evidente cuya intensidad no puede medirse ó determinarse, pero ésto como queda dicho ello no significa que no exista. Ese efecto intimidativo-preventivo puede ser reforzado o debilitado por

C¹) Lo someramente dicho, falta de espacio impide extenderse, explica la necesidad de una nueva criminología y de una investigación criminológica diferentemente orientadas. Ha de hacerse notar que la criminología actual confunde casi constantemente el delito como fenómeno social con el delito como acontecimiento individual. El estudio de éste ha conducido a una serie de generalizaciones causales que se pretende aplicar a la prevención del delito como fenómeno social, que es diferente. El resultado ha sido una prevención del delito prácticamente inexistente o constituida por una serie de vagas generalizaciones. El problema tiene una importancia práctica evidente, cuyo desconocimiento es facilitado por la importación que frecuentemente se hace, especialmente a base de traducciones, de la criminología norteamericana. Ello ha dado lugar a que en no pocos países se cultive lo que en diferentes ocasiones he llamado «criminología de papel». El tema es tratado en mi ensayo de próxima publicación *The All-Embracing Aim of Contemporary Criminology*.

muchos factores y el mejor conocimiento de éstos dos aspectos constituye, a mi modo de ver, una tarea criminológica más importante que la de simplemente negar el efecto intimidativo de la sanción penal.

Por lo expuesto, los razonamientos de Mattick, y de todos aquellos que le precedieron por el mismo camino, de que la pena de muerte no tiene efecto alguno en el número de homicidios ó que la misma no afecta la conducta de futuros homicidas después de una ejecución, no es correcta. Lo procedente es admitir que la intimidación actúa pero sus efectos se hallan unas veces favorecidos y otras anidados por otros factores sin que pueda establecerse en ningún caso una relación directa entre intimidación y prevención del delito. Como tantos otros, Mattick parte de una concepción causal rectilínea que no existe en la conducta humana. Así, el posible homicida o traidor que conoce la existencia de la pena de muerte, puede o no dejar de actuar por la intimidación correspondiente. En el primer caso, los efectos de la intimidación que no actúan siempre necesariamente solos, podrán ser reforzados unas veces y otras contrarrestados en parte, pero subsistir lo suficiente para determinar en el proceso de causación una causalidad negativa, es decir, el delito no es cometido. En el segundo supuesto, el proceso de causación anula la acción intimidativa y el delito se comete. La relación de causalidad creada en dicho proceso es pues positiva. En uno y otro caso, la intimidación he actuado, pero no ha conducido a idéntico resultado lo que es de esperar si se tiene en cuenta que la misma no actúa sólo, sino que es encontrada, acompañada y opuesta por otros factores, y que la definitiva relación de causalidad que conduce a una determinada forma de conducta no depende sólo de la intimidación. Esperar que ésta actúa por sí es desconocer el complejo mecanismo de la conducta humana. Nadie con un conocimiento de ésta puede pretender pues que la intimidación general a ella sólo detenga el delito y menos aun que lo suprima. La misma cumple sin embargo, una función que debe mantenerse de la forma más humana é inteligente posible. El que no podamos determinar el número de casos en que la intimidación juega un papel más determinante que en otros no debe llevarnos a la conclusión de Mattick de que la pena de muerte «is irrelevant to the homicide rate». Ello significa tener un concepto simplista de los efectos de la intimidación y de la causación del homicidio.

Lo sucintamente expuesto no debe interpretarse como en favor de la pena de muerte y si sólo que el razonamiento para reclamar su abolición porque la misma no intimida ni evita el delito, no tiene el fundamento que se le atribuye. ¿ Cuales son entonces las razones para su abolición? Ante todo conviene decir que al referirse a la pena en general y a

la de muerte en particular, la palabra justificar no es quizá la más adecuada, aunque ha sido y es la más empleada. Tanto una como otra son consecuencia de una función social que no es exactamente lo mismo. El distinguo me parece importante por lo que a continuación se dice.

En principio, y por razones humanitarias, la pena de muerte no responde a una necesidad. Cabe, sin embargo, preguntar ¿ debe aplicarse dicho criterio en los casos de genocidio y de delitos contra la humanidad? La contestación no es fácil. Puede decirse que el sentimiento de humanidad debe mantenerse respecto a toda persona cualquiera que ésta sea o haya hecho. En contra, que el género humano debe también ser tratado humanamente y que ese trato exige ciertas precauciones respecto al futuro. Conforme a éste razonamiento resulta difícil no estimar como adecuada la pena de muerte en individuos como Hitler, Goering, Goebbels, Mussolini y otros, ¿ Cuales son los límites de lo humanitario ? Personalmente no creo que éste concepto sea ilimitado. En realidad el concepto de humanitario contiene ó tiene que tener en cuenta elementos políticos, psicológicos y prácticos que no se pueden ignorar frente a la consideración y respecto del género humano. Si ésto es así, la ejecución de individuos como los indicados es la lógica consecuencia de la necesidad de afirmar la existencia libre y digna de la humanidad.

El problema es distinto cuando se trata de la llamada «protección del Estado». Como consecuencia de ideologías políticas mas ó menos extremistas tanto de derecha como de izquierda, en no pocos países la pena de muerte se ha mantenido y se mantiene contra los delitos contra el Estado que innecesario añadir es un Estado antidemocrático. En los nuevos países africanos raro es el que no posee su ley protectora y con ella la pena de muerte aparece «legalmente justificada». Cabría preguntar si algunos de dichos países son realmente estados. En todo caso han sido estimados como tal. De una manera u otra casi todos ellos se valen del fantasma «la protección del estado» para aplicar la pena de muerte. En mi opinión en ningún caso, incluso en un país democráticamente organizado, dicha protección justifica su imposición. En no pocos países dicho concepto engloba delitos de muy diversa naturaleza cuyo conjunto es impresionante y parece justificar la imposición de tal pena. Uno de los ejemplos que puede citarse es la ley de 26 Diciembre 1958 sobre responsabilidad de los delitos contra el estado de la Unión Soviética. Dicha ley, promulgada al mismo tiempo que los Principios penales, se aplica a los delitos de traición, espionaje, terrorismo, actos terroristas contra los representantes de un Estado extranjero, destrucción de medios de transporte y otros grandes estragos con la intención de debilitar al estado, sabotaje,

propaganda y agitación antisoviética, propaganda de guerra, etc. Es cierto que no en todos los casos la pena capital es aplicable. En éste sentido, la citada ley es más liberal que la anterior pero la misma muestra como el concepto de protección del estado es uno de índole política frecuentemente arbitrario que identifica el estado con un partido ó ideología política determinada lo que ciertamente es inadmisibile. Para quien ésto escribe la pena de muerte no debe imponerse por estos delitos. Ciertamente no por el de espionaje que, como actividad hoy dia reconocida y aun dignificada, se halla tan extendida que la aplicación de la pena de muerte a todos los que la ejercen daría lugar a hecatombes penales por doquier.

El delito de traición puede en muchos suscitar dudas y para no pocos su comisión justifica la pena de muerte. Aquí nuevamente se precisa distinguir entre la traición al estado y a la traición a la patria. No se trata de una cuestión de etiquetas, sino de sustancia. Estado y patria son dos cosas diferentes. Aquel y no ésta es frecuentemente identificado con un régimen o partido político. Cuando ésto acontece, la pena de muerte para protegerle es injusta. En realidad lo es siempre ya que a mi modo de ver la traición contra el estado no existe. De existir lo es contra la patria pero para admitirlo es necesario que ésta sea servida por un estado democrático. Caso contrario se corre el riesgo inminente de que so capa de proteger a la patria, lo que se protege es el estado. Incluso si la patria libre existe, me parece dudoso admitir la imposición de la pena de muerte por traición a la misma. El exámen de la cuestión tomaría un espacio del que no dispongo. Baste decir que hoy dia el concepto de patria debe entenderse dentro de uno de índole universal. Consecuentemente, el de patria no es un concepto estrecho, sino imo que debe ser entendido ampliamente. A mi modo de ver conforme a los Principios y Fines de la Carta de las Naciones Unidas. Con esto no digo que se condone la traición, sino que el delito de traición no puede entenderse ya en la forma nacional o lo que es peor nacionalista que todavía impera en no pocos países.

En cuanto al terrorismo, al presente más frecuente que en el pasado, si el mismo alcanza las proporciones de genocidio, es evidente que la pena de muerte podría estimarse como necesaria. Casos del mismo se han dado en Africa después de la creación de los nuevos estados africanos. El caso más reciente es el de Nigeria donde la matanza en masa de los Ibos podría ser estimada como genocidio. Es interesante notar como el concepto de terrorismo ha cambiado. En el pasado, todavía no muy lejano, el acto de terrorismo era por lo común uno de índole aislada, ocasionalmente de banda u organización marcadamente anarquista y de tendencias reformadoras y expresaba, aunque brutalmente, una protesta a veces legitima. Hoy

dia, el terrorismo es de índole esencialmente política y gubernamental, con frecuencia anexionista y practicado abiertamente por agentes de gobiernos interesados en perseguir políticas nacionalistas, anexionistas ó de discordia entre otros países. Hasta que punto estas finalidades constituyen una forma de imperialismo de nuevo cuño no es para examinarlo aquí. Sea suficiente decir que éste tipo de terrorismo se halla cada vez más extendido y su impunidad es manifiesta.

Otro frecuente argumento contra la pena de muerte es su indivisibilidad. Por tal se entiende que aquella es la única aplicable a un delito determinado. El razonamiento es justo. La indivisibilidad va contra el principio de individualización y debe ser rechazada. Por otra parte, la misma es cada vez menos frecuente. La ley soviética citada no la impone como pena única. El mismo criterio es seguido por el código penal yugoeslavo en los delitos contra la integridad territorial y la independencia del estado. La indivisibilidad ha sido también abandonada por los códigos penales de Checoslovaquia y Hungría en los mismos supuestos pero mantenida en ciertos casos por el de Rumania. Respecto al homicidio los códigos penales de Yugoslavia, Rumania y Hungría han suprimido la pena de muerte. Los de la Unión Soviética y Checoslovaquia la mantienen como alternativa en casos especialmente graves.

El efecto intimidativo de la pena de muerte es también utilizado en algunos países como recurso para justificar la protección especial de las profesiones de policía y de funcionario de establecimientos penales. La cuestión ha sido y es aun debatida en no pocos países y recientemente en Inglaterra, donde la muerte de tres policías planteó nuevamente la cuestión de restaurar la pena capital, al presente temporalmente abolida, en los casos de policías y personal penitenciario. Inútil decir que la petición, que no ha logrado éxito, fué apoyada por policías y funcionarios de prisiones. A mi modo de ver, la imposición de tal pena constituiría un privilegio profesional que no tiene justificación alguna. Por las mismas razones podría ser reclamado por los militares y otras profesiones. Al pedirlo se olvida que ciertas ocupaciones conllevan un riesgo que es inherente a ellas y que el mismo tiene que ser aceptado sin reclamar lo que a la generalidad se niega. El riesgo puede ser compensado por ventajas de diverso orden, pero no con el privilegio indicado. Por otra parte, el mismo es totalmente innecesario para el ejercicio y mejor resultado de las funciones mencionadas (x).

C¹) El artículo 191-2 del código penal soviético permite la imposición de la pena de muerte en el homicidio agravado de un policía o de un miembro de la guardia popular.

Otro argumento en favor de la pena de muerte es que de ser sustituida por la de privación de libertad, generalmente con carácter perpetuo o por un largo número de años, la readaptación del delincuente es inútil y la protección que a la sociedad se presta es costosa. Esta manera de razonar tiene más fuerza de la que se cree en países donde los impuestos son elevados y existe una cierta «income tax» mentalidad en la apreciación de una serie de cuestiones sociales y políticas. Es cierto que después de un buen número de años en una institución penal, generalmente cerrada, la vida libre para el ex-recluso no es nada fácil y cabe preguntarse cual es el beneficio que se obtiene, especialmente en caso de reincidencia y por ende si los gastos incurridos están justificados[^]). A esto cabe decir:

- (a) el argumento económico tiene escasa validez y no debe emplearse;
- (b) la prisión a perpetuidad ó por largos años como substitutivo automático de la pena de muerte no está justificada más que en ciertos casos;
- (c) los condenados por delitos graves, a los que generalmente se les impone penas perpetuas o de larga duración bien originalmente o como consecuencia de una conmutación, no tienen porque ser retenidos constantemente en establecimientos penales cerrados. En no pocos países, son enviados, después de un cierto período — a veces relativamente corto — a establecimientos abiertos en los que existe un menor riesgo de deterioración mental y física y que además son mucho menos costosos, y (d) en un buen número de países las penas tradicionalmente largas impuestas a delitos graves han sido disminuidas considerablemente.

Quizá el argumento más serio contra la pena de muerte es la posibilidad del error judicial. El número de errores judiciales es desconocido aunque la historia de la administración de justicia muestra no sólo un número más crecido de lo que suele esperarse y permite conjeturar otros que no han sido oficialmente probados. Es cierto que la irreparabilidad del error judicial en caso de pena de muerte se reduce al reducirse los casos de ejecución. Digo irreparabilidad y no error judicial, porque éste puede subsistir incluso si la pena de muerte es conmutada. La historia muestra más de un caso. Dije también que era el argumento más fuerte porque toda pena debe admitir la posibilidad de su reparación en el caso de que se pruebe era indebida. Existe una relación lógica entre la obligación de «reparar» el daño hecho a la sociedad con la comisión del delito y la de reparar el inflingido al condenado cuando el mismo lo fué sin deber

0 Inncesario decir que este razonamiento se da más en países donde el costo penitenciario y de la justicia penal son elevados.

serio. Esa posibilidad desaparece con la pena de muerte y la desaparición no puede justificarse.

Lo expuesto muestra que la pena de muerte como toda otra es consecuencia de una función social y política. Allí donde ésta necesidad fué o es entendida en forma mesurada y digna la pena en general también lo es y en consecuencia la de muerte es innecesaria. Tal fué el caso de un buen número de países latinoamericanos, de Portugal en 1867, cuya abolición ha sido mantenida hasta hoy y cuya continuidad se conmemora ahora, y la de algunos países europeos. Quizá el mejor ejemplo de mestura respecto a la pena en general — la de muerte fué suprimida en 1921 — lo da el código penal sueco de 1965.

Como resumen diré que el pro y contra de la pena de muerte no puede resolverse negándola intimidación ya que ésta existe en toda pena. Lógicamente al negársela a aquella habría que negársela a todas las demás y por ende si la prevención general y la especial son las finalidades de la pena, habría que suprimirlas todas. La verdad es que, contrariamente a la opinión general, la finalidad de la pena no es la prevención general ni la especial, sino la justicia penal y que la intimidación, la prevención del delito y el tratamiento del delincuente son finalidades anexas. El tema de la justicia penal como finalidad mayor de la ley penal se halla fuera del objeto de este ensayo que es sólo sobre algunos aspectos de la prevención y de la pena de muerte.

BIBLIOGRAFIA

1. *National Prisoners Statistics, Executions. 1930-1965*, United States Department of Justice, Bureau of Prisons, Washington, D. C., 1966.
2. *Capital Punishment*, United Nations Publication, Sales No. 62.IV.2.
3. *Law in Eastern Europe*, edited by Szirmai, Voi. 3, Leyden, 1959.
4. *Soviet Criminal Law and Procedure*, Harold J. Bernman, Cambridge, Massachusetts, USA, 1966.
5. *Code penale Recueil des lois de la RSF de Yougoslavie. Vol. XI. Institut de Droit Comparé*, Beograd, 1964.
6. *Das Tschechoslowakische Strafgesetzbuch*, Erich Schmied, Berlin, 1964.
7. *Rumänisches Strafgesetzbuch*, P. Tiefenthaler und A. Provasi, Berlin, 1964.
8. *Der Strafkodex der Ungarischen Volksrepublik*, L. Kezöfy, Berlin, 1964.
9. *Introducción al estudio de la Criminología*, Manuel López-Rey, Buenos Aires, 1944.
10. *Aspects et problèmes de la codification pénale a Vheure actuelle*, Manuel López-Rey, «Revue de Science criminelle et de Droit penal comparé», 1-1966.
11. *Some considerations on contemporary criminology*, Manuel López-Rey, Buenos Aires, 1944.

(Página deixada propositadamente em branco)

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA DE MORTE

António de Almeida Simões

I — *Anotação preliminar*

«O direito de punir exprime objectivamente a faculdade de julgar. Na sociedade primitiva não há actos indiferentes, nem crimes inultos. Particular e individual a sentença, a sua execução é pessoal também: o crime e o seu castigo dizem respeito exclusivamente ao queixoso — ao rancoroso dos nossos forais» — assim escreveu Oliveira Martins no «Quadro das Instituições Primitivas».

A ideia de que nos tempos primitivos eram os próprios particulares que imediatamente vingavam a ofensa não será, como se sabe, tão exacta que autorize, a partir daí, formular com rigor uma teoria geral da evolução das instituições criminais.

Com algumas probabilidades de não cair em erro evidente poderá tão só enunciar-se que, conforme as contingências do poder público, na sua linha ascendente para se robustecer e para se impôr a todos (com pausas de crescimento e até regressões), assim campearam e foram-se depois degradando as diversas expressões de auto-defesa da sociedade.

O próprio conceito de vingança privada regularizada através do talião não obtém contornos tão precisos que afaste definitivamente dúvidas e especulações a transcenderem o mundo das realidades jurídico-criminais.

Bastará recordar que, não raro, surgem processos tradicionais de reacção que não visam apenas o homem que agrediu, matou ou ofendeu o seu semelhante.

Como que a detectar resíduos de um direito geral de punir, talvez associado à ideia de retribuir e desafrontar o mal do *crime*, citam-se exemplos do *castigo* sobre a árvore que caiu e matou o homem e da destruição do machado, da pedra ou do pau, enfim, dos objectos que acidentalmente causaram o mesmo resultado.

No «Exodo» afirma-se que se algum boi escornear homem ou mulher e estes morrerem, o boi será apedrejado e a sua carne não poderá ser comida.

Não conta Michelet o caso do juiz de Chartres que em pleno século xvi ditou sentença contra um porco que matara uma criança, condenando-o a ser enforcado num poste, no lugar do *crime*?

A caminhada do homem ao longo do tempo, mesmo quando só investigada no aspecto da evolução do seu complexo aparelho de defesa da vida, da honra ou da fazenda, não consente mais do que um esboço: — ficará sempre larga margem de insegurança em que a conjectura toma, a cada passo, o lugar da certeza, da verdade documentalmente comprovada nos monumentos coevos.

Aí está um assunto extraordinariamente rico de sugestões em que a intuição, de preferência a outro método de pesquisa, ganhará indiscutível primado !

A própria palavra, oralmente transmitida de geração para geração ou que o homem reduziu a qualquer sistema de escrita, ganha dimensões diferentes de época para época, sobretudo porque variam no tempo os esquemas mentais que possam ajustar-se-lhe.

Há até expressões que ,passados séculos, não têm senão remota correspondência, quando não perdem o conteúdo pelas arestas do tempo.

É que as palavras não têm sentido e uso a não ser pelos valores que representam em dada sociedade humana.

Isso mesmo acontece no âmbito das instituições criminais.

Recorde-se, por exemplo, uma civilização tão evoluída e conhecida como a do Egipto dos Ramsés : existem documentos designativos de castigos a aplicar durante a investigação criminal cujo significado se esqueceu inteiramente.

Não devo, porém, alongar-me em considerações marginais que ultrapassariam as projectadas dimensões deste modesto trabalho, transformando-o em fastidioso encargo para quem se aventurasse na sua leitura!

*

Encurtando razões, como quer se pretendam assinalar as pegadas do homem nas sendas históricas da sua evolução em sociedade, mais limitadamente, na formulação de regras para ali se defender, o certo é que atinge a 1.^a metade do século xviii com sistemas punitivos que nada ficam a dever em crueldade a tudo quanto se conhece das mais remotas eras.

A definitiva estruturação do poder central, se não agravou, também seguramente não mitigou a excepcional dureza das penas.

É o panorama que se colhe quer nas nossas Ordenações, quer em compilações similares de leis europeias.

Aplicava-se a pena de morte com a maior publicidade, às vezes precedida de mutilações e suplícios, até relativamente a crimes que, para a actual escala valorativa, não andavam muito distanciados das chamadas bagatelas penais.

Dominava então um sistema grosseiro que, na sua bárbara composição e curteza de vistas, ambicionava atingir fins de prevenção geral através de uma severíssima intimidação.

Como se diz nos compêndios da especialidade, as penas eram, até à 2.^a metade do século xviii, cruéis, públicas, desiguais, transmissíveis e arbitrárias.

Ainda em Janeiro de 1759, no famigerado processo dos Távores, foram os réus Luís Bernardo, Jerónimo, José Maria, Braz José, João Miguel e Manuel Alvares condenados à morte no cadafalso «no qual depois de haverem sido estrangulados e de se lhe haverem sucessivamente rompido as canas dos braços e das pernas, serão também rodados e os seus corpos feitos por fogo em pó e lançados ao mar na sobredita forma», enquanto que o Duque de Aveiro» depois de ser rompido vivo, quebrando-se-lhe as oito canas das pernas e dos braços, seja exposto em uma roda para satisfação dos presentes e futuros vassallos deste Reino e a que depois de feita esta execução seja queimado vivo».

A reacção contra tal estado das instituições veio, como se sabe, do iluminismo mas foi o marquês Cesar Beccaria Bonesana quem primeiramente elaborou uma crítica de conjunto do sistema penal então em vigor.

É certo que já no século xvi se nota espírito de compreensão pela sorte dos homens colhidos nas malhas da lei.

Assim, Montaigne, por 1571, escrevia nos «Ensaaios» que, embora fosse costume em certos crimes atormentar o paciente, mutilando-o antes de lhe dar a morte, para impressionar o público, melhor seria fazê-lo com

o criminoso morto pois que o público ficaria impressionado da mesma forma e evitava-se o sofrimento do condenado.

O estudo crítico de Beccaria publicado em 1764 sob o título «Dos delitos e da penas» não surgiu, portanto, como fenómeno esporádico, mera consequência do humanitarismo do seu autor: foi o resultado, como quase sempre acontece, do labor concordante de outros homens, no caso, de filósofos e juristas, designadamente, de escritores franceses contemporâneos e de pensadores como o inglês David Hume.

Beccaria aponta, com especial respeito, o nome de Montesquieu e há, na verdade, nas «Cartas persas» a LXXX, datada de 1715, sobre a excelência da suavidade e os inconvenientes da severidade das penas, que sem dúvida exerceu influência em alguns capítulos da sua obra.

Todavia, Montesquieu não hesita em declarar a necessidade da pena de morte que ele considera uma espécie de talião por meio do qual a sociedade recusa a segurança a um cidadão que a tirou ou a quis tirar a um outro homem.

O mérito do escritor milanês está não tanto nas razões que aponta para contestar a legitimidade da pena de morte em geral mas por ter sido o primeiro publicista que corajosa e frontalmente pôs em dúvida o direito de matar e propugnou decididamente pela sua supressão.^{II}

II — *A admissibilidade da pena de morte*

Não interessa aqui expor miudamente a argumentação de Beccaria. Basta referir que ele soube encontrar na teoria do contrato social a prova da incompatibilidade entre uma concepção individualista do Estado e a pena de morte.

É certo que lhe faltou demonstrar, como seria necessário, que a teoria contratual faz depender a justificação da pena de morte do pressuposto de esta ter sido efectivamente querida pelo condenado.

Cabe na dimensão lógica do ficcionado contrato social admitir que cada futuro réu *podia* consentir na sua pena de morte.

Todavia, como observa Radbruch, no ponto de vista do contrato social (mesmo só como expressão conceitual), é de concordar com Beccaria e de rejeitar a pena de morte, embora não por o criminoso não ter o direito de consentir nela, mas por não poder *racionalmente* anuir por falta de interesse na sua própria destruição.

Sob risco de perder todo o contacto com a realidade, não é possível imaginar o indivíduo a assentir na sua morte.

A pena capital é, pois, inconciliável com os fundamentos de qualquer concepção individualista do Estado, até quando o criminoso aceitasse a condenação como justa expiação, porquanto seria sempre de distinguir a pena *imposta*, da expiação desejada pelo réu.

A verdade, porém, é que o individualismo, radicado na filosofia do século XVIII e que veio a impregnar a Revolução Francesa, não teve o poder de expansão que se lhe augurava.

É perante outra ou outras realidades históricas que o problema da legitimidade da pena de morte deve ser hoje posto.

Esta, como outras questões que afligem o homem ou só lhe despertam a atenção, há-de lograr resposta mais por adesão a determinado ponto de vista do que através de argumentos jurídicos laboriosamente alinhados num ou noutro sentido.

Pode ter que atingir-se a conclusão de que a sociedade necessita, para sobreviver ou apenas para se defender, da pena capital, um tanto à semelhança da legítima defesa privada, faculdade originária do homem que o direito deixou geralmente intacta.

Mas num plano jurídico-filosófico dificilmente serão colhidas razões que transportem uma solução do problema.

Sabe-se que exigências de justiça ou de protecção, conservação e defesa de certos interesses, impõem a existência de reacções criminais mas serão sempre considerações estranhas ao mundo do direito que determinarão o legislador a optar por uma tabela punitiva em que incluirá ou não a pena de morte.

E vem, afinal, à lembrança este preceito do positivismo : quando numa colectividade existe um supremo governante, o que ele ordenar deve ser obedecido.

Todavia, quem se debruçar sobre o homem, na sua vacilante passagem na terra, pressentirá um sentido de progresso moral, de constante aspiração para o justo a que o direito — obra do homem — não pode ficar alheio, até porque colaborou para isso, como fenómeno cultural que é.

A caminhada do homem em toda a extensão que a história consegue investigar indicia uma constante de aperfeiçoamento em que o respeito pela vida, honra e bens do seu semelhante é factor inestimável.

Às fórmulas bárbaras da vingança ao sistema grosseiro de mutilar e supliciar o criminoso para depois lhe suprimir a vida, sucederam reformas criminais que acompanharam directivas religiosas e filosóficas.

Pois se a humanidade cada vez mais ganhou em lisura e dignidade se melhor soube robustecer e generalizar a sua carga ética, a que vem manter-se essa velha, ultrapassada e inútil pena de morte?

Os argumentos decisivos contra a pena capital bem podem ser procurados quer em considerações de ordem moral e religiosa, quer em considerações de natureza psicológica e nos dados estatísticos, tudo a demonstrar a sua inutilidade.

Mas não interessará desenvolver o assunto, até porque para nós, portugueses, a discussão a tal respeito perde sentido e dimensão prática.

É o que facho que intrèpidamente Beccaria empunhou nos meados do século XVIII também veio a passar para mãos portuguesas.

Aqui o mantivemos desde esse mesmo século XVIII e à sua luz, moldada pela nossa índole, fomos afeiçoando as instituições criminais e dos primeiros a abolir a pena de morte.

Evidente preocupação de melhorar o direito criminal português está ainda na recente publicação do Decreto-Lei n.º 43 499 e no encargo que em boa hora foi cometido a um Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra tarefa que o Mestre Ilustre já cumpriu, elaborando o projecto do novo Código Penal—.

★

Tenha esta obscura comunicação escrita quase ao correr da pena, pois que não me sobrou tempo para a rever com algum cuidado, tenha ela ao menos a virtude de, na sua imperfeita formulação, transportar a homenagem devida aos homens que em Portugal propuganaram pela abolição da pena de morte e ao governo que soube traduzir na Lei de 1 de Julho de 1867 o íntimo anseio de todos os portugueses.

DIE TODESSTRAFE IM SYSTEM STRAFRECHTLICHER REAKTIONEN

Jürgen Baumann

I

In meiner Tübinger Antrittsvorlesung im Sommersemester 1959 0 hatte ich den Versuch unternommen, eine rein juristische Argumentation zum Problem der Todesstrafe vorzulegen.. Das geschah nicht etwa in Verkennung der Tatsache, dass gerade in diesem Bereich philosophische und moraltheologische Erwägungen und Argumentationen anzutreffen sind, wenn nicht gar vorherrschen ^(a). Es ging mir vielmehr darum, die Diskussion um die Berechtigung oder Zulässigkeit der Todesstrafe aus dem *metajuristischen* Bereich herauszuführen, sie in den Bereich hineinzuführen, in welchem diese Strafe ihre beseligende oder unselige Wirkung entfaltet: in den sozial-rechtlichen Bereich. Im *sozial-rechtlichen* Bereich ist zu entscheiden, ob sich eine Strafrechtsordnung dieses Strafmittels bedienen darf oder nicht, denn in diesem Bereich haben wir Menschen unsere Ordnungsaufgabe.

Selbst wenn man die *sittliche und moraltheologische* Seite des Todesstrafenproblems nicht vernachlässigen will, so wäre doch ein (wie auffindbares?) Ergebnis in diesem Bereich für den Juristen nur dann von unumgehbarer Bedeutung und für eine rechtliche Regelung präjudiziell, wenn sich in diesen Bereichen ein *Zwang* zur Sozialregelung mit Todes-

C¹⁾ Vgl. die Veröffentlichung im *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1960-S. 73 ff.

(²⁾ Eine Zusammenstellung der sittlichen, religiösen und moraltheologischen Erwägungen in meinem *Strafrechtslehrbuch*, 4. Aufl., 1966, S. 639, ff.

strafe ergäbe, also ein Zwang zur Vergeltung von etwa Tötungsdelikten durch Tötung des Täters. Aber bekanntermassen lässt sich eine sittliche oder moraltheologische Notwendigkeit einer derartigen Sozialregelung nicht nachweisen.

Schon früher habe ich dazu (*) ausgeführt: «Gegen eine *sittliche* Notwendigkeit der Todesstrafe spricht eigentlich, dass höchste Werte nur von Individuen postuliert und zu verwirklichen angestrebt werden können. Eine Notwendigkeit zur Vernichtung von Menschen, die doch, wenn auch schuldbeladen, höchste Werte noch einsehen und ihr Handeln nach bestimmten Maximen noch ausrichten können, ist nicht leicht zu begreifen. Eine Philosophie, die die Vernichtung wenn auch nur einzelner Verwirklichter ihrer Werte fordert, erregt den Verdacht, in sich widersprüchlich zu sein. Freilich haben zu allen Zeiten grosse Geister die grundsätzliche Sittlichkeit der Todesstrafe behauptet. Wenn aber auch z. B. ein *Kant* als Verfechter der Todesstrafe angeführt werden kann, darf dabei doch nicht übersehen werden, dass gerade in dieser Frage die Verhaftung gegenüber den strafrechtlichen Vorstellungen und Notwendigkeitsvorstellungen der jeweiligen Zeit besonders stark ist. Oft schon winde aus der Vorstellung der sozial-rechtlichen Notwendigkeit und Unverzichtbarkeit heraus ein Urteil über sittliche Notwendigkeit. Vergessen wir auch nicht, dass die heute unser Entsetzen erregenden Strafarten der mittelalterlichen Strafrechte der Ethik s. Zt. nur wenig Kopfschmerzen verursacht haben.

Von *moraltheologischer* Seite, aber auch von Juristen wird oft auf das mosaische Gesetz und auf alt- oder neutestamentliche Stellen verwiesen, mit denen man glaubt, eine Notwendigkeit der Todesstrafe, eine Notwendigkeit eines Talion dartun zu können. Gegenüber allen diesen Versuchen ist darauf hinzuweisen, dass es sich dort nicht um Glaubenssätze, sondern um Regeln des sozialen Zusammenlebens handelt, Regeln, wie wir sie oft auch in anderen archaischen Strafrechten finden. *Arthur Kaufmann* hat mit Recht darauf hingewiesen, dass wir ohne Skrupel das Strafrechtssystem z. B. des Alten Testaments ablehnen und als eine primitive und rohe Form der Justiz ansehen, dass wir aber bei der Todesstrafe eine merkwürdige Ausnahme machen. Eine unehrliche Ausnahme, so darf man wohl sagen. Immerhin kann auch hier die Feststellung genügen, dass die Todesstrafe etwa für Mord auch aus dieser Sicht zumindest nicht unverzichtbar ist, dass der rechtlichen Betrachtung, gleich, ob sie sich für oder wider entscheidet, nicht schon sittlich-religiöse Schranken gesetzt sind. M. E. müsste man freilich noch weiter gehen können und gerade

C¹) In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.

aus sittlich-religiösen Gründen zu einer Ablehnung der Todesstrafe gelangen denn gerade die Bekenner der christlichen Heilslehre müsste ein Entsetzen erfassen bei der Vorstellung eines Todesurteils, das Menschenwerk ist und seiner Vollstreckung durch menschliche Instanzen, durch Christen!«

Darüber hinaus scheint es mir heute vordringlich zu sein, die Installierung und Gruppierung rechtlicher (also auch strafrechtlicher) Reaktionen einer «säkularisierten Betrachtung» zu unterwerfen, weil sich nur auf diese Weise vorschnelles sittliches oder religiöses Pathos, hinter welchem sich nur allzu oft eine in Wirklichkeit pharisäische Haltung verbirgt, vermeiden lässt. Allzu scharfe Strafrechtsnormen und allzu gewalttätige Strafrechtsreaktionen haben oft eine höchst unchristliche Grundlage und Wirkung. Wer etwa im Bereich des Schutzes des nasciturus auch höchster menschlicher Not nicht das kleinste Ventil lässt, sondern durch scharfe Strafsanktion die Verzweifelten in die Illegalität treibt, handelt unchristlich. «Er lässt die Armen schuldig werden», nur um, wenn auch recht vordergründig, seine Pflicht (Schutz des werdenden Lebens) erfüllt zu haben. Wer wirklich mitmenschliche Hilfe leisten will, darf nicht durch zu scharfe Strafsanktion dafür sorgen, dass ihm diese Hilfe gar nicht erst möglich ist.

II

Von diesem Ausgangspunkt der rechtlich-sozialen (und damit erst eigentlich christlichen) Beurteilung von Strafsanktionen ist das Für oder Wider im Bereiche der Todesstrafe immer ein interessanter Prüfstein für eine Rechtsordnung. Die Stellungnahme zu dieser Sanktion im Strafsystem vermittelt einen ausgezeichneten Einblick in die *Grundhaltung* einer Strafrechtsordnung. Ein *kriminalpolitisch* konzipiertes Reaktionensystem wird bei der Frage der Verwendung der Todesstrafe stets um kriminalpolitische Argumentation bemüht sein (wenn Argumente nicht zu Gebote stehen: die Todesstrafe ablehnen) — ein *metajuristisch* angelegtes strafrechtliches Reaktionensystem wird bei dieser Frage die kriminalpolitischen Argumente Für und Wider für gering achten und sich mit sittlichen oder reügiösen Argumenten Für und Wider begnügen, oder diesen Argumenten doch den Vorzug einräumen.

Gerade diese Überlegungen zur Grundkonzeption eines strafrechtlichen Reaktionensystems beherrschen zur Zeit die Strafrechtsreformdiskussion in der Bundesrepublik Deutschland. Als einem der Mitautoren des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil 1966 (AE)

darf ich vielleicht meine Gegnerschaft gegenüber dem amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 (E 62) auf eine (freilich etwas verkürzende) Formel bringen : Während der E 62 vom bisherigen Strafsystem ausgehend einige der Resozialisierung dienende Verbesserungen angebracht hat, hat der AE die bisherige Systematik prinzipiell in Frage gestellt und strafrechtliche Reaktionen nur dort und nur in der Weise vorgeschlagen, wo und wie es *kriminalpolitische Gründe* zu fordern schienen. In der amtlichen Begründung des E 62 heisst es auf S. 103: «Schliesslich soll der Entwurf zu einem Strafvollzugsgesetz die Folgerungen aus dem kriminalpolitischen Programm des Entwurfs zum Strafgesetzbuch ziehen. Erst im Vollzug wird die Strafe Wirklichkeit. Hier kann und muss sich die Reform des Strafrechts im besonderen Masse bewähren... Aber es liegt in der Natur der Sache, dass es zugleich ihr Schlusstein sein muss und der Reform des sachlichen Rechts nicht vorausgehen darf).

Aber m. E. liegt es auf der Hand, dass *zuerst* ein Blick auf die mit Recht in den Vordergrund gerückte «Strafwirklichkeit» erfolgen muss. Man muss erst wissen, mit welchen Tätergruppen man es zu tun hat, man muss erst wissen, wie eine vernünftige resozialisierende oder zumindest nicht entsozialisierende Vollzugswirklichkeit gegenüber diesen Tätern aussieht — erst dann kann man eine genau angepasste strafrechtliche Reaktion kreieren. Und erst dann, wenn man alle vollzugsfähigen und vollzugswirksamen Reaktionen gefunden hat, kann man darangehen, diese Reaktionen in ein System zu bringen. Das Rechtsfolgensystem eines Strafgesetzbuches muss am Schluss der Überlegungen stehen, sich mit Notwendigkeit aus den vollzugsfähigen und vollzugswirksamen Einzelreaktionen ergeben — nicht darf umgekehrt (so der E 62) die Vollzugs Wirklichkeit erst am Ende einer Strafrechtsreform stehen.

Wir haben übrigens bei der Arbeit am AE manche Gemeinsamkeiten mit der portugiesischen Strafrechtsreformdiskussion entdecken dürfen. So fand sich zu unserer grössten Überraschung in Art. 67 des portugiesischen Strafgesetzbuches von 1886 (später Art. 63 des *StGB* von 1954) eine als Gehaltsabzug über längere Zeit hin ausgestaltete Geldstrafe. Wir haben in §§ 49 ff. des AE dazu eine Parallele in der sog. Laufzeitgeldstrafe, in einer Geldstrafe, die auf längere Zeit den Lebensstandard des Täters beschränken soll. Der E 62 konnte zu einer derartigen Geldstrafenausgestaltung nicht gelangen, weil er zu stark der bisher im deutschen Strafrecht herrschenden summenmässigen Geldstrafe verhaftet war. Er konnte nur den Vorschlag machen, diese Geldsummenstrafe durch Übernahme des sog. «skandinavischen Tagessatzsystems» (auch

bereits im portugiesischen Strafgesetzbuch!) berechenbarer auszugestalten. Während etwa bei der Frage der Wiedereinführung der Todesstrafe die Argumentation von der sozialen Wirksamkeit (hier: Unwirksamkeit) zunehmend Raum gewonnen hat, zeigt dieses Beispiel, dass sich die Wirksamkeitsbetrachtung an anderen Stellen nur sehr mühsam durchzusetzen beginnt.

III

Der Grad kriminalpolitischer Argumentation bei der Reformdiskussion und der Grad kriminalpolitischer Wirksamkeit der aufgefundenen Reaktionen bestimmen aber die Bonität eines strafrechtlichen Reaktionensystems. Und weiter darf festgestellt werden, dass die Diskussion und Infragestellung der nahezu in allen Strafrechten aus archaischer Zeit überlieferten und übernommenen Todesstrafe Beginn und Stimulanz kriminalpolitischer Ausgestaltung des Reaktionensystem ist. Schon Mittermaier hat (wie Welzel in den Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission vom 17.10.58, Nd. 11, 47 bemerkt) bereits 1840 darauf hingewiesen, dass man sich im Falle der Abschaffung der Todesstrafe nicht damit begnügen dürfe, die nächstschwerere Freiheitsstrafe an ihre Stelle treten zu lassen, dass der Wegfall der Todesstrafe vielmehr zwangsläufig eine Überprüfung aller übrigen Strafarten bedinge. Während Welzel aaO. diese Erkenntnis Mittermaiers nur insoweit fruchtbar macht, als er sie zum Anlass von Ausführungen über die lebenslange Zuchthausstrafe nimmt, geht es hier darum, zu erkennen, wie sehr ein «erratischer Block» wie die Todesstrafe in einem Strafsystem eine kriminalpolitische Argumentation und ein *kriminalpolitisch wirksames Strafsystem* hindern. Zwar haben viele sog. «modernem» Strafrechte, die stark spezialpräventiv ausgerichtet sind (man denke etwa an das englische Strafrecht), die Todesstrafe noch lange beibehalten. Die Todesstrafe ist in diesen Systemen m. E. nur vergleichbar einer Art Sedimentgestein, sie ist eine Ablagerung alter Talionsvorstellungen. Sie wirkt fremd in vornehmlich spezialpräventiv ausgestalteten Strafsystemen.

Dass die Todesstrafe in dieser Strafrechtsauffassung ein Fremdkörper ist, bedarf kaum einer Begründung. Ich habe nur eine einzige Stellungnahme (die ernstgenommen werden will) gefunden, welche behauptet, dass der Todesstrafe eine spezialpräventive Wirkung zukomme. Sie ist von Adolf Susterhenn und findet sich in dessen Beitrag im Fischer-Bändchen 1965: Die Frage der Todesstrafe, 12 Antworten. Dort führt Susterhenn in seinem Aufsatz: Die rationalen Gründe für die Todesstrafe

S. 127 aus : «Abgesehen von der generalpräventiven Wirkung der Todesstrafe darf auch die Spezialprävention, das heisst die Verhütung der Begehung eines neuen Tötungsverbrechens durch den Mörder nicht übersehen werden» Dass eine generalpräventive Wirkung der Todesstrafe rational oder statistisch nicht nachweisbar ist, vielmehr allenfalls gefühlsmässig «erahnt» werden kann, ist nun allerdings communis opinio aller wirklich Sachverständigen. Die Spezialprävention verwechselt Süsterhenn ganz offenbar mit der von ihm selbst zuvor S. 126 erörterten Sicherungsfunktion der Strafe.

Kehren wir nach dieser Abschweifung zu den spezialpräventiv orientierten Strafrechten zurück. Ich meine, dass die Todesstrafe dort Fremdkörper ist, aber ein gefährlicher Fremdkörper, der wie ein Virus wuchern kann, der eine tiefgehende und u. U. *gefährvolle Friktion* in das Strafsystem bringt. Der erratische Block der Todesstrafe ist ein steter Kristallisationspunkt irrationaler Strafrechtsauffassungen. In einem schon modernisierten Strafrecht bringt er die Gefahr von Rückschlägen, in einem noch nicht spezialpräventiv ausgerichteten Strafrecht sperrt er jedes vernünftige Reformdenken überhaupt. Wer in einem solchen Strafrecht prävenieren will, trifft immer zuerst auf die Todesstrafe und ihre Befürworter. Um den Block der Todesstrafe versammeln sich alle mystischen und irrationalen Vorstellungen und Gefühle im grossen Bereich der Vergeltungskonzeption.

Das ist beileibe kein Zufall. Irrationaler Strafrechtsbegründung muss die *irrationalste Strafe* Kernpunkt und Angelpunkt sein. Dieser Irrationalismus beschränkt sich dann zumeist nicht auf diese Strafe; er wirkt im ganzen Strafsystem.

Dass bei den Befürwortern der Todesstrafe fast nur irrationale Gesichtspunkte eine Rolle spielen, bedarf kaum eines Nachweises. Man überprüfe nur die Diskussion um die Todesstrafe in der Strafrechtsreformdiskussion der Bundesrepublik, etwa die Niederschriften der Grossen Strafrechtskommission (Nd. Bd. 11), oder die Stellungnahmen in dem Sammelwerk des Verlages Stoytscheff zur Todesstrafe ⁽¹⁾.

Hierzu nur einige Beispiele: der Befürworter der Wiedereinführung der Todesstrafe und Referent in der Grossen Strafrechtskommission *Skott* hält (vgl. Nd. Bd. 11S. 12) für den entscheidenden Gesichtspunkt: «dass es Fälle gibt, in denen einfach der *Sühneganke* die Todesstrafe

(1) *Dokumentation über die Todesstrafe, herausgegeben von Mergen, 1963.*

gebieterisch fordert. Nicht als Ausfluss eines primitiven Verlangens nach Rache, sondern weil es schlechthin kein anders ausreichendes Mittel gibt, der schwerstens verletzten Rechtsordnung Genüge zu tun». Das ist pure Emotion, von der Vokabel «gebieterisch» angefangen. Wer gebietet dem Strafgesetzgeber und was gebietet er ihm? Gebieten sollten Vernunft und kriminalpolitische Überlegungen, aber nicht irgendwelche Gefühle oder irgendein (wie zu verstehender?) Sühnegeranke. Skott geht es in Wirklichkeit nicht um Sühne, sondern um Vergeltung! Ich darf insoweit auf meine o. a. Ausführungen im Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Bezug nehmen: Ebenso oft wie die Behauptung, der Todesstrafe käme eine stark präventive Wirkung zu, begegnet in der neueren und öffentlichen Diskussion das mehr gefühlsmässige Argument, die Todesstrafe sei bei Mord die *allein schuldangemessene* Strafe. Dass es sich bei diesem Argument um mehr als atavistische Talionsvorstellungen handelt, muss entschieden zurückgewiesen werden. Es ist selbstverständlich, dass ein Strafrecht auf das schwerste aller Verbrechen mit harter Strafe reagieren muss, dass die Ermordung eines Menschen nicht mit 10 DM Geldstrafe vergolten oder gesühnt werden kann. Aber nur harte Strafe ist notwendig, nicht Todesstrafe. Dass die Strafe möglichst in einem Talion bestehen müsse, wird heute in anderen Bereichen von niemandem gefordert. Niemand fordert die Wiedereinführung der spiegelnden Strafen alter Strafrechte, wie etwa die Körperverletzung eines Täters, der eine Körperverletzung begangen hat, die Beraubung eines Räubers, die Beleidigung eines Beleidigers! Nur bei Mord soll eine spiegelnde Strafe erforderlich sein. Ist das nicht der alte Ruf nach dem Blute des Mörders, dessen Tat nur wieder durch Blut abgewaschen werden könne? Ist das nicht Rückfall des Strafrechts in legalisierte Angehörigenrache?

Auch einem echten *Sühnestrarrecht* scheint mir diese primitiv spiegelnd aufgefasste Vergeltung zu widerstreiten. Geht man davon aus, dass echte Sühne nicht nur durch Übelzufügung erfolgt, sondern eine *Mitwirkung* des Täters fordert und möglich machen muss, so ist die Todesstrafe als Sühnemittel denkbar ungeeignet. Der Prozess der *inneren Loslösung* von der Tat, der auch oft langwierig sein wird, wird hier jäh abgeschnitten, eine allmähliche Versöhnung des Täters mit der verletzten Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft vorzeitig abgebrochen. Es bleibt die nackte Vergeltung, die dem Rechtsbrecher oft als seiner Tat gleichwertige Gewalttat und ihn nachträglich rechtfertigend erscheinen wird.

Wenn ein weiterer Befürworter der Wiedereinführung der Todesstrafe, Richard Lange zu der gleichen Sitzung der Grossen Strafrechtskommission

vom 17.10.58 in seiner schriftlichen Stellungnahme¹⁾ gegen «selbstgewisse Fortschrittsgläubigkeit» polemisiert, so wird hier die rationale Betrachtung schlechthin geleugnet. Lange macht das auch ganz deutlich mit dem nachfolgenden Satz: «Die Frage ist heute gerade umgekehrt, ob man nicht mit den «rationalen» Strafzwecken dem Menschen mehr antut, als im Namen des Rechts erlaubt ist».

Der Erlanger Theologe *Walter Künneth* bezieht sich in seinem Beitrag «Die theologischen Argumente» im oben genannten Fischer-Band über die Todesstrafe von 1965 ganz offen auf die Metaphysik, wenn er schreibt: «Bei der Todesstrafe ist aber gerade die Amtsperson gefordert. Ihre Amtsvollmacht hat mit menschlicher Willkür, Eigenmächtigkeit und liebloser Vergeltung nichts zu tun, sondern sie gebraucht das Richtschwert gemäss der Anordnung Gottes zum Schutze der menschlichen Existenzordnung. Mit dieser Bevollmächtigung ist allerdings die Verantwortlichkeit der Staatsführung im höchsten Masse in Anspruch genommen. In dem Recht auf Todesstrafe begegnet uns die letzte *metaphysische Würde* und Hoheit der staatlichen Rechtsordnung und die Anfrage, ob sich der Staat als Treuhänder des göttlichen Lebensgesetzes versteht oder nicht». — Das ist in der Tat «theokratische Straftheorie» und hat mit rationaler = Zweckstrafe nichts mehr zu tun. Diese theokratische Straftheorie besteht nach Eberhard Schmidt ⁽²⁾ in der Auffassung, das Amt des Strafrichters habe den Sinn, Gottes Zorn, der durch das verbrecherische Treiben der Bösen und Gottlosen gereizt wird, vom Lande abzuwenden, den Bösen und Gottlosen aber gerade durch die furchtbare Qual der Todesstrafen einen Teil der Höllenstrafen abzunehmen. Übe die Strafjustiz dieses Amt nicht mit aller Strenge, so würde Gottes Zorn das ganze Land zu züchtigen wissen. Ist das nicht die Auffassung von Gott und Obrigkeit, die Künneth meint, wenn er davon spricht, dass die Amtsperson das Richtschwert gemäss der Anordnung Gottes gebrauche? M. E. haben sich hier eine mittelalterliche Gottesauffassung und Höllenauffassung und eine absolutistische Staatsauffassung in höchst unglücklicher (für den Menschen!) Weise verbunden.

Es ist verblüffend, zu sehen, wie auch bei entschiedenen Gegnern der Todesstrafe irrationale Argumente begegnen. So führt Bockeimann in seinem bekannten Referat bei der 108. Sitzung der Grossen Strafrechtskommission am 17.10.58 ⁽³⁾ aus: «Eine Diskussion über die Todesstrafe

C¹⁾ Vgl. Nd. 11, S. 45.

(2) «Die Geschichte der Todesstrafe bis zur Aufklärung», im *Fischer-Bandy* S. 31.

(3) Nd. Bd., 11, S. 15.

ist, unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten gewertet, ganz nutzlos. Die Entscheidung, die jeder einzelne fällt und die jeder an der Gesetzgebungsarbeit Beteiligte zu fällen hat, entspringt immer aus irrationalen Gründen aus Anschauungen also, zu denen man einen anderen, der sie nicht von vornherein telt, vielleicht, falls man mit Feuerzungen predigt, überreden kann, die man ihm aber nicht mit einsichtigen Gründen aufnötigen kann, so dass er, wenn er seinen Verstand gebraucht, sagen muss: du hast recht».

Genug dieser Beispiele. Sie machen überdeutlich, wie sehr Emotionen das Feld beherrschen, wie sehr Emotionen sogar als Begründungersatz goutiert werden. Man stelle sich nur einmal vor, dass ein ganzes Strafsystem mit all seinen Reaktionen in dieser Weise «begründet» wäre. Die Todesstrafe kann aber im Strafsystem keine Ausnahmestellung erhalten. Sie muss sinnvoll (wenn das möglich ist!) in das Gesamtsystem eingliedert sein, als kriminalpolitische Reaktion wie die anderen Reaktionen (Freiheitsstrafen, Geldstrafen, Massregeln). Ist das nicht der Fall, so haben wir die oben geschilderte Erscheinung der Friktion im System, des Fremdkörpers, der kriminalpolitisches Denken im Strafrechtsbereich korrumpiert.

Ist richtig, dass der Todesstrafe eine Art *Opfergedanke* zu Grunde liegt (der Verbrecher wird wegen seines Verbrechens aufgeopfert), so muss dieser Opfergedanke die kriminalpolitisch ausgerichteten Reaktionen affizieren und korrumpieren. Der bei der Todesstrafe geduldete Opfergedanke strahlt aus etwa auf die Freiheitsstrafe und ihren Vollzug. Wie soll resozialisierender Vollzug z. B. einer Freiheitsstrafe ernst genommen werden, wenn der Gedanke weiter wirksam bleibt, dass der Bestrafte zu opfern sei, zu opfern auf dem Altar der Vergeltung?

Lassen Sie mich mit einer Nutzenanwendung dieses Gedankens schliessen: Auch der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer hat, ebenso wie das geltende Recht und der Regierungsentwurf von 1962, noch die lebenslange Freiheitsstrafe (z. B. für Mord) vorgesehen. Wir werden aber prüfen müssen, ob in der lebenslangen Freiheitsstrafe sich nicht eine Art Opfergedanke verbirgt: der Täter, der fremdes Leben vernichtet hat, muss sein eigenes Leben aufopfern. Fände man keine andere Begründung für die lebenslange Freiheitsstrafe als diesen Aufopferungsgedanken, so hätten wir auch in der lebenslangen Freiheitsstrafe einen Atavismus vor uns, den es je eher desto besser zu beseitigen gelten würde. Immerhin ist gegen die wirklich lebenslange Strafe einzuwenden, dass sie spezialpräventiv sinnlos ist (der Täter hat gar nicht mehr die Gelegenheit, seine

Umerziehung in Freiheit zu nutzen) und dass sie die verschiedenen Täter unterschiedlich hart trifft (es ist etwas anderes, ob ein zwanzig- oder ein achtzigjähriger Täter eine lebenslange Freiheitsstrafe erhält). Zu prüfen würde sein, ob man aus generalpräventiven Erwägungen diese Strafe rechtfertigen kann, oder ob der Gesichtspunkt durchschlägt, dass Rechtsfolgen des materiellen Strafrechts (also ohne Rücksicht auf eine Manipulation durch die Gnadeninstanz) niemals so ausgestaltet werden dürfen, dass sie dem Verurteilten jede Hoffnung nehmen. Schliesslich ist auch in der Divina Comedia die Hoffnungslosigkeit nur das Attribut der Hölle und erst dieser! Ist nicht die *rationale* Freiheitsstrafe, die auf Hoffnungslosigkeit (lebenslange Vollstreckung) verzichtet, die recht verstandene *christliche* Reaktion auch auf schwerste Verbrechen? Gilt es nicht auch in diesem Bereich irrationale und zugleich unchristliche Reaktionen aus unserem Strafsystem zu extirpieren? Insofern (und auch nur insofern) scheint mir eine Diskussion um die Todesstrafe auch heute noch sinnvoll zu sein: als eine Diskussion, geführt um überlieferte, aber nicht kriminalpolitisch begründete strafrechtliche Reaktionen, an Hand eines besonders hervorragenden Beispiels. Dass das portugiesische Strafgesetzbuch zu dieser Entwicklung im Jahre 1867 einen bedeutenden Anstoss gegeben hat, sichert ihm einen besonderen Platz in der Geschichte des modernen Strafrechts.

CONSIDERATIONS JURIDIQUES SUR LA PEINE DE MORT SPECIALEMENT EN DROIT FRANÇAIS

G. Levasseur

Au moment où les progrès du mouvement abolitionniste marquent une élévation des conceptions morales et des conceptions répressives de l'humanité, il est juste et réconfortant de solenniser le centenaire du jour où le Portugal eut le courage, un des premiers pays en Europe, d'exclure la peine capitale de son arsenal répressif.

Peu de sujets ont donné lieu à une littérature plus abondante que le problème de la peine de mort. Les juristes, intéressés au premier chef, y occupent une large place, mais les écrivains sont sans doute ceux dont les écrits ont eu le plus de retentissement dans le grand public ⁽¹⁾. Ceux-ci ont débattu des problèmes essentiellement éthiques et philosophiques sur lesquels le juriste peut avoir son sentiment personnel, mais sans que celui-ci procède d'une compétence technique appropriée. Les cinéastes ont pris maintenant le relais des écrivains ⁽²⁾.

Le point de vue théologique a été exposé ⁽³⁾, réduisant singulièrement la caution dont se réclamaient parfois les partisans de la peine de mort.

C¹⁾ Rappelons seulement, pour la France: Voltaire au xviii^e siècle, Victor Hugo au xix^e, Albert Camus au xx^e.

(²) Voir: Graven, «Le cinéma, la justice et la peine», *Rev. Sc. Crim.*, 1961, p. 68 à propos des films de Cayatte, Lee Thomson, R. Wise, etc...

(³) Savey-Casard, «L'Eglise Catholique et la peine de mort», *Rev. Sc. Crim.*, 1961, p. 773; R. P. Vernet, «Le Glaive et la Croix», *Rev. Intern. de criminol. et de police technique*, 1955, p. 63; idem, «Peine Capitale, peine perdue», *Les Etudes nov.*, 1962, p. 193; R. Merle, «Les théologiens devant la peine de mort», *Mélanges Maury*, p. 507; R. P. Faidherbe, *Les cahiers du droit*, n.° 27; voir aussi les interventions de M. le Pasteur Boegner et de M. le Grand Rabbin Kaplan au colloque de Royaumont en Juin 1961 (*Rev. Litern. Crimin. et Poi. Techn.*, 1961, p. 236).

Les religieux en contact avec les condamnés à mort ont également exposé le résultat de leurs observations (*) et ne déguisent pas leur hostilité à cette peine. Il en a été de même des spécialistes pénitentiaires (2).

Ce n'est pas non plus ici le lieu de refaire l'histoire de cette peine, la plus ancienne peut-être, et qui semble avoir été connue dans toutes les régions du globe et à toute les époques (3).

F.nfin bien des juristes eux-mêmes ont été amenés à envisager le problème et à faire connaître leur sentiment sur l'évolution de la peine de mort dans leur pays (4) ou dans le monde (5) et sur l'opportunité ou la justification de sa suppression.

C1) R. P. Devoyod, rapport du 13 mars 1959 au Centre de Droit comparé de Paris; adde R. P. Vernet, *op. cit.*; Popot, *Tétais aumônier à Fresnes*, Paris, 1962; idem, *Un prisonnier nommé Jésus*, Paris, 1964.

(2) Raux, *Arch. Anthropol. crim.*, 1903, p. 465 et ss.; Pinatel, *rapport au Centre du Droit comparé y 29 mai, 1959*; Gayraud, *rapport ibidem*, 25 novembre, 1960.

(3) Voir: Graven, *Rev. criminal. et poi. techn.*, 1952, p. 3 et ss.; *Die Frage des Todesstrafe—Zwölf Antworten* Munich, 1962; R. Boyer, *La peine capitale en Nouvelle France* (colloque Montréal Avril 1962, *C. R. Rev. Sc. Crim.* y 1963, p. 637); Sturm, *Symbolische Todesstrafen* Hambourg, 1962; J. Imbert, «La peine de mort et l'opinion au xv^mè siècle», *Rev. Sc. Crim.* y 1964, p. 509; Amini, *Le problème de la peine de mort et son abolition progressive* y thèse doctorat, Paris, 1955; Bamonte, «Una disputa medieval sulla pena di morte», *Rassegna di Studi penitenziari* 1954, p. 188.

(4) Parmi les études récentes on peut mentionner les suivantes:

Pour la Belgique: Collignon, «Faut-il supprimer la peine de mort», *Rev. dr. pen. et crimin.* y 1947-1948, p. 334; «Enquête menée avant la première guerre mondiale», *ibidem*, 1907 p. 63; 1909, p. 281; 1910, p. 887.

Pour la Suisse: J. Graven, «Le problème de la peine de mort et sa réapparition en Suisse», *Rev. crimin. et poi. techn.* y 1952, p. 3; idem, *ibid.*, 1958, p. 1; idem, «Nouvelles réflexions sur la peine capitale», *Mélanges Donnedieu de Vabres*, Paris, 1960.

Pour les Etats Unis: numéro spécial des *Annals of the American Academy*, novembre, 1952; Savitz, *Journal of Criminal Law*, 1958, p. 338, Petroff, *Rev. Sc. Crim.*, 1964, p. 917; Be dau, *The death penalty in America*, New York, 1964.

Pour l'Angleterre: Le rapport de la Commission Royale sur la peine capitale, et ses commentaires; Marc, *U homicide en droit anglais*, Paris, 1964.

Pour l'Allemagne: congrès de Stuttgart, 1960 et ouvrage Ernecke (compte-rendu *Rev. Sc. Crim.*, 1961, p. 198); H.-P. Alt, *Das Problem der Todesstrafe*, Munich, 1960.

Pour le Canada, rapport Favreau, juin, 1965.

(5) Le conseil de l'Europe et le Conseil Economique et Social des Nations Unies ont l'un et l'autre ressenti le besoin, vers la même époque, de faire procéder à un bilan de la situation juridique, chacun dans son domaine respectif, afin de connaître quelles législations continuaient à prévoir la peine de mort, quelle place elle occupait dans le système répressif et comment elle était appliquée en fait, enfin (dans les pays ayant supprimé cette peine) quelles avaient été les conséquences de cette suppression et par quelles sanctions la peine capitale avait été remplacée. Dans l'une et l'autre de ces assemblées

En France, les criminalistes ont souvent été réticents pour traiter ce problème. Le professeur Garçon, dans la première édition de son Code pénal annoté (x) donne une abondante bibliographie sur la question sans prendre lui-même parti; la même réserve est observée dans la seconde édition de cet ouvrage par MM. Rousselet, Patin et Ancel (2). Garraud discute assez amplement la question^); il s'affirme convaincu de la légitimité de la peine de mort mais partisan de son abolition, qu'il souhaite réalisée graduellement par l'octroi des circonstances atténuantes et par la grâce ainsi que par une diminution législative du nombre des crimes capitaux. Donnedieu de Vabres (4) expose le conflit des doctrines au sujet de la peine de mort et, en dépit des progrès du mouvement abolitionniste en droit comparé, ne se montre convaincu par aucun des arguments invoqués en faveur de la suppression. L'opinion de Magnol (6), tout en restant réservée, est plus favorable à l'abolition, qu'il recommande de pratiquer à l'essai, car l'expérience des pays qui ont supprimé la peine de mort lui paraît encourageante.

A l'époque contemporaine, seul M. Ancel s'est fait l'apôtre ardent et dynamique de la suppression de la peine de mort(6). Nos collègues Bouzat (7) et Vouin (8) se montrent partisans du maintien de cette peine.

internationales le soin de préparer le rapport avait été confié à M. Ancel. Le rapport présenté au Conseil de l'Europe fut publié en 1962 (64 p. et annexe précisant les crimes punis de mort dans les différents pays européens adhérents au Conseil de l'Europe). Celui destiné au Conseil Economique et Social fut approuvé par celui-ci le 9 avril 1963 (il avait été publié à New York fin 1962 en un volume de 57 pages suivi d'une annexe mentionnant les crimes punis de mort dans 65 pays ou territoires ainsi que dans certains Etats des Etats Unis et de l'Australie).

(*) Art. 8, n.° 13 et ss., notamment n.° 24.

(2) Les auteurs se contentent d'une mise à jour portant sur les publications, l'évolution législative et les travaux parlementaires.

(3) *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3è ed., 1914, Tome II, n.° 482 et ss., p. 108 et ss.

(4) *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3è ed., 1947, n.° 493 à 498; voir également *La justice pénale d'aujourd'hui*, p. 145 et ss.

(6) Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel*, 9è ed., 1947, I, n.° 461.

(6) Voir notamment: «Les doctrines de la défense sociale devant la peine de mort* *» *Rev. Sc. Crim.* 1963, p. 404; «l'abolition de la peine de mort et le problème de la peine de remplacement», *Mélanges Lionel Fox* 1965-page 1.

(7) *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1963, I, n.° 373 et ss.; *Bull. Soc. Intern Criminologie*, 1953, p. 35.

(8) «L'article de la mort», *Rev. Se. Crini.* 1966, p. 559 et ss.; voir aussi: intervention aux 10^{es} Journées de défense Sociale (*Rev. Sc. Crim.*, 1964, p. 825); Vouin et

Tel paraît être également le sentiment de notre collègue Larguier (4); notre collègue Léauté (2) est à peine moins net puisqu'il n'admettrait la mise à l'écart du châtement capital qu'à titre d'expérience et pendant quelques années, pour les infractions de droit commun seulement. Il faut ajouter que nous même, tout en soulignant les inconvénients de la peine de mort, avons hésité à prendre parti publiquement[^]) et les suggestions que nous ferons ci-dessous resteront prudentes (4). Cependant le plus récent des ouvrages parus, celui de MM. Merle et Vitu (5) se montre résolument hostile au maintien de la peine de mort.

Nous n'avons pas l'intention de réouvrir ici cette controverse et d'entrer personnellement dans la discussion des arguments pro et contra. La tâche serait sans doute vaine, et elle serait longue si l'on s'en réfère au rapport Favreau déposé au Canada en juin 1965; au chapitre des «arguments ou affirmations pour ou contre la peine capitale», l'honorable ministre de la Justice fait état de 62 arguments en faveur de la peine de mort (8 fournis par le rapport des Nations Unies, 9 par le Comité mixte du Royaume Uni, 25 par la commission royale canadienne, 10 par les commissions constituées dans l'Etat de New York et dans celui du New Jersey, etc...) mais de 85 au contraire à l'encontre de cette peine, (27 puisées dans le rapport des Nations Unies, 8 fournies par le Comité Mixte, 14 par la commission Royale canadienne, 25 tirées de l'ouvrage de Thorsten Sellin, 10 des rapports des commissions pour les Etats de New York et du New Jersey)!

Notre propos sera moins ambitieux. La première partie du présent rapport présentera la situation actuelle du droit positif français (en insistant sur certains points qui paraissent avoir été quelque peu laissés dans l'ombre par les études antérieures pourtant exactes et minutieuses), et la seconde envisagera les perspectives d'avenir en fonction de la situation qui aura été découverte dans la précédente et avec le souci réaliste de marquer de nouveaux progrès dans la régression de la peine capitale.

Léauté, *Droit pénal général et criminologie*, 1956, p. 553; Vouin, *Manuel de droit criminels* 1949, n.° 108.

(1) *Le droit pénal*, coll. Que sais-je, 1962, pp. 83-84.

(2) Vouin et Léauté, *op. cit.*, pp. 552-553.

(3) Stefani et Levusseau, *Droit pénal Général et procédure pénale*, 2è ed., 1966, n.° 367. Cette seconde édition marque cependant un pas visible vers la thèse abolitionniste; cette tendance est moins sensible dans le cours photocopié de notre collaborateur M. Stefani (*Cours de Droit*, 1966-1967, p. 385-386).

(4) *Infra*, 2è partie.

(5) Merle et Vitu, *Traité de Droit Criminels* Paris, ed. Cujas, 1967, n.° 507, et 085.

I —LA SITUATION ACTUELLE DU DROIT POSITIF FRANÇAIS

De nombreuses études antérieures, et notamment les deux rapports de M. Ancel, ont fait ressortir quelles sont les infractions pour lesquelles la peine de mort reste inscrite dans le droit pénal français (*), l'usage que le pouvoir judiciaire fait de cette peine dans les cas concrets qui lui sont soumis (2) et la place restreinte que lui laisse encore l'exercice du droit de grâce (3).

Sur ces deux derniers points, il y a peu à ajouter aux constatations et aux chiffres donnés dans ces rapports et dans les ouvrages récents des criminalistes français (4). On notera cependant qu'alors que, dans les années précédant la seconde guerre mondiale, on comptait par an 15 à 20 condamnations à mort pour crime de droit commun (dont les 2/3 environ faisaient l'objet d'une grâce), on a constaté, depuis lors, de singulières fluctuations. On ne s'étonne guère de voir le nombre des condamnations à mort atteindre 78 en 1946 (soulignons bien qu'il ne s'agit que d'infractions de droit commun) et baisser lentement jusqu'à atteindre 33 en 1951, puis brutalement après cette date (de 5 à 10 par an); mais on est surpris de voir le nombre de ces condamnations se relever à 18 en 1961 et progresser jusqu'à 26 en 1964 (8). Dans la période 1937-1939 nous trouvons un total de 42 condamnations dont 16 exécutions; dans la période 1946-1951 (donc d'une durée double) ces chiffres s'élèvent respectivement à 353 et 137; dans la période 1958-1964 (également 6 ans) ils sont de 97 et 11 (le droit de grâce a donc été exercé de façon plus large qu'avant 1939).

Il faudrait comparer le chiffre des condamnations prononcées à celui des peines de mort encourues; ceci est difficile parce que le compte général

0) *La peine de mort dans les pays européens*, p. 73-74; *La peine capitale* (O. N. U.), tableau de l'annexe I.

(2) *La peine de mort dans les pays européens*, p. 20; *La peine capitale*, p. 14.

(3) *La peine de mort dans les pays européens*, p. 26, 47, 49; *La peine capitale*, p. 23, 35, 36.

(4) Voir notamment; Vouin et Léauté, *op. cit.*, p. 543; Merle et Vitu, *op. cit.*, n.° 510, Stefani et Levasseur, *op. cit.*, n.° 367.

(5) Comparer avec les chiffres donnés par Vidal et Magnol, *op. cit.*, n.° 461, p. 639 et 640 pour les périodes plus anciennes. La moyenne annuelle était tombée aux environs de 50 après la réforme de 1832, s'était abaissée en dessous de 20 de 1896 à 1905 puis, après être remontée (en réaction du jury contre les propositions de suppression) semblait stabilisée autour de 20 après 1925. La proportion des commutations (sauf pendant les septennats de Loubet et de Fallières) oscillait de 40 à 65%.

de la Justice criminelle ne distingue pas le meurtre (punissable seulement d'une peine perpétuelle) de l'assassinat, non plus que les diverses catégories d'incendie volontaire (dont certaines n'entraînent pas la peine capitale). On peut cependant tenir pour certain que les circonstances atténuantes sont accordées très fréquemment, et on s'étonnera d'autant plus de l'augmentation récente des condamnations à mort que, depuis 1959, les nouvelles règles procédurales facilitent l'octroi de ces circonstances atténuantes (il suffit désormais de 5 voix sur 12 pour les accorder, alors qu'il fallait précédemment 6 voix sur 10).

Il paraît utile d'insister davantage sur la liste des crimes capitaux, d'examiner le problème particulier des infractions politiques ou militaires, et de s'interroger sur l'influence qu'exerce la peine de mort sur le déroulement de la procédure.

A — *La liste des crimes capitaux de droit commun en temps de paix*

Pendant longtemps on a souligné que l'évolution législative restreignait de plus en plus la liste des crimes de droit commun commis en temps de paix et entraînant la peine capitale. Le Code pénal de 1810 en prévoyait 36, la révision de 1832 supprima 11 cas ^(x), la constitution de 1848 supprimant la peine de mort en matière politique aurait fait disparaître 6 autres cas ⁽²⁾. Garraud recensait, en 1914, dix cas dans le Code pénal et 3 dans les lois spéciales, Vidal et Magnol parlent de 12 cas en 1949.

Or force est bien de reconnaître qu'en dépit de l'audience incontestable que le mouvement abolitionniste reçoit dans l'opinion publique, le législateur contemporain a éprouvé le besoin d'établir, depuis 1950, de nouveaux crimes capitaux en matière de droit commun ⁽³⁾. Il s'agit des 3 hypothèses suivantes, dont l'importance pratique devrait être considérable:

a) le vol commis à main armée, même de jour et par une seule personne, et même si l'arme n'était pas portée sur soi mais était placée

C¹) Voir: Garraud, *op. cit.*, n.° 484 — a p. 121; Bouzat et Pinatel (*op. cit.*, n.° 372-A) n'en mentionnent que 9.

C²) Garraud, *op. cit.*, p. 122, note 25.

⁽³⁾ A la veille de la seconde guerre mondiale, la loi du 14 janvier 1937 avait puni de mort l'enlèvement d'enfant pour obtenir une rançon, lorsque ce crime avait été suivi de la mort de la victime; d'autre part le décret-loi du 29 juillet 1939 avait puni de peines de droit commun (et notamment de peine de mort) les attentats à la sûreté extérieure de L'Etat, même commis en temps de paix.

Hans un véhicule utilisé par le coupable (loi 23 novembre 1950 modifiant l'article 381 c. pen.);

b) l'incendie volontaire ayant entraîné la mort ou une infirmité grave pour un être humain (par exemple pour les sauveteurs, loi 30 mai 1950 ajoutant un alinéa final à l'article 435 c. pén.);

c) les mauvais traitements infligés habituellement à des enfants de 15 ans, même s'ils ont eu lieu sans intention de donner la mort du moment qu'ils ont entraîné celle-ci (loi 13 avril 1954 modifiant l'article 312 al. final actuel).

Il apparaît nécessaire de jeter un coup d'oeil rapide sur la liste des divers crimes capitaux afin d'essayer de comprendre pourquoi une telle peine est prévue et de rechercher si elle pourrait être remplacée dans chaque cas particulier. Or on considère généralement que la peine classique poursuit cumulativement trois buts: un but d'intimidation, un but de rétribution, un but de réadaptation (l'accent s'étant porté successivement de l'un sur l'autre au cours de l'évolution historique).

1.°) Dans une large mesure, la peine de mort conserve en droit français, un but *d'intimidation*. Les auteurs (*) indiquent volontiers qu'ils croient à la réalité de ce pouvoir intimidant que les abolitionnistes contestent, et le législateur semble y croire aussi.

C'est ce souci qui paraît justifier la loi du 23 novembre 1950 destinée à intimider les auteurs de hold up. Il ne nous paraît pas démontré que ce texte ait fait reculer le nombre de ces infractions, mais la raison en est sans doute que les autorités judiciaires n'appliquent pratiquement pas le nouvel article 381 al. 1. Si le hold up n'a pas fait de victimes, ses auteurs sont envoyés devant le tribunal correctionnel sous la prévention de vol simple, ou tout au plus devant la Cour d'Assises sous la simple accusation de vol en réunion dans une maison habitée, ou avec usage d'un véhicule, etc... Dans un cas concret le ministère public ose rarement utiliser une qualification qui fait encourir à l'accusé une peine qui paraît disproportionnée au dommage social causé. Mieux eût valu alors ne pas l'édicter de façon indiscriminée (2)

C¹) Garraud, *op. cit.*, n.° 483-11 in fine, p. 120; Vouin, *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 565; Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, n.° 497; Bouzat et Pinatel, *op. cit.*, I, n.° 344-c; Larguier, *op. cit.*, p. 84; comp. Vouin et Léauté, *op. cit.*, p. 549-550.

(2) C'est ce qui s'était passé déjà avec la loi du 4 octobre 1946 punissant de la peine de mort certains crimes économiques et ceci dans un but d'intimidation non déguisée; en fait aucune condamnation de ce genre n'a été prononcée, quoique des poursuites sous

Dans certains cas d'ailleurs l'intimidation est utilisée par le législateur pour compenser l'impuissance où les pouvoirs publics risquent de se trouver pour confondre les coupables. Tel à toujours été le cas en matière d'incendie volontaire d'une maison habitée que la loi du 30 mai 1950 a élargie à l'incendie d'autres biens entraînant finalement un dommage à l'intégrité corporelle, ainsi qu'en matière d'empoisonnement (art. 302) (1), en matière de dépôt d'un engin explosif sur une voie publique ou privée (art. 435 al. 2, dû à la loi du 2 avril 1892, assimilant cet acte à la tentative de meurtre prémédité), et en cas d'accident de chemin de fer volontairement provoqué et ayant entraîné mort d'homme (1. 15 juillet 1845 art. 16).

2.°) La peine de mort est prévue dans de nombreux cas à titre de *rétribution*.

a) En effet la notion de rétribution conduit à graduer la peine en proportion de la gravité de la faute. Or, il existe encore, dans notre organisation sociale moderne, des *crimes inexpiables* (il semble même que l'on en voie apparaître de nouveaux, qui n'avaient pas autrefois ce caractère). Seul le châtement suprême apparaît convenir à un acte d'une telle noirceur ou d'une telle infamie, qui porte atteinte aux tabous les plus sacrés.

C'est pourquoi la peine de mort est encourue par le parricide (art. 296-302) (2) et par l'infanticide (art. 300-302) à l'exception de la mère (art. 302 al. 2).

Le même caractère inexpiable de l'infraction explique l'application de la peine de mort à cette sorte de parricide moral que constituent les atteintes contre la patrie, dont il sera question plus bas (infra B). Remarquons qu'il en a été ainsi autrefois des crimes contre la foi et contre la religion, punis d'ailleurs avec une grande cruauté. L'évolution semblerait favorable à la disparition des anciens tabous mais il semble qu'aujourd'hui le même caractère inexpiable s'attache à d'autres agissements.

Il en est ainsi de ceux qui conduisent à la mort des enfants: loi du 14 janvier 1937 (art. 355 c. pen.) sur le «kidnapping» suivi de mort;

cette qualification aient effectivement eu lieu. L'ordonnance du 23 décembre 1958 a fait disparaître cette qualification spéciale.

C¹) On peut aussi faire valoir, pour expliquer la peine capitale encourue par l'empoisonneur, que son acte homicide a été presque fatalement prémédité.

(2) Comp. les aggravations prévues par l'ancien article 13 c. pén. (Mutilation du poing avant 1832, cérémonial particulier de l'exécution, abrogé en 1958 mais qui était devenu sans objet depuis la suppression en 1939 de la publicité des exécutions capitales). Sur l'atteinte aux tabous et le rôle de la peine de mort, cf. communication des docteurs Colin et Dagognet au Centre français de droit comparé le 11 décembre 1959.

loi du 13 avril 1954 punissant de mort les bourreaux d'enfants lorsque les mauvais traitements ont été exercés avec l'intention de provoquer la mort (art. 312 al. 10 c. pen.) ou même sans une telle intention mais de façon habituelle et ayant entraîné ce résultat (art. 312 al. 11 c. pen.).

Il en est également ainsi des actes de cruauté et de torture. Déjà, horrifiés par les exploits de «chauffeurs», les auteurs du code pénal avaient décidé dans l'article 303: «Seront punis comme coupables d'assassinat tous malfaiteurs quelle que soit leur dénomination, qui, pour l'exécution de leurs crimes, emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie»¹). De même l'article 344 al. final c. pen. punit de mort la séquestration, arrestation ou détention illégale lorsque «les personnes arrêtées, détenues ou séquestrées ont été soumises à des tortures corporelles». Quoique ces textes soient anciens, notre époque leur a redonné une actualité particulière. Les abominations perpétrées en ce domaine par les nazis au cours de la seconde guerre mondiale, les sinistres procédés employés par certaines polices officielles ou parallèles, ou par certains services de renseignements, ont soulevé une profonde indignation contre les actes portant atteinte à l'intégrité et à la dignité humaine que la déclaration universelle des droits de l'homme, et la déclaration européenne de ces mêmes droits, ont voulu proclamer et garantir. L'affirmation de ce tabou moderne était d'autant plus nécessaire que la science actuelle permet d'infliger des tortures inhumaines difficiles à déceler.

b) Dans d'autres cas, l'application de la peine de mort à titre rétributif paraît s'expliquer par une survivance de la vieille idée du talion (où Kant voyait d'ailleurs la plus exacte mesure de la justice). C'est elle qui veut infliger la mort à celui qui a donné la mort. Il est curieux de remarquer que, si ce parallélisme tragique a été abandonné par le code pénal français dès 1810 (le meurtre simple n'étant plus puni, dès cette époque, que des travaux forcés à perpétuité; art. 304 al. 2 primitif devenu al. 3 actuel), l'opinion publique continue à croire que le meurtre est passible de la peine de mort.

C'est par une application du talion que le faux témoin en matière criminelle peut être condamné à mort si l'accusé a lui-même été condamné à cette peine (art. 361 al. 2 c. pén.). On peut se demander également si elle n'a pas inspiré la loi de 1937 sur le kidnapping (art. 355 al. 4 c. pén.) et celle du 30 mai 1950 (art. 434 al. final c. pén.) mentionnées précédemment.

¹) Il en est ainsi même si le crime est un vol ou un faux en écritures publiques ; les simples violences employées pour réaliser un vol, si elles ne peuvent être qualifiées d'actes de torture ou de barbarie, ne font encourir que la réclusion criminelle (à perpétuité ou à temps selon qu'elles ont ou non laissé des traces, art. 382 c. pén.).

c) Indépendamment de toute idée de talion, qui implique une certaine mesure dans la rétribution (à l'inverse du crime inexpiable), la peine de mort est prévue par quelques textes afin de punir certains **agissements** pour la raison très simple que des agissements de même nature, quoique moins graves, sont déjà frappés d'une peine perpétuelle privative de liberté. Les nécessités d'un certain mécanisme juridique, d'une certaine «escalade» répressive, jointes à la rigueur des incriminations précédentes, amèneront ainsi fatalement au sommet de l'échelle des peines.

C'est le cas pour les circonstances aggravantes du meurtre: meurtre commis avec préméditation ou guet-apens (qualifié «assassinat», art. 296 et 303), concomitance du meurtre avec un autre crime (art. 304 al. 1); lien du meurtre avec un délit connexe (art. 304 al. 2); violence contre un représentant de l'autorité publique à l'occasion ou dans l'exercice de ses fonctions, infligées avec l'intention de donner la mort (art. 233) ^(x). Ces circonstances aggravantes obligent à passer de la peine perpétuelle à la peine capitale, faute d'un «châtiment suprême» de remplacement.

De même, si les mauvais traitements habituels à enfants entraînent depuis 1954 la peine de mort quand ils ont occasionné le décès de la victime (art. 312 al. final), c'est en partie ⁽²⁾ parce qu'une gymnastique compliquée sur l'échelle des peines amenait déjà à encourir une peine perpétuelle lorsque ces mauvais traitements, infligés par les parents, avaient entraîné une incapacité permanente de la victime (art. 312 al. 9).

Il en était également de même, jusqu'en 1960, lorsqu'un crime entraînant une peine perpétuelle avait été commis par un récidiviste déjà condamné à une telle peine, (art. 56 al. 7 c. Pén.); mais cette disposition a disparu de la nouvelle rédaction que l'ordonnance du 4 juin 1960 a donnée à l'article 56 ⁽³⁾; il y a là un des rares cas de suppression de la peine de mort Hqns l'évolution législative récente ⁽⁴⁾, et une indication encourageante ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ L'homicide volontaire d'un particulier n'entraîne que la réclusion criminelle à perpétuité (art. 304 al. 4), mais cette même peine est encourue en cas de violences contre un représentant de l'autorité publique lorsque, infligées sans intention de donner la mort, elles ont cependant entraîné celle-ci dans les 40 jours (comp. pour les coups mortels à un particulier, l'art. 309 al. 4).

⁽²⁾ Nous avons vu que cela tient aussi au fait que les violences amenant la mort des enfants prennent un caractère inexpiable.

⁽³⁾ Stefani et Levasseur, *op. cit.*, n.° 487-d; Bouzat et Pinatel, *op. cit.*, I, n.° 677.

⁽⁴⁾ Voir également l'abrogation de la loi du 4 octobre 1946 sur les crimes économiques, par l'ord. 23 décembre 1958.

⁽⁵⁾ Déjà la loi du 22 mai 1915 érigeant le recel en délit distinct, mais fixant la peine de cette infraction en corrélation avec celle de l'infraction ayant procuré les choses

3.°) Il serait paradoxal de soutenir que la peine de mort peut avoir un but de *réadaptation*. Certes, on peut considérer, au point de vue surnaturel, la peine de mort comme rédemptrice, et on a pu dire avec raison, à cet égard, que peu de criminels étaient dignes de se voir appliquer la peine de mort. Cependant si l'exécution de la peine de mort implique la renonciation à toute réadaptation du condamné, il n'est pas sûr que la simple condamnation à mort suivie de la grâce soit dépourvue de tout effet de ce genre. Les observateurs paraissent d'accord pour constater la transformation bénéfique qui s'opère dans la personnalité de la plupart des condamnés à mort un certain temps après leur condamnation (*) et la commutation intervenue à ce moment peut faciliter une réadaptation qu'une condamnation d'emblée à une peine perpétuelle eut rendue moins aisée.

Mais, par hypothèse la peine de mort est éliminatrice, si du moins on l'exécute.

Il faut cependant attirer l'attention sur le but de *neutralisation* plutôt que d'élimination, que paraît remplir parfois la peine de mort. Il est des hypothèses où la peine de mort s'apparente aux mesures de sûreté: on fait disparaître le coupable afin d'éviter de sa part, et de celle des autres, des agissements antisociaux futurs, sans porter véritablement de blâme moral sur sa conduite, et en conservant même pour sa personnalité et son caractère une certaine estime. Ainsi s'explique l'usage fait de la peine de mort (généralement dans le cadre d'une justice pénale d'exception, voire de circonstances) contre les adversaires politiques du régime ou contre les étrangers trop zélés défenseurs des intérêts de leur patrie.

B — *Les crimes capitaux en temps de guerre ou dans le domaine de la sûreté de l'Etat*

Le domaine de la sûreté de l'Etat évoque tout d'abord la sûreté extérieure, la protection de l'indépendance nationale, la réalisation de la défense nationale dans les meilleures conditions possibles. En temps de guerre, l'existence de la patrie est en jeu, des combattants tombent chaque jour sur le champs de bataille, des victimes civiles sont atteintes par les bombardements terrestres ou aériens, il peut apparaître nécessaire de concentrer les pouvoirs civils (y compris judiciaires) et militaires

recélées* avait reculé devant l'application de la peine de mort aux récepteurs (art. 461 nouveau c. pén.).

C¹) Cf. rapport R. P. Devoyod au Centre Droit Comparé 13 mars 1959 et la discussion subséquente.

entre les mains d'une même autorité, ce que le droit français organise par l'adoption de l'état de siège (loi 9 août 1849 modifiée 27 avril 1916; loi 3 avril 1878; constitution du 4 octobre 1958 art. 36) ou de l'état d'urgence (loi 3 avril 1955), ou par l'application des textes sur l'administration des territoires occupés ou des zones d'opérations. Des transferts de compétence peuvent avoir lieu au profit des juridictions militaires. La justice rendue dans ces conditions prend fatalement un caractère «martial» (en particulier au sens des «Cours Martiales») et il n'est pas étonnant d'y voir la peine de mort occuper une place importante.

Même dès le temps de paix, tout ce qui touche à la défense nationale constitue un point particulièrement sensible, et l'on a tendance à penser que les autorités militaires sont mieux placées que les autres pour apprécier la gravité des agissements. Dès que l'avènement des régimes totalitaires fit planer sur l'Europe la menace de la seconde guerre mondiale, le droit français n'hésita pas à édicter la peine de mort contre certains attentats à la sûreté extérieure de l'Etat commis en temps de paix, et il ne s'est pas départi depuis lors de cette rigueur.

Pourtant les atteintes à la sûreté de l'Etat, même à la sûreté extérieure, étaient généralement considérées comme des infractions politiques, et ce caractère a continué à leur être reconnu même après que le décret-loi du 29 juillet 1939 eut décidé de les considérer comme des infractions de droit commun «pour l'application de la peine» et eut puni de la peine de mort (par dérogation à l'abolition de la peine de mort en matière politique due à la constitution de 1848 qui, conservant une valeur législative, avait perdu sa portée constitutionnelle) un certain nombre de faits de trahison ou d'espionnage.

L'ordonnance du 4 juin 1960 prit une position plus logique en soumettant les atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat à des peines politiques, tout en réintégrant parmi celles-ci la peine de mort (ce qui ne changeait pas la répression des crimes capitaux créés en 1939). Mais, en contrepartie, cette même ordonnance étendit la peine de mort, à titre de peine politique, à la répression des simples attentats à la sûreté intérieure de l'Etat. Il est vrai que souvent les soulèvements intérieurs bénéficient de complicités étrangères et que le conflit international des idéologies modernes amène volontiers à soupçonner les comploteurs nationaux de bouleverser finalement l'équilibre international à raison du changement de régime intérieur qu'ils veulent réaliser (x).

C¹) G. Levasseur, «Justice et Sûreté de l'Etat», *Revue de la Commission Internationale des Juristes*, 1964, p. 270.

Par une réforme capitale, les lois du 15 janvier 1963 confièrent à la Cour de Sûreté de PÉtat, qu'elles instituèrent, le jugement des attentats à la sûreté intérieure ou extérieure de PÉtat commis en temps de paix; les tribunaux militaires ne reçurent compétence pour juger ces infractions qu'en temps de guerre (art. 697 c. proc. pén. modifié par ord. 4 juin 1960). Ainsi les tribunaux permanents des Forces Armées se trouvaient-ils déssaisis des affaires d'attentats à la sûreté extérieure de PÉtat, qui leur avaient été confiées depuis 1939. Par contre ils conservaient une compétence exclusive pour juger les infractions purement militaires commises par les membres des forces armées, infractions figurant dans le Code de Justice Militaire, objet d'une récent refonte (loi 8 juillet 1965) et pour lesquelles la peine de mort peut éventuellement être encourue (infra 4.°).

L'investigation des crimes capitaux dans le présent domaine doit donc porter sur 4 points: les infractions de droit commun commises en temps de guerre; les infractions à la sûreté extérieure de PÉtat; les infractions à la sûreté intérieure de PÉtat; les infractions prévues par le Code de Justice militaire.

1. °) Les infractions de droit commun punies de mort en temps de guerre seulement.

Un texte contemporain de la seconde guerre mondiale a créé deux nouveaux crimes capitaux concernant des agissements contre la propriété commis en temps de guerre ou en période assimilable. Le décret-loi du 1er septembre 1939 punit de mort le pillage en temps de guerre et le vol commis dans une maison d'habitation ou dans un édifice quelconque évacués par leurs occupants par suite d'évènements de guerre (x).

2. °) Les infractions à la sûreté extérieure de PÉtat. Il s'agit de faits qui mettent en péril la défense nationale et l'intégrité du territoire. Les textes qui les incriminent ont été refondus par l'ordonnance 4 juin 1960 et placés dans les articles 70 à 85 nouveaux du code pénal.

La peine de mort est prévue par les articles 70 et 72 nouveaux pour certains actes de trahison en temps de paix⁽²⁾, elle est prévue également

C¹) Dans le cas où il n'y a pas eu évacuation coercitive mais abandon spontané des lieux par les habitants, les peines encourues sont moins élevées (cf. loi 16 août 1943, modifiée par ord. 7 octobre 1944).

(²) D'après l'art. 70 nouveau c. pén.: porter les armes contre la France (1.°); entretenir des intelligences avec une puissance étrangère en vue de l'engager à entreprendre des hostilités contre la France (2.°); livrer à une puissance étrangère ou à ses agents des troupes, vaisseaux, munitions, etc... (3.°); détruire du matériel ou des installations en vue de nuire à la défense nationale (4.°). Il y a trahison si ces faits sont commis par des français ou par des militaires ou marins au service de la France.

par l'article 71 pour certains actes de trahison en temps de guerre elle est prévue **enfin** par l'article 73 pour les actes d'espionnage (ces actes sont ceux qui sont qualifiés de trahison lorsqu'ils sont accomplis par des français ou des militaires au service de la France, à l'exception du fait d'avoir porté les armes contre la France). Sous la qualification de trahison et d'espionnage sont ainsi incriminés 21 crimes capitaux dont certains consistent en des agissements dont la définition est donnée en des termes extrêmement vagues.

Remarquons que les textes de 1960 reprennent d'assez près ceux de 1939. Or c'est sous la qualification d'intelligences avec l'ennemi (art. 75 - 5.^o ancien c. pen. correspondant à l'article 72 - 2.^o actuel et ord. 28 septembre 1944) qu'ont été poursuivis, après la Libération, les faits de «collaboration». Les condamnations à mort intervenues à cette occasion et prononcées par la Haute Cour de Justice, les Cours de Justice et les tribunaux militaires qui prirent la suite de celles-ci, ne figurent pas dans le compte général de la Justice Criminelle. Toutefois Vidal et Magnol signalent (2) qu'en février 1947 il avait déjà été prononcé 5 304 condamnations à mort de ce chef et de nombreuses autres ont été prononcées dans les années suivantes; aujourd'hui encore certaines condamnations par contumace ont été purgées récemment devant la Cour de Sûreté de l'Etat, et de nouvelles condamnations à mort prononcées.

Certes de nombreuses grâces ont été accordées (probablement 80% des recours qui ont pu être examinés); il n'en reste pas moins que la peine de mort, au cours de ces quelques années, a fait plus de ravages en France au titre des atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat, qu'elle n'en avait fait au titre des condamnations pour crimes de droit commun au cours du demi-siècle qui avait précédé (ces chiffres ne tiennent évidemment pas compte des condamnations à mort prononcées pendant la première guerre mondiale par les Conseils de Guerre). On aurait donc tort de minimiser

D'après l'article 72 nouveau: le fait par un français de livrer à une puissance étrangère ou à ses agents un secret de la défense nationale (1.^o), ou de s'assurer la possession d'un tel secret en vue de le livrer (2.^o) ou de détruire ou laisser détruire les objets ou documents secrets en vue de favoriser une puissance étrangère (3.^o).

(i) Provocation de militaires ou marins à passer au service d'une puissance étrangère ou enrôlement au service d'une puissance en guerre avec la France (1.^o); intelligences avec une puissance étrangère en vue de favoriser les entreprises de cette puissance contre la France (2.^o); entrave à la circulation du matériel militaire (3.^o); participation consciente à une entreprise de démoralisation de l'armée ou de la nation, ayant pour but de nuire à la défense nationale (4.^o).

(*) *Op. cit.*, n.^o 461, p. 640.

la place que tiennent, en fait, dans le problème de la peine de mort à l'époque contemporaine, les condamnations prononcées et les exécutions effectuées au titre des atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat. Les juridictions se sont montrées impitoyables, et le chef de l'Etat intransigeant, à l'égard des chefs de la collaboration; l'exécution de Pucheu, ministre de l'Intérieur du Gouvernement de Vichy, sous l'autorité du gouvernement provisoire de la République Française siégeant à Alger, en fut la première manifestation.

On ne trouve pas davantage trace dans le Compte général de la Justice Criminelle¹⁾, des condamnations à mort prononcées par les tribunaux des Forces Armées en Algérie, que celles-ci aient été prononcées pour atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat ou pour infractions de droit commun (notamment actes de terrorisme ou complicité dans des actes de terrorisme) au cours de l'insurrection algérienne. Or ces condamnations ont été très nombreuses (le nombre des arrêts publiés dans le Bulletin de la Chambre Criminelle en témoigne) et les exécutions fréquentes; toutefois, depuis l'avènement de la V^e République de nombreuses commutations étaient intervenus. A vrai dire, il s'agissait en l'occurrence d'atteintes à la sûreté intérieure de l'Etat, que l'on s'efforçait de poursuivre sous des qualifications différentes précisément parce que les textes en vigueur à l'époque pour de telles atteintes n'auraient pas permis de prononcer la peine de mort.

3.°) Les infractions à la sûreté intérieure de l'Etat. Depuis le décret-loi de 1939, les infractions à la sûreté intérieure de l'Etat étaient les seules infractions politiques pour lesquelles l'abolition de la peine de mort en matière politique proclamée par l'article 5 de la constitution de 1848, continuait à s'appliquer⁽²⁾.

Une réforme profonde fut accomplie en ce domaine par l'ord. 4 juin 1960. Sans abolir expressément les dispositions en question de

C¹⁾ Ce compte publie désormais les décisions de la Cour de Sûreté de l'Etat, compétente depuis 1963 pour juger les attentats à la sûreté extérieure de l'Etat (en pareil cas sa composition est à majorité militaire, cf. loi 63-23 du 15 janvier 1963 art. 1 al. 4). En 1964, la Cour de Sûreté de l'Etat a prononcé 8 condamnations à mort, mais le compte ne distingue pas entre les attentats à la sûreté extérieure et les attentats à la sûreté intérieure.

(²) Cette suppression n'était pas négligeable puisque 36 condamnations capitales pour crimes politiques avaient été prononcées de 1826 à 1833. Il est vrai que les soulèvements politiques donnent lieu souvent à des infractions de droit commun inspirées par un mobile politique, or ces infractions mixtes sont soumises au régime répressif des infractions de droit commun; les conseils de guerre prononcèrent ainsi, après l'insurrection de la Commune, de nombreuses condamnations à mort.

la constitution de 1848 (*), elle en fit disparaître les derniers vestiges. Il n'est donc pas douteux que la peine de mort soit désormais rétablie en matière politique (2), quoiqu'on se soit montré discret sur cette importante réforme. Cependant son mode d'exécution est différent de celui de la même peine appliquée aux infractions de droit commun; la peine de mort prononcée pour crime contre la sûreté de l'Etat s'exécute par fusillade (art. 13 nouveau c. pen.) et non par décapitation.

Les crimes contre la sûreté intérieure de l'Etat pour lesquels la peine de mort a été rétablie sont nombreux. Il est ainsi (art. 91 nouveau) lorsqu'il y a eu usage d'armes pour réaliser ou tenter un soulèvement, une sécession, une levée de troupes, ou la prise de commandement d'une unité. La peine de mort est également applicable aux attentats dont le but aura été de porter le massacre ou la dévastation dans une ou plusieurs communes (art. 93), au fait d'organiser, de commander ou d'aider des bandes armées en vue de troubler l'Etat, d'attaquer la force publique ou de lui résister (art. 95), au fait d'organiser, de commander ou d'aider un mouvement insurrectionnel (art. 99).

Les attentats à la sûreté intérieure de l'Etat sont, comme les attentats à la sûreté extérieure, de la compétence de la Cour de Sûreté de l'Etat en temps de paix (3) et de la compétence des tribunaux des forces armées en temps de guerre (ord. 4 juin 1960 modifiant l'article 697 et loi 15 janvier 1963 modifiant l'article 698 c. proc. pén.). Effectivement, depuis sa création, la Cour de Sûreté de l'Etat a prononcé de nombreuses condamnations (500 en 1964) y compris quelques condamnations à mort (la plupart par contumace) (4).

L'importance de ces chiffres s'explique par la répression à l'égard des membres de l'O. A. S. Mais il convient d'observer qu'entre l'ordonnance du 4 juin 1960 et la mise en fonctionnement de la Cour de Sûreté de l'Etat, la répression des atteintes à la sûreté intérieure avait été confiée à des juridictions de circonstance, à la suite du putsch d'Alger: Haut Tribunal Militaire, Tribunal militaire Spécial, Cour de Justice militaire, etc... De nombreuses condamnations à mort ont été prononcées, quelques unes

(1) D' où les hésitations de certains auteurs (Merle et Vitu, *op. cit.*, n.° 298, p. 288, n.° 510, p. 516; adde Code pénal, ed. Dalloz, 1966-1967 sous art. 7).

(2) Stefani et Levasseur, *op. cit.*, I, n.° 371.

0 Cependant la composition de la Cour de Sûreté de l'Etat est à majorité civile lorsqu'il s'agit d'attentats à la sûreté intérieure de l'Etat (loi 63-23 du 15 janvier 1963, art. 1, al. 2 et 3).

(4) En 1964, il y a eu 8 condamnations à mort tant pour infractions à la sûreté intérieure que pour infractions à la sûreté extérieure de l'Etat.

ont été exécutées; la dernière concerne un attentat manqué contre le président de la République.

4.°) les crimes capitaux dans le Code de Justice militaire.

En temps de guerre, les juridictions des forces armées connaissent des crimes contre la sûreté de l'Etat dans les conditions prévues par les articles 302 et ss. C. J. M.; les peines encourues ne s'en trouvent pas modifiées. En temps de paix, ces juridictions ne connaissent que des infractions dites «purement militaires».

Ces infractions sont prévues au titre II du livre III du Code de Justice Militaire. La peine de mort est applicable à la désertion à l'ennemi (art. 389 C. J. M.); à la désertion en présence de l'ennemi avec complot (art. 390 al. 3); à la mutilation volontaire en présence de l'ennemi (art. 398 al. 2); à la capitulation devant l'ennemi (art. 401); à la trahison militaire (art. 403) ^(*); aux violences exercées sur un blessé ou malade en vue de le dépouiller (art. 408 al. b); à la destruction de lieux ou matériels à usage militaire ou concourant à la défense nationale s'il y a eu mort d'homme ou si la destruction a nui gravement à la défense nationale (art. 411 al. 3); à la perte volontaire d'un bâtiment ou aéronef (art. 412); aux instigateurs des faits de révolte en temps de guerre, d'état de siège ou d'état d'urgence (art. 424 al. 2); au refus d'obéissance en présence de l'ennemi ou d'une bande armée (art. 428); à l'inexécution volontaire en temps de guerre, par un commandant d'unité, de la mission dont il était chargé, si cette mission était relative à des opérations de guerre (art. 446); au fait, pour le commandant d'un bâtiment ou d'un aéronef, en cas de perte de celui-ci et en violation des consignes reçues, de ne pas être le dernier à l'abandonner (art. 452); à l'abandon de poste en présence de l'ennemi ou de bande armée (art. 453).

On recense ainsi 13 crimes militaires punis de la peine capitale, 3 seulement le sont même en temps de paix (art. 411 al. 3, 412 et 452), 3 autres ne le sont ainsi qu'en présence de bandes armées; les autres ne le sont qu'en temps de guerre (ou parfois d'état de siège ou d'état d'urgence) et parmi ceux-ci 4 ne le sont que si les faits ont lieu en présence de l'ennemi (il faut y ajouter ceux qui sont punis de mort en présence de simples bandes armées). En comparant le nouveau code de justice militaire au précédent ⁽²⁾, on constate une augmentation du nombre des crimes militaires capitaux.

C¹) Il s'agit du fait d'avoir provoqué à la fuite ou empêché le ralliement en présence de l'ennemi ou de bande armée, du fait d'avoir provoqué la cessation du combat sans ordre du commandant, du fait d'avoir occasionné volontairement la prise par l'ennemi d'une formation ou d'un bâtiment.

^(*) Cf. Ancel, rapport au Conseil de l'Europe, p. 74.

C — Influence de la Peine de Mort sur le Deroulement de la Procedure

Les adversaires de la peine de mort ont fait valoir que son éventualité avait pour résultat de faire dévier fâcheusement le cours normal de la procédure de jugement. Le juge Jackson avait attiré l'attention sur ce point, qui a été développé depuis lors par le rapporteur du projet de code pénal modèle en cours d'élaboration aux Etats Unis ^(x) et repris avec force dans un important article de M. Thorsten Sellin ⁽²⁾.

Les juristes français avaient eu leur attention attirée, vers la même époque, sur cet aspect particulier du problème de la peine de mort. Le 29 avril 1959 Me Richard doyen de la Faculté de Droit de l'Institut Catholique de Paris, présenta au Centre de Droit Comparé une énergique communication sur «les dégâts de la peine de mort dans le droit criminel français». Pour l'ld, l'éventualité de cette peine «fausse tous nos débats d'Assises, leur interdit toute signification morale, et met la loi et la juridiction Hans un tel désaccord qu'elle accule aujourd'hui notre plus haute instance répressive à l'arbitraire et au mensonge». La raison en est que le jugement des crimes relève du duel judiciaire au lieu de fournir à l'opinion, comme le procès correctionnel, un enseignement moral; acquitté ou ayant sauvé sa tête, l'accusé sera salué par la presse comme un champion, condamné il fera souvent figure de victime. Le plus souvent, la Cour d'Assises recule devant la perspective d'envoyer à l'échafaud l'être humain qu'elle a sous les yeux, aussi ministère public et partie civile s'acharnent-ils à faire apparaître l'homme non seulement comme coupable mais aussi comme détestable, relevant les moindres indices passés de ses penchants fâcheux; par contre, si la répulsion pour la peine de mort l'emporte, la Cour d'Assises accordera les circonstances atténuantes pour les crimes les plus affreux ⁽³⁾. D'où l'inégalité de la répression par les Coins d'Assises, qui se remarque surtout lorsque la peine capitale est encourue. ^(*)

C¹) H. Wechsler, *Model pénal code ; tentative draft*, n.° 9, Philadelphie, 1959, p. 64.

(*) «La peine capitale et le procès pénal», *Melanges Hugueney*, 1964, p. 287 et ss. Une remarque en ce sens avait déjà été formulée en France par le Dr. Trivas.

(³) Citons textuellement Me Richard (auteur, dès 1956, d'un ouvrage sur «La mission méconnue de la Justice pénale»): «La Justice criminelle assure la transition entre deux drames vrais: le drame passé, celui du crime qui a laissé des victimes et contribué à l'insécurité publique. A ce drame passé la justice doit une double réparation: l'apaisement moral et matériel des ayants droit de la victime, la restauration de l'ordre par l'application exacte de la loi. Le drame à venir: les souffrances qui attendent le condamné, et que devrait aménager l'arrêt de justice vers une expiation féconde et en tout cas significative. — Entre ces deux drames réels, la peine de mort en suscite un troisième, artificiel et

Plus récemment, MM. Merle et Vitu ont estimé, eux aussi C¹), que «les débats seraient bien plus sereins, et l'approche de la vérité bien plus fructueuse» si la peine de mort n'existait pas.

Ces réflexions prennent d'autant plus de force que la proportion des crimes encornant la peine capitale, parmi les crimes déferés aux Cours d'Assises, va sans cesse en augmentant, du fait que la «correctionnalisation» de tels agissements est beaucoup plus difficile que lorsqu'il s'agit d'infractions moins sévèrement punies.

II — PERSPECTIVES D'AVENIR

Telle étant la situation en droit pénal français actuel, comment peut-on espérer une évolution des institutions dans un sens abolitionniste?

Le succès des efforts faits pour intéresser l'opinion publique à un mouvement en ce sens d'une part et l'évolution de la législation comparée d'autre part, autorisent à poser la question.

Une association française contre la peine de mort, dont le Comité d'Honneur groupe de très hautes personnalités, a été fondée en 1960 et a déployé une grande activité (campagnes de presse, émissions à la radio, réunions publiques) comportant notamment, après un colloque national à Paris le 8 décembre 1960, la tenue à Royaumont, du 26 au 29 juin 1961, d'un colloque international présidé par Mr. Graven et dont la résolution finale, fortement motivée, demandait l'abolition sans réserve de la peine de mort, sans aucune dérogation politique ou autre (2). Un peu plus tard, le 8 février 1963, la même association organisait à Paris une manifestation qui remporta un grand succès (3). Déjà, précédemment, des réunions

absolument inutile, le drame de l'homme du xx^e siècle devant l'emploi de la peine de mort. Pour amener l'homme du xx^e siècle à accomplir un geste qu'il réprouve, il faut lui inspirer une haine qu'il n'éprouve pas. La procédure n'y parvient qu'en lui offrant un spectacle à sensation, et cette parade qui se joue sur les hasards de la composition de la Cour et du Jury fait oublier le dossier, voue les débats aux jeux du cirque, refuse à la vraie justice les satisfactions qu'elle exige, et dévoie la charité vers les gestes irréfléchis*. Ces idées ont été reprises par M^o Richard dans son ouvrage *crime*, Paris, 1965, p. 177. Elles sont partagées par M^o Naud (*Tu ne tueras pas*, Paris, 1959, p. 165 et ss.).

C¹) *Op. cit.*, n.° 508, p. 514.

(2) Voir le compte rendu du colloque dans *Rev. intern. Criminologie et police tech.*, 1961, p. 236, et les résolutions adoptées *Rev. Sc. Crim.*, 1961, p. 855.

(3) Voir *Rev. Sc. Crim.*, 1963 — 426.

avaient été organisées sur ce sujet par les Amis du Droit (*), et la presse (quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle) s'était saisie une fois de plus de cette question (2). La publication des ouvrages de Camus et Koestler (3) et de Me A. Naud(4) maintint le problème de l'abolition de la peine de mort au premier plan de l'actualité. Une proposition de loi appuyée par des députés appartenant aux diverses nuances de l'éventail politique a été déposée devant l'Assemblée Nationale.

L'opinion publique française est donc certainement sensibilisée à cette question. Comment y réagit-elle? Incontestablement la thèse abolitionniste rencontre du succès et rallie des partisans de haute qualité, mais la masse qui applaudit les arguments des adversaires de la peine de mort est la même qui hier réclamait à grands cris la guillotine contre les affameurs puis contre les gangsters et contre les bourreaux d'enfants. C'est en effet sous la pression d'une opinion publique apeurée, à laquelle il n'a peut être pas eu raison de céder, que le législateur français contemporain a augmenté le nombre des crimes capitaux. Aussi bien les condamnations à mort sensiblement plus nombreuses dans les années récentes montrent-elles que les jurys répugnent parfois à un abandon de la peine de mort.

Pourtant l'exemple du droit comparé ne peut manquer d'impressionner le public aussi bien que les juristes. Tour à tour, la plupart des pays européens ont abandonné la peine de mort (5). En 1947 en Italie, en 1949 en République Fédérale allemande, à Monaco en 1962 c'est la constitution même qui réalise la réforme. L'exemple le plus spectaculaire est celui du Royaume Uni où après une première loi de 1957 réduisant très sensiblement le nombre des crimes capitaux, une nouvelle loi en 1965 décide l'abandon de la peine de mort (sauf pour trahison) pour une période expérimentale de 5 ans, susceptible de prorogation. Mais pourquoi faut-il

(1) Voir les exposés et les débats *Bull. Sc. Intern. Criminologie*, 1953, n.° 1-2; adde: *Cahiers du Droit*, 1953, n.° 27.

(2) *Le Figaro*, déc. 1953 — janvier 1954; *Table ronde Figaro*, 20 novembre 1959; *Lectures pour Tous* avril, 1958; *Faim et Soif*, mars-avril, 1962; *Informations Catholiques internationales*, 1958, p. 19; *Vie Catholique illustrée*, 1962, n.° 888; J. Imbert, *Combat*, 9 août 1962; W. d'Ormesson, *Figaro*, 27 juillet 1962. Ces derniers articles sont contemporains de l'exécution de membres de T.O. A. S. Adde: *Lecture pour tous*, Mars 1967

(3) *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, 1959; voir à ce propos: R. Legeais, «Une obsession d'Albert Camus, la peine de mort», *Ann. Fac. Dr. Poitiers*, 1963-1964, n.° 4-5.

(4) *Tu ne tueras pas*, Paris, 1959; *Pour ou Contre la peine de mort* (en collaboration avec le Bâtonnier Charpentier) Paris, 1967.

(5) Voir rapport Ancel au Conseil de l'Europe.

qu'au lendemain de cette loi une affaire dont l'horreur dépassait tout ce que l'on avait connu depuis un siècle ait été découverte et que les coupables aient été les premiers à bénéficier d'une réforme que l'opinion publique paraît avoir amèrement regrettée?

Le droit comparé montre d'ailleurs qu'une réforme prématurée peut amener de fâcheuses oscillations. La Nouvelle Zélande a aboli à nouveau en 1961 (*) la peine capitale déjà supprimée en 1941 puis rétablie en 1950. L'abolition décidée en U. R. S. S. en 1947 (2) a été progressivement abandonnée par la suite en 1949, 1954, 1958, et 1962 (3). En Allemagne, la controverse reste vive.

Dans ces conditions, ni l'état actuel de l'opinion publique, ni l'évolution du droit comparé ne permettent d'espérer une adhésion prochaine du droit criminel français au système abolitionniste. Il faut être réaliste: le législateur n'est pas seul maître de sa décision, il doit agir en fonction de circonstances sociologiques. La suppression de la peine de mort ne peut intervenir sans heurts qu'après une période de suppression de fait (analogue à la situation actuelle en Belgique); on a pu croire ce moment venu en France au début du siècle, malheureusement le Parlement a rejeté le projet déposé en ce sens(4) croyant se conformer au vœu des Cours d'Assises qui avaient réagi en multipliant les condamnations à mort (5). Aujourd'hui ce n'est pas au moment où s'accroît pareillement la sévérité des Cours d'Assises, où la peine capitale est instituée pour réprimer de nouveaux agissements de droit commun, de nouvelles infractions militaires, de nouvelles formes d'attentats à la sûreté extérieure de l'Etat, au moment enfin où, rompant avec une tradition plus que séculaire, on vient de rétablir la peine de mort pour les attentats à la sûreté intérieure de l'Etat, que l'on peut espérer un brusque renversement de la vapeur.

Il est tout d'abord évident que l'heure n'est pas venue de renoncer à la peine de mort pour tout ce qui concerne la défense nationale et la sécurité du territoire. De nombreux pays abolitionnistes eux mêmes s'arrêtent à cette limite et les auteurs, très généralement, les approuvent (6).

C¹) Voir Thomson, *Rev. Sc. Crimi.*, 1962, p. 82.

(2) *Rev. Sc. Crim.*, 1948, p. 456.

(3) *Rev. Sc. Crim.*, 1954, p. 408; Bouzat et Pinatel, *op.cit.*, I, n.° 374.

(4) 8 décembre 1908, *Rev. pénit.* 1909, p. 122 etss.

(5) 64 pour les huit premiers mois e 1907 au lieu de 15 en 1903 et 16 en 1904.

(6) Graven, *Mélanges Donnedieu de Vabres*, p. 248; R. P. Vernet, *Etudes*, 1962, p. 208; Comp. Vouin et Léauté, *op. cit.*, p. 552.

Il n'est peut être pas trop tard, par contre, pour essayer de rétablir l'abolition de la peine de mort en matière politique. En effet, le grand scandale en matière d'insurrection c'est que le conjuré qui réussit à renverser le régime est assuré non seulement de l'impunité mais aussi de la gloire, et peut être du pouvoir. Or il est très gênant pour l'esprit qu'un acte puisse être digne de louange s'il réussit et d'exécration s'il échoue; une telle alternative n'est évidemment pas conforme à l'idée de justice, mais il est sans exemple qu'un régime nouveau ait fait poursuivre ceux qui avaient favorisé son accession par des actes illégaux, fussent-ils violents. Si le soulèvement a échoué, les condamnés à la privation de liberté ont la ressource d'attendre une amnistie qui rendra aux vaincus l'honneur avec la liberté, et qui parera le vainqueur du prestige de la générosité; malheureusement, au moment où la crise était à son point maximum, le régime attaqué a dû, pour survivre, frapper fort, et l'amnistie ne fait pas revivre les fusillés. L'abolition de la peine de mort éviterait des inégalités aussi choquantes qu'irréremédiables.

Reste le cas des infractions de droit commun. Il peut paraître assez étonnant, lorsqu'on admet si aisément l'application de la peine de mort en matière de sûreté de l'Etat et de défense nationale, supprimant ainsi par une mort «honorable» (fusillade) des gens dont on apprécie le courage et les risques qu'ils ont su prendre, que l'on hésite à infliger une mort, ignominieuse il est vrai, à des condamnés pour qui on a beaucoup moins d'estime. Mais la dignité est inhérente à toute personne humaine et ce serait un progrès certain que de pouvoir successivement abolir la peine de mort en matière purement politique puis en matière de criminalité de droit commun. Nous allons examiner les divers moyens qui pourraient permettre d'y parvenir en droit français.

A — *La révision des pénalités*

Il conviendrait tout d'abord de s'interroger sur le point de savoir si tous les crimes capitaux actuels doivent être maintenus tels, et si la réclusion criminelle à perpétuité ne pourrait pas être considérée, à leur égard comme une limite maximale qu'il n'est pas nécessaire de franchir. La révision de l'article 56 c. pén. en 1960, qui a fait disparaître la peine de mort en cas de récidive de peines perpétuelles, constitue un exemple à retenir. Il pourrait être étendu aux divers cas d'«escalade», y compris certaines des circonstances aggravantes du meurtre, (concomitance avec un autre crime, surtout s'il ne s'agit pas d'un autre meurtre; connexité

avec un délit) et dans les cas où la peine de mort résulte d'une certaine peur des pouvoirs publics devant leur impuissance (incendie ou dépôt d'explosifs sur la voie publique n'ayant pas entraîné mort d'homme). On commencerait ainsi la «désescalade». Notons qu'un tel mouvement avait déjà été amorcé par la réforme de 1832.

Mais cela ne paraît pas possible, en l'état actuel de notre opinion publique et de nos moeurs, en ce qui concerne les crimes «inexpiables». Même en ce qui concerne les autres, l'opération serait sans doute facilitée si, au lieu de la réclusion criminelle à perpétuité était prévue une «peine de remplacement» que l'on pourrait considérer comme plus sévère et plus intimidante.

B — *La recherche d'une peine de remplacement*

C'est pourquoi le problème de la peine de remplacement, d'un «châtiment suprême», ne se pose pas seulement dans les pays qui ont aboli la peine de mort pour la criminalité de droit commun ^(x), mais également dans ceux qui envisagent de l'abolir progressivement.

Il est difficile en effet de penser que le remplacement par la peine du degré inférieur (réclusion criminelle à perpétuité, détention criminelle à perpétuité en matière politique) puisse être considéré comme suffisant, au moins Hans un certain nombre de cas (notamment celui des crimes inexpiables). Il est remarquable que l'abolition de la peine de mort en matière politique par la constitution de 1848 avait été suivie de l'établissement d'une peine de remplacement, réalisant une certaine aggravation par rapport à la peine autrefois inférieure (déportation «dans une enceinte fortifiée»). Diverses solutions ont été envisagées (nous laisserons de côté les suggestions qui, tout en maintenant la peine de mort, se bornent à modifier son exécution dans un sens d'euthanasie).

1.° Il n'y a pas lieu de retenir la peine de la castration. Ce remplacement, proposé au début du XX^e siècle ⁽²⁾, doit être rejeté, en dépit du développement que la castration et la stérilisation ont pris dans certains pays⁽³⁾, comme constituant une atteinte à la dignité humaine qui ne le cède en rien à la peine de mort. En France, où la peine de mort est largement admise, on s'est toujours élevé contre la castration et la stérilisation ⁽⁴⁾.

C¹) Cf. rapports Ancel au Conseil de l'Europe (p. 36) et au Conseil Economique et Social de TO. N. U. (p. 28).

(2) Servier, *Arch. anthr. crim.*, 1901, p. 129.

(8) Bouzat et Pinatel, *op. cit.*, I, n.° 353 bis, III, n.° 352.

(4) Bouzat, *Rev. intern. dr. pén.*, 1936, p. 38 et ss.

2. °) Nous laisserons également de côté la proposition du Dr. Kervonian⁽¹⁾ qui laisserait au condamné à mort la possibilité d'échapper à l'exécution en se prêtant à des expérimentations de recherche médicale in vivo sur la personne humaine. La pratique de telles expérimentations sur des condamnés consentants existe aux Etats Unis, mais elle a toujours été repoussée en France, en particulier depuis qu'a été révélée la cruauté avec laquelle les médecins nazis s'étaient livrés à des expériences hasardeuses sur les juifs et sur les déportés. L'opinion juridique et l'opinion médicale concordent entièrement sur ce point ⁽²⁾.

3. °) On en revient alors, quasi fatalement, à la privation de liberté ⁽³⁾. A l'exception du Portugal, qui a supprimé non seulement la peine de mort mais également les peines privatives de liberté perpétuelles, la plupart des Etats ont remplacé la peine de mort par une sorte de réclusion perpétuelle. Malheureusement une large partie de l'opinion française exige le maintien d'une peine véritablement éliminatrice; or, par une conséquence paradoxale de l'humanisation pénitentiaire, la peine perpétuelle n'apparaît plus éliminatrice en France depuis qu'elle peut bénéficier elle aussi, sans mesure de grâce préalable, de la libération conditionnelle[^]).

C'est ce qui a amené certains auteurs adversaires de la peine de mort, à proposer un «châtiment suprême» vraiment éliminateur insusceptible de grâce, d'amnistie, de libération conditionnelle, etc... ⁽⁵⁾ mais tout au plus d'un certain degré d'adoucissement progressif pour bonne conduite, ne débouchant jamais sur la libération ⁽⁶⁾.

Nous n'hésitons pas à voir dans un tel système un remède pire que le mal⁽⁷⁾. Il procède du même esprit que celui qui inspirait Beccaria, lequel, pour convaincre ses contemporains de la possibilité d'abolir la peine de mort (encore admettait-il quelques exceptions) leur représentait, dans un style lyrique, à quel point l'emprisonnement perpétuel serait une peine

⁽¹⁾ *Médical research and the death penalty ; a dialogue** Washington* 1960 (compte rendu dans *Rev. Sc. Crim.*, 1962* p. 831).

⁽²⁾ Voir notamment *Cahiers Laënnec** 1952, n.° I et n.° 2; voir également I.° et 2.° *Congrès de Morale Médicale** Paris, 1956 et 1966.

⁽³⁾ *A n c e l ** rapports précités* *loc. cit.*

⁽⁴⁾ Sur cette réaction* cf. *B o u z a t et P i n a t e l ** *op. cit.*, I* n.° 378* p. 345.

⁽⁵⁾ Tel est l'avis du doyen *R i c h a r d* (*op. cit.*), et celui du *R. P. V e r n e t ** *op. cit.*, p. 200 note 3.

⁽⁶⁾ *R. P. V e r n e t ** *loc. cit.* La pensée de ce dernier a cependant évolué quelque peu récemment; cf. son article *Rev. Sc. Crim.*, 1966* p. 579.

⁽⁷⁾ En ce sens également: *V o u i n ** *Rev. Sc. Crim.*, 1966* p. 571.

infiniment plus pénible et plus intimidante! Ceux qui citent de confiance Beccaria semblent n'avoir pas lu ce passage. L'expérience pénitentiaire a démontré que la peine strictement perpétuelle était pratiquement impossible et inhumaine et c'est l'honneur du droit répressif moderne que d'y avoir renoncé en fait quand il n'y a pas eu encore renonciation en droit. Afin de rechercher si la perpétuité de la peine de remplacement était funeste, le R. P. Vernet s'est livré à une enquête approfondie dans les principaux pays européens (*). Force lui a été de constater un nombre particulièrement élevé de suicides et de cas d'aliénation mentale.

Tout au plus peut-on envisager que la réclusion criminelle à perpétuité admise en remplacement de la peine de mort, tout en restant soumise au régime de droit commun en ce qui concerne la grâce et la libération conditionnelle, pourrait comporter une aggravation de son régime d'exécution surtout au stade initial (2).

Mais le moyen le plus sûr d'avancer dans la voie de l'abolition progressive de la peine capitale en France nous paraît être de s'orienter sans tarder vers certaines solutions transactionnelles.

C — *Les solutions transactionnelles possibles*

1) L'abolition transitoire et expérimentale. C'est le procédé auquel a recouru la Grande Bretagne et il a été recommandé pour la France par certains auteurs, comme le meilleur moyen de vérifier à l'usage quelle est exactement l'influence de l'abolition sur le mouvement de la criminalité, quitte à en tirer ensuite les conséquences. Nous pensons qu'il ne peut avoir d'efficacité que s'il intervient au cours d'une période où les condamnations à mort se font rares (ce qui n'est pas le cas en France à l'heure actuelle) et où les exécutions deviennent exceptionnelles (ce qui a toujours dépendu de la personnalité du chef de l'Etat).

Un autre inconvénient de ce système c'est que l'expérience risque d'être irrémédiablement compromise par la survenance, pendant ce délai, de quelques crimes, peut-être peu nombreux mais atroces, comme cela s'est précisément produit en Angleterre avec les «criminels de la lande». Laisser la possibilité de prononcer et même d'exécuter la peine de mort

C¹) *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 579 et ss.

(*) Par exemple: durée d'incarcération cellulaire initiale de 5 ans, délais plus longs pour le franchissement des diverses étapes du régime progressif, privation de certains avantages, etc.

dans certains cas tout à fait exceptionnels, tout en la supprimant en pratique, nous paraît être, en l'état présent de nos moeurs, une des données fondamentales du problème qui est à résoudre. Certes, c'est la solution à laquelle conduit actuellement le système belge (où la peine de mort reste inscrite dans la loi et éventuellement prononcée, mais jamais exécutée car la grâce n'a jamais risqué de soulever l'émotion populaire), mais il serait souhaitable d'y parvenir par une organisation juridique plus précise. C'est en ce sens que sont orientées les deux autres propositions qui ont été avancées récemment.

2) La plus récente émane de notre collègue Vouin ^(*). Elle s'inspire de la législation relative aux mineurs délinquants, pour lesquels l'ordonnance du 2 février 1945 a posé en principe (art. 2 al. 1) que les juridictions compétentes ne prononceront que «les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui paraîtront appropriées» (mesures que l'ordonnance précise dans ses articles 10, 15, 16, 19 et 20 al. final). Cependant l'art. 2 al. 2 de l'ordonnance déclare que ces juridictions «pourront, lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant leur paraîtront l'exiger, prononcer à l'égard du mineur âgé de plus de 13 ans une condamnation pénale» (atténuée éventuellement par l'excuse de minorité)

Mr. Vouin propose de même de supprimer en principe la peine de mort, mais en assortissant cette suppression d'une clause de sauvegarde prévoyant qu'elle pourrait cependant être prononcée par les tribunaux «lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant leur paraîtront l'exiger» ⁽²⁾. «Cette solution, estime-t-il, aurait l'avantage de supprimer certaines distinctions qui ne s'imposent pas et de poser nettement aux Cours d'Assises, qui se trouveraient ainsi en état de consultation permanente, la question de l'abolition de la peine de mort».

Il reconnaît cependant qu'elle aurait l'inconvénient d'aggraver juridiquement la répression, «dans la mesure où elle ferait encourir la peine de mort à des meurtriers contre lesquels le code ne la prévoit pas actuellement». Cet «inconvénient» nous paraît constituer un obstacle capital à l'adoption d'un tel système; celui-ci ne pourrait être admis, à notre sens, que s'il se limitait aux cas où les textes actuels autorisent déjà la peine de mort. Multiplier le nombre des cas où la peine de mort sera encourue (encore espérons nous que M. Vouin n'envisage que les atteintes volontaires à la vie humaine et ne généralise pas cette possibilité à toutes les infractions) nous paraît un singulier moyen de parvenir à l'abolition de cette peine! ^{*(*)}

C¹) «L'article de la mort», *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 559.

(*) *Ibidem*, p. 577.

Même limité aux crimes capitaux existant actuellement, nous ne pensons pas que ce système ferait baisser le nombre des condamnations à mort; il ne faut pas, pour mettre les Cours d'Assises «en état de consultation permanente» sur ce problème, leur donner le droit de prononcer la peine de mort «lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant leur paraîtront l'exiger»; c'est faire bon marché à la fois du principe de la légalité de la répression sainement entendu (*), et de l'aspiration indubitable des esprits éclairés à la suppression de la peine capitale; c'est faire trop de confiance aussi à la pondération et à la compétence technique des Cours d'Assises.

Si les Cours d'Assises prononcent aujourd'hui la peine de mort, alors qu'elles peuvent l'écartier en accordant les circonstances atténuantes, c'est bien parce que les circonstances et la personnalité de l'accusé leur paraissent l'exiger, et il ne servira à rien de poser une question supplémentaire (2), surtout si cette question est soumise aux mêmes conditions de majorité que les autres.

3) C'est sur ce dernier point qu'il importe, à notre sens, d'agir si l'on veut progresser dans la voie de l'abolition de fait de la peine de mort, conduisant progressivement à son abolition légale (3). La code de procédure pénale mis en vigueur le 2 mars 1959 a décidé que les réponses données par la Cour d'Assises aux questions qui lui sont posées, ne pourraient être défavorables à l'accusé que si elles réunissent au moins 8 voix sur 12 (4); innovant complètement sur ce point, il a étendu cette règle à la question sur l'existence des circonstances atténuantes, de sorte qu'un scrutin donnant 7 voix contre les circonstances atténuantes et 5 voix pour, emporte l'octroi de celles-ci (art. 359 c. proc. pén.).

Nous proposons d'étendre encore cette exigence d'une majorité renforcée et d'exiger tout simplement que, dans toutes les affaires où l'accusé encourt la peine capitale, le bénéfice des circonstances atténuantes ne puisse lui être refusé qu'à l'unanimité des voix. C'est alors que chacun des 12 membres de la Cour d'Assises (3 magistrats et 9 jurés) se trouvera en

C1) Les mineurs n'ignorent pas qu'ils s'exposent aux peines de majeurs s'ils ont plus de 16 ans, et n'encourent en aucun cas une peine plus forte que s'ils eussent été majeurs; au contraire le criminel se trouverait exposé à une peine qui n'est pas inscrite dans la loi pour les mêmes agissements accomplis par un autre que lui-même.

(2) Comp. pour les mineurs, l'art. 20 al. 11 de l'Ord. 2 février 1945.

(3) Voir nos observations *Rev. Sc. Crim.*, 1964, p. 797 et 1966, p. 7; comp. commentaire *Vo u i n*, *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 560, n.° 2 et 576, n.° 20.

(4) Sur l'évolution de la majorité nécessaire pour la réponse aux questions posées à la Cour d'Assises, cf. *G. L e v a s s e u r*, *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 4 et ss., n.° IV.

«consultation permanente» et singulière sur le problème de la peine de mort. Chacun des membres de cette juridiction saura en effet qu'il tient entre ses mains la vie de cet accusé dont il a croisé le regard, qu'il suffit de sa voix pour le sauver de l'échafaud. A cette interpellation solennelle dont il pourra mesurer tout la portée, il devra répondre «en son âme et conscience, devant Dieu et devant les hommes».

Personne ne mettra en doute que cette exigence éliminerait dans la quasi totalité des cas les sentences de mort et aboutirait pratiquement à une abolition de fait. Cependant la peine capitale continuant à être inscrite dans la loi, on peut penser qu'au cas où la Cour serait saisie de faits d'une grande atrocité (tels que ceux qui ont été jugés en 1966 en Grande Bretagne), il ne serait nullement impossible de réunir l'unanimité des voix pour refuser toute circonstance atténuante. Même si une telle réforme ne pouvait obtenir la majorité au Parlement qu'en se contentant de 11 voix sur 12 pour un tel refus, il vaudrait encore la peine, à notre sens, de faire cette concession à un législateur qui redoute de trahir son devoir de protection de la société.

Cette proposition ne réaliserait pas une innovation. Nous avons signalé ailleurs ⁽⁴⁾ que la loi n.° 107 de 1962 promulguée en République Arabe Unie⁽²⁾ exigeait désormais l'unanimité des membres de la Cour d'Assises pour prononcer une condamnation à mort. Déjà, lorsque les Etats du Commonwealth établirent en 1945 des tribunaux militaires d'occupation en Allemagne (notamment pour juger les crimes de guerre), les lois promulguées à cette occasion posèrent des exigences particulières pour la condamnation à mort; unanimité si le tribunal ne comprenait que 3 membres, deux tiers des voix si le nombre des membres était plus élevé (donc 4 sur 5 ou 6, 5 sur 7, 6 sur 8 ou 9, etc...) ⁽³⁾.

Quoique notre excellent collègue Vouin ait mis en doute qu'un «artifice de procédure» soit susceptible d'éliminer le problème de la peine de mort ⁽⁴⁾, nous persistons à penser que cette suggestion, tout en restant dans le domaine des réformes actuellement réalisables, est la seule qui

C¹) «Un problème d'application de la loi pénale dans le temps», *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 1.

(2) Sur l'application de cette loi, voir *Ahmed Fathi Sour*, *Rev. Sc. Crim.* > 1966, p. 821.

(3) Voir notamment: loi britannique du 14 juin 1945 (*War Crimes Trials Law Reports*, I, p. 105); loi canadienne du 30 juin 1945 (*ibidem*, IV, p. 125); loi australienne du 11 octobre 1945 (*ibidem*, V, p. 94).

(4) *Rev. Sc. Crim.*, 1966, p. 560, n.° 2, in fine.

puisse engager irrévocablement le droit français dans la voie de l'abolition de la peine capitale, en commençant par les infractions de droit commun (rien n'interdirait d'ailleurs d'étendre cette règle aux juridictions militaires, à la Cour de Sûreté de l'Etat, etc... chaque fois que la peine de mort est encourue).

Nous persistons donc à proposer de déclencher ce mouvement en proposant d'ajouter à l'article 359 du Code de procédure pénale l'alinéa suivant: «Toutefois si l'accusé a été reconnu coupable d'un crime emportant la peine capitale, les circonstances atténuantes ne peuvent être refusées qu'à l'unanimité des voix»^(x).

(1) En conséquence l'article 360 devrait être ainsi libellé: «Sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 du précédent article, la déclaration, lorsqu'elle est affirmative, constate que la majorité de 8 voix au moins a été acquise sans que le montant des voix puisse être autrement exprimé*.

Si l'on s'arrêtait à une mesure moins radicale que celle qui est proposée il faudrait rédiger ainsi l'article 359, al. 2: ...ne peuvent être refusées que par 11 voix au moins*.

(Página deixada propositadamente em branco)

LA PEINE DE MORT EN BELGIQUE

P. Cornil

LE SYSTEME COMMUNICATOIRE, ÉPREUVE TRANSITOIRE OU SOLUTION PERMANENTE

Tandis que le Portugal célèbre, en 1967, le centenaire de l'abolition légale de la peine de mort, les Pays-Bas s'appêtent à faire de même en 1970. Ces deux pays démontrent, par une expérience particulièrement longue, la possibilité de renoncer à cette sanction extrême sans compromettre l'ordre public.

Parallèlement, la Belgique connaît, depuis 1863, une tradition constante d'abolition de fait de la peine capitale en matière de crimes de droit commun. La peine de mort a pourtant été inscrite dans le code pénal belge de 1867. Elle est prononcée de temps à autre par une cour d'assises, mais elle est systématiquement commuée en une peine privative de liberté.

Je me propose de commenter l'application de cette méthode en Belgique et d'en dégager les traits principaux. Cette analyse présente un intérêt particulier de nos jours, alors que les pays qui ont conservé la peine capitale en font un usage de plus en plus réduit, sans pourtant se décider à franchir le pas de l'abolition légale. Ils se rapprochent ainsi graduellement de la solution coutumière belge dont il importe d'examiner les aspects positifs et les inconvénients.

Faut-il souscrire à l'appréciation du professeur François Clerc, qui écrivait il y a quinze ans: «et l'on peut se demander si, finalement, ce ne

sont pas les Belges qui se montrent les plus sages, en maintenant la peine de mort dans le code pénal, quitte à ne pas l'exécuter en temps normal» i¹⁾).

★

★ ★

Lors de l'élaboration du Code Pénal belge de 1867, le professeur Haus se montrait partisan de la peine de mort, tout en espérant son abolition progressive. Son rapport, publié dans les travaux préparatoires du Code, avait été rédigé en 1849 (2). En 1867, l'année de la promulgation du Code, Haus publiait un ouvrage sur la peine de mort dont les conclusions sont plus précises. Commentant l'expérience de grâce systématique des condamnés à mort commencée en 1863, il écrivait: «La justice est momentanément dépouillée de son glaive, et cependant la Belgique ne tremble point pour son existence. Que l'on continue donc l'essai commencé; que les exécutions restent suspendues pendant dix ans au moins et vingt ans au plus; que l'on interroge consciencieusement les faits qui se produiront dans l'intervalle, et que la controverse soit définitivement décidée d'après le résultat de l'expérience» (3). Un siècle s'est écoulé depuis que Haus écrivait ces lignes et l'expérience se poursuit toujours sans que le législateur se décide à tirer la conclusion qui s'en dégage.

★

★ ★

Un mot d'abord sur les deux exceptions qui ont été faites à la coutume de la commutation. Toutes deux se rapportent à une période de guerre: la première, en matière de crimes de droit commun, la seconde, de crimes contre la sûreté de l'Etat.

La première exception a eu lieu vers la fin de la première guerre mondiale. Le 26 mars 1918, l'exécuteur des hautes oeuvres français, M. Deibler, s'est rendu à Fômes, petite ville de cette partie des Flandres qui n'avait pas été occupée par les forces allemandes et où l'armée belge leur faisait face. A la demande du gouvernement belge, M. Deibler prêta ses bons offices pour exécuter le sous-officier Ferfaille, condamné à mort

C¹⁾ F. Cl e r c , *A propos de la peine de mon*, Delachaux et Niestlé, 1952.

(2) V. N y p e l s , *Législation criminelle de la Belgique*, tome I, 1867, p. 35, note 3.

(3) J. J. H a u s , *La peine de mort*, Gand 1867, p. 166.

le 14 janvier 1918 par le conseil de guerre de la troisième division d'armée, du chef d'assassinat d'une jeune femme.

Le jugement avait été confirmé par la cour militaire le 29 janvier. Les circonstances atroces de l'assassinat de la victime, qui était enceinte et se considérait comme la fiancée du meurtrier, le cynisme du condamné, et aussi le fait qu'un autre crime abominable, commis peu auparavant dans la région, était demeuré impuni, motivèrent le rejet du recours en grâce, sur la proposition du Ministre de la Justice Carton de Wiart.

Bien que les rapports rédigés au sujet du recours en grâce n'en fassent pas mention, je suis persuadé qu'un élément important de la décision exceptionnelle de rejet fut l'alternative devant laquelle les autorités étaient placées: une grâce aurait eu pour conséquence l'envoi du condamné en prison, quelque part en France, tandis que ses compagnons d'armes demeureraient exposés, au front, à un danger constant. Dès lors, l'exécution s'imposait. Elle eut lieu à six heures du matin, dans la cour de la prison dont la porte cochère avait été largement ouverte. Un public assez restreint assista à l'exécution. Ces détails sont extraits du rapport adressé par l'auditeur général au Ministre de la Justice. Il ajoute cette précision qui évoque l'atmosphère de guerre: «Pendant le peu de temps qu'a duré l'exécution, cinq ou six obus sont tombés sur la ville».

Cet épisode judiciaire a été relaté par Maurice Dullaert, directeur général du service de la Législation au Ministère de la Justice, qui avait rendu visite au condamné dans sa cellule (*).

Une seconde dérogation à la coutume de la commutation de la peine de mort se place au lendemain de la deuxième guerre mondiale. Elle a pris des proportions considérables: de novembre 1944 au mois d'août 1950, 242 condamnés (dont 4 femmes) du chef de crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat ont été exécutés. En vertu d'un arrêté-loi du 14 septembre 1918, ces exécutions eurent lieu par fusillade (2).

Un nombre beaucoup plus élevé de collaborateurs avec l'ennemi avaient été condamnés à mort contradictoirement ou par défaut (près de 3 000), et seuls les auteurs des faits considérés comme les plus graves furent exécutés. Ces exécutions ont répondu au sentiment profond d'une partie importante de la population belge qui avait été témoin ou victime de ces crimes commis sous l'occupation. ⁱ

O) V. M. Dullaert, «La guillotine à Fumes», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1926, pp. 300-302.

(2) V. J. Gillissen, «Étude statistique sur la répression de l'incivisme», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1950-1951, pp. 513 et suivantes.

Cependant, ce sentiment s'atténua graduellement et, vers 1950, on décida de renoncer en principe aux exécutions. Pourtant, un certain nombre de condamnés à mort qui attendaient la décision finale avaient commis des crimes comparables à ceux commis par des condamnés déjà exécutés. En pareil cas, la grâce fut accordée par des arrêtés spécialement motivés. Il y était précisé que la commutation de la peine n'était décidée qu'en raison de l'écoulement du temps depuis la perpétration du crime. Cette motivation avait notamment pour but de déconseiller une libération anticipée trop rapide.

Cette importante dérogation au principe de non exécution des peines de mort m'a permis de faire une expérience fort simple sur l'effet psychologique de ces nombreuses exécutions. Depuis 1950, j'interroge de temps à autre des personnes qui avaient atteint l'âge adulte avant la période de ces exécutions et je leur demande ce qu'ils en ont retenu. Je m'adresse, cela va de soi, à des personnes qui n'ont pas été impliquées professionnellement dans ces procédures judiciaires. Le résultat est surprenant: fort peu ont conservé un souvenir même approximatif du nombre de ces exécutions qui avaient pourtant été relatées largement par la presse et par la radio. L'expérience est plus décevante encore lorsque je m'adresse à des étudiants, trop jeunes pour avoir de ces événements un souvenir direct. Ils n'en ont que rarement recueilli des échos plus ou moins exacts. Si la valeur positive d'une exécution capitale réside avant tout dans son pouvoir d'intimidation, je suis amené à en conclure que cet effet est très fugace.

Cependant, sur le plan des principes, cette dérogation massive à la règle de non exécution se justifie, à mon sens, par des arguments valables. Il s'agissait de crimes graves, commis au cours d'une guerre et qui étaient motivés par l'état de guerre. Il était donc logique de frapper de la peine capitale les auteurs d'actes criminels perpétrés dans cette situation exceptionnelle, où le fait de tuer son prochain est légitime, pourvu que les coutumes de la guerre soient observées. En pareil cas, la peine de mort peut être considérée comme un corollaire logique d'une situation juridique à laquelle nos sociétés modernes n'ont pas encore été capables de renoncer.

Hormis ces exceptions, motivées toutes deux par un état de guerre, les criminels de droit commun condamnés à la peine de mort bénéficient systématiquement, depuis 1863, d'une commutation en une peine perpétuelle. Leur nombre est peu élevé: au 30 juin 1967, les prisons belges contenaient 42 hommes et une femme appartenant à cette catégorie de condamnés à mort grâciés. Certains partisans de la peine capitale invoquent à l'appui de leur thèse la charge financière que représente l'entretien des condamnés grâciés pendant une période prolongée. Au sein d'une population péni-

tentaire de 6 000 détenus, l'entretien de ce groupe de 43 condamnés à mort grâciés ne représente pas un montant suffisant pour donner du poids à cet argument.

*
* *

De temps à autre, une affaire criminelle spécialement retentissante suscite quelque remous et provoque des mouvements plus ou moins profonds en faveur d'une exécution. On ne demande pas la remise en vigueur systématique de la peine capitale, mais on estime qu'une dérogation individuelle doit être faite à la règle coutumière en raison de la gravité ou de l'atrocité d'un crime.

L'exemple le plus connu et souvent cité est celui du nommé N., chef d'une bande de «chauffeurs» qui, au lendemain de la guerre 1914/1918, terrorisaient les fermiers, notamment en leur brûlant les pieds, afin de les contraindre à révéler la cachette de l'argent qu'ils détenaient chez eux. Ce mode spécial de criminalité, qui avait existé autrefois dans nos régions, s'était manifesté dans diverses provinces en 1918 et 1919 et, dans l'affaire N., jugée par la Cour d'Assises du Brabant le 31 décembre 1919, le procureur général de Bruxelles motiva longuement une proposition de ne pas commuer la peine de mort du principal coupable: «en ces temps troublés, en présence de la réitération presque quotidienne de crimes de l'espèce, il faut une justice inexorable et exemplaire, il faut une justice exceptionnelle adaptée aux circonstances».

Cette proposition fut soutenue par M. Dullaert qui fit allusion à l'exécution de Fûmes et qui considérait la peine de mort comme «la menace suprême pour les crimes d'une exceptionnelle gravité». Les avis des fonctionnaires qui examinèrent le rapport du procureur général de Bruxelles étaient partagés. Cependant, le Ministre de la Justice, Emile Vandervelde, n'hésita pas et mit fin à la discussion par une décision de principe: «Je suis un adversaire inflexible de la peine de mort. Aussi longtemps que je serai ministre, aucune exécution capitale n'aura lieu».

N. fut donc grâcié. Dans les semaines qui suivirent, la série des crimes de «chauffeurs» prit fin. Il est malaisé d'expliquer la raison de ce brusque changement, mais il est vraisemblable que le retour à des conditions de vie plus normales, le placement en banque de l'argent que les fermiers conservaient chez eux pendant la guerre, et aussi la condamnation à des peines sévères des membres de la bande N. ont contribué à produire cette évolution. Cependant, il n'est pas douteux que si N. avait été exécuté, suivant la suggestion du procureur général de Bruxelles, on aurait attribué à cette

exécution un effet radical d'intimidation et les partisans de la peine de mort en auraient tiré argument pour faire renoncer à la coutume de la commutation systématique (x).

D'autres affaires criminelles, moins retentissantes, font de temps à autre revivre la controverse sur la nécessité d'une exécution capitale dans un cas particulièrement grave. Je pourrais évoquer, pour illustrer ces épisodes, deux procès criminels dont l'un fut jugé en 1956 et l'autre en 1963. Ces crimes sont cependant trop proches, leurs auteurs sont encore détenus et je dois donc me borner à une observation très générale au sujet de cette catégorie de criminels, condamnés à mort du chef d'infractions spécialement atroces ou répétées.

Le maintien de la règle de commutation malgré l'atrocité du crime se justifie par la considération primordiale du respect de la vie humaine. Ce n'est pas le degré de culpabilité du criminel qui doit être apprécié, mais bien l'inutilité d'appliquer une peine capitale alors que la communauté peut être protégée par une détention prolongée, sinon perpétuelle.

★
★ ★

Mais s'il en est ainsi, il faut se demander si le moment n'est pas venu de tirer la conclusion de cette expérience en décidant l'abolition légale de la peine de mort, tout au moins à l'égard des criminels de droit commun.

Edouard Ducpétiaux, qui allait devenir quelques années plus tard le réformateur des prisons du jeune Royaume de Belgique, avait consacré sa première oeuvre à la question de la peine de mort⁽²⁾. L'auteur avait à ce moment 23 ans et achevait ses études universitaires. Il plaida avec une fougue juvénile en faveur de l'abolition de cette peine. Le chapitre VIII de ce volume, intitulé «Du châtement propre à remplacer la peine de mort» est la version française de la thèse que Ducpétiaux défendit en langue latine à l'Université de Gand le 14 juillet 1827, pour l'obtention du titre de «Docteur en droit Romain et Moderne» ⁽³⁾.

C¹) V. H. Speyer, «The Death penalty in Belgium — The Roy Calvert Memorial Lecture — National Council for the abolition of the death penalty, London 1936; *Report of the Royal Commission on Capital Punishment*, 1953, p. 339, n.° 22.

(2) E. Ducpétiaux, *De la peine de mort*, Bruxelles, 1827.

(3) V. E. Rubbens, *Edouard Ducpétiaux*, tome I, pp. 27-28, Bruxelles, Dewit, 1922.

Ce premier volume de Ducpétiaux révèle un talent naissant, mais l'enthousiasme et la conviction y suppléent parfois à l'expérience. Un chapitre est cependant susceptible de servir de point de départ à notre analyse de la valeur de la solution coutumière belge de commutation systématique. Il s'intitule: «De la peine de mort considérée comme moyen purement comminatoire et du droit de grâce par rapport à cette peine» ⁽¹⁾. Ducpétiaux entend par système comminatoire «celui qui admet que la possibilité des peines est nécessaire, bien que leur infliction ne le soit jamais, ou presque jamais» ⁽²⁾.

On admet communément que la valeur éventuelle de la peine de mort résulte en grande partie de son caractère inexorable. Pourtant, Ducpétiaux relève l'évolution législative qui laisse de plus en plus de latitude dans l'application des sanctions. La loi renonce au caractère obligatoire de la peine et elle donne au juge un pouvoir discrétionnaire croissant, lui permettant de statuer à l'intérieur de limites de plus en plus imprécises. Cette tendance n'a cessé de s'accroître depuis l'époque de Ducpétiaux. Cet auteur serait bien surpris, s'il revenait parmi nous, de constater par exemple que la loi pénale belge permet, depuis 1964, de condamner à une peine de trois ans de prison avec sursis l'accusé reconnu coupable par une cour d'assises d'un assassinat punissable de la peine de mort. Le jeu des circonstances atténuantes (art. 80 du C. P.) et l'extension récente du sursis (art. 8 de la loi du 29 juin 1964) ont rendu possible cette solution extrême. Cette tendance est générale. Elle dépasse largement le domaine de la peine de mort, car elle se manifeste à tous les niveaux de la répression pénale. On doit y voir un progrès de nos institutions, permettant d'adapter plus efficacement la sanction aux cas individuels. Mais il faut admettre que cette flexibilité de la peine se concilie mal avec les sanctions purement intimidantes telles que la peine de mort.

Les inconvénients de ces modifications de la peine appliquée par rapport à la disposition légale originale, prennent un caractère plus aigu si la décision judiciaire prononcée est commuée systématiquement par la grâce. Le pouvoir discrétionnaire attribué au souverain change de signification lorsqu'il corrige systématiquement une législation jugée excessive. Voici en quels termes Ducpétiaux déplore cet abus du droit de grâce: «originellement institué pour prévenir l'erreur et l'injustice, le joindre à chaque sentence provoquée par une loi atroce et inexécutable, n'est-ce pas à la fois lui enlever son plus noble caractère et le rendre en

⁽¹⁾ Chapitre VII, pp. 171-187.

⁽²⁾ P. 174, note 1.

quelque sorte l'instrument de la réprobation de la sanction pénale qu'il modifie» ? (1).

Un autre effet, plus regrettable encore, de cette réformation systématique des arrêts de justice est de diminuer l'autorité du juge et de l'organisation répressive en général. Ducpétiaux a cherché à décrire l'état d'esprit du condamné soumis à ce système: «Méprisant donc le fantôme dont on le menace, il se familiarise avec son idée; l'appareil imposant de la justice n'est plus pour lui qu'une comédie, qui l'intéresse d'autant moins qu'il en connaît le dénouement) (2). Et le juge lui-même n'ignore pas que sa sentence de mort ne sera pas exécutée. Il y a quelques années, le président d'une cour d'assises des Flandres, après avoir donné lecture de son arrêt condamnant un jeune parricide à la peine capitale, poursuivait sans désespérer en exhortant le condamné à s'amender pendant sa détention. La peine de mort qu'il venait de prononcer était donc une simple formalité.

A ce moment, il faut se souvenir de la remarque d'Enrico Ferri, qui comparait la peine de mort non appliquée à ces épouvantails qu'on met dans les champs pour effrayer les oiseaux. «Comment voulez-vous donc que les malfaiteurs aient peur d'un article du code, s'ils voient qu'en réalité le bourreau ne l'applique jamais ?» (3).

Ducpétiaux écrivait déjà en 1827: «si elle (la peine de mort) n'est jamais infligée, il est absurde de supposer qu'elle puisse influencer la détermination du malfaiteur (pp. 184/185). Près d'un siècle plus tard, M. Dullaert argumente d'une façon analogue pour critiquer la méthode de commutation systématique de la peine capitale: «il faut que le criminel qui prémédite un crime punissable de la peine de mort ne puisse pas avec certitude compter, en cas de condamnation, sauver sa tête par l'effet d'une commutation de la peine promise en quelque sorte d'avance (4). En d'autres termes, il faudrait, tout en maintenant le principe de la commutation des peines capitales, faire de temps à autre une exception lorsqu'il s'agit d'un crime particulièrement odieux, afin de maintenir dans l'esprit du public la crainte de cette peine rigoureuse,

La loi anglaise de 1957, qui avait limité l'application de la peine de mort à certaines formes d'homicide, a abouti à un échec. La loi ne pouvait définir d'avance les formes de meurtre particulièrement odieuses. Le

0) *Op. cit.*, pp. 181-2.

(2) *Op. cit.*, p. 175.

(3) *Sociologie criminelle, traduction française** p. 593.

(4) Note dans l'affaire N.* 17 janvier 1920.

système de l'exécution exceptionnelle, appliquée dans le cadre d'une commutation quasi systématique, donnerait au pouvoir qui dispose du droit de grâce une tâche plus difficile et plus pénible que celle qui incombe au juge.

Aussi, ma conclusion sera-t-elle différente. Le système comminatoire, du **moins** sous son aspect de commutation par voie de grâce des peines de mort prononcées, ne peut être qu'une expérience momentanée et non un système permanent. Il est grand temps de suivre le conseil du professeur Haus et de tirer la conclusion d'une expérience plus que centenaire.

La loi anglaise du 8 novembre 1965 obligera le parlement de ce pays à réexaminer l'abolition de la peine de mort décidée pour un terme de 5 ans. Si ce délai est fort bref pour être concluant, notre expérience plus que séculaire, poursuivie sans que l'ordre public n'en ait été troublé, doit suffire amplement à justifier l'abolition législative qui remette la loi en concordance avec les faits.

(Página deixada propositadamente em branco)

THE DEATH PENALTY IN THE UNITED STATES

Thorsten Sellin

During the period before the British colonies in North America declared their independence in 1776 and established a federation of states, the death penalty was in common use. The crimes punishable by death varied from colony to colony but never approached the large number of capital offenses found in the laws of England. Independence caused no immediate change in legislation except in the state of Pennsylvania, which at the time of its founding in 1682 had made murder and treason alone punishable by death. When William Penn later lost control of the colony the more sanguinary laws of the New York colony had been introduced, but in 1794, Pennsylvania adopted a statute which was to become a model for most American states. The death penalty was reserved for one crime alone, murder in the first degree, i. e., premeditated murder and the killing of someone by a person engaged in robbery or burglary or while committing an arson or a rape. Other states adopted this definition of capital murder but retained the penalty also for various other crimes. The federal government which was created to deal with a variety of national and inter-state matters under authority delegated to it by the states also introduced the death penalty for certain offenses.

At present, a threat of being punished by death for some crime or other still exists in most American states, as well as in the federal law. In eleven jurisdictions (Alaska, Hawaii, Iowa, Maine, Michigan, Minnesota, Oregon, Puerto Rico, the Virgin Islands, West Virginia and Wisconsin) the threat has been completely removed. In four additional states it has been restricted to treason (North Dakota); murder by a prisoner serving

a life sentence (Rhode Island); the killing of a peace officer on duty and the murder by a life convict of a guard or fellow inmate or while attempting to escape (New York); or treason, kidnapping for ransom, a second «unrelated» murder by a person previously convicted of murder in the first degree, or the killing by a prisoner of a guard or a peace officer (Vermont).

The movement to abolish the death penalty in the above states has a long history. It should be noted that three of these states — Michigan in 1846, Rhode Island in 1852 and Wisconsin in 1853 — were among the first in the world during the 19th century to abolish capital punishment. The movement made no headway, however, until half a century ago and appears to be having its greatest success since the second World War. During the last decade, for instance, seven of the fifteen previously listed jurisdictions have either abolished the death penalty completely or have restricted its use to such a degree that one can predict its disappearance in practice in states like New York or Vermont, barring unforeseen developments.

In the jurisdictions that have retained the death penalty, the number of crimes punishable by death varies greatly, whether one applies a strict legal definition or some form of generic classification (^x). In practice, however, the penalty in recent decades actually has been executed only for seven crimes. During the period 1930-1966, there were 3857 executions. Most of them — 3333 — were for murder. In addition, there were 455 executions for rape, 24 for armed robbery, 20 for kidnapping, 11 for burglary, 6 for aggravated assault by prisoners serving life sentences and 8 for the federal crime of espionage. Only 33 persons, including the espionage cases, were executed for federal crimes. This does not include, however, 160 executions by the Army, mostly during the war, for murder, rape and desertion (one case)⁽²⁾.

One very significant development is observed when one examines the statistics of executions during the thirty-seven past years. In the 1930ies, the annual average number was 166, in the 1940ies 127, and in the 1950ies 71. Since then the annual number has been rapidly declining from 56 in 1960 to 7 and 1 in 1965 and 1966 respectively. During

C¹) See Robert H. Finkel, «A survey of capital offenses», pp. 22-31 of Thorsten Sellin, ed., *Capital Punishment*. New York: Harper & Row, 1967. Cited in later footnotes as Sellin.

(²) *Executions 1930-1966*. Washington, D. C. Federal Bureau of Prisons, 1967.

the first half of 1967 there have been 2 executions — one in California and one in Colorado. In practice, the death penalty appears to be at the vanishing point in the United States.

Considering these facts it might appear puzzling to find that tremendous resistance is shown in legislative assemblies when proposals to abolish death penalty are introduced. Even in states that have not practiced executions for two or more decades, abolitionists discover that an attack on capital punishment touches a raw nerve of the body politic, mobilizes the defenders of tradition and ends in a debate which displays all the hackneyed arguments which, at least since the debate between Caesar and Cato on what to do with the Catiline conspirators (x), have remained relatively unchanged throughout the centuries, except for the fact that in recent times there has been available a great deal more empirical data to buttress the arguments of the abolitionists (2). Some of these data will be utilized in the following pages in which I propose to examine, in particular, the argument most commonly advanced for the retention of the death penalty, namely that this penalty, more than any conceivable substitute for it, has such unique power that its removal from the penal law in favor of life imprisonment would create a hazard for people generally or for certain specific groups of people, such as the police or the personnel of prisons.

General Deterrence

During the debate in the British House of Commons in 1956, Sir Patrick Spens, a former Chief Justice of India, defended capital punishment saying: «I am absolutely convinced — I know — that fear of violent death is a deterrent, and no statistics, no argument whatever will convince me that it is not». During the same debate Sir Robert Grimston, in commenting on the statement of the Royal Commission on Capital Punishment that «capital punishment has obviously failed as a deterrent» of murder, stated: «We can number its failures. But we cannot number its successes. No

C¹) William McAllen Green, «An ancient debate on capital punishment», *The Classical Journal* 24:267-275, January 1929; reproduced in Sellin, *op. cit.*, pp. 46-54. See also Lester Hutchinson, *The Conspiracy of Catiline*. New York: Barnes & Noble, 1967 Ch. 8.

(2) Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), sec. xvi; Finn Hornum, «Two debates: France, 1791; England, 1956», in Sellin, *op. cit.*, pp. 55-76; «A Canadian debate», *ibid.*, pp. 76-104.

one can ever know how many people have refrained from murder because of the fear of being hanged» (1).

It would be useless to enter into an argument with the first of these two speakers, whose closed mind would be impervious to proof that would not support his point of view. But Sir Robert's statement, which recurs in all debates about the death penalty, raises an interesting point. Is it, in fact, impossible to know how many people have refrained from committing murder because of the fear of being hanged ? If this question is answered in the affirmative the debate on capital punishment would have to seek some other ground than deterrence. Let us, therefore, examine its validity.

If a country has the death penalty for murder, the statement assumes that fear of execution causes an undetermined number of persons to refrain from committing that crime. If this were true, what should happen, when the death penalty for murder is abolished in such a country? Freed from the fear of execution, at least some of those assumed to be governed by that fear alone would now be added to the number of those who would ordinarily commit murder and this should increase the murder rate. Conversely, the introduction of the death penalty after a period of abolition should decrease the rate, since now an appeal is made to the controlling power of fear of death. Finally, one would expect that countries having the death penalty for murder would have lower murder rates than similar but abolitionist countries.

A considerable number of researches have been made that have examined all available data on murder over periods of time and have aimed at demonstrating the truth or falsity of the above assertions. These studies have shown that neither the abolition nor the introduction of the death penalty for murder has any demonstrable effect on the murder rate. Studies of murder rates since 1920 in American states that have abolished the death penalty and contiguous states that have retained it have shown that (a) the murder rates are the same in both types of states, and that (b) their trends are identical (2). In other words, a public policy of inducing fear of execution as a means of reducing the murder rate of a state has been found to be ineffective.

Evidently, there are other factors, inherent in social life, that determine the size, the fluctuations and the trend of murder rates in a population.

(1) Quoted in Finn Hornum, *op. cit.*, pp. 62-63.

(2) See Thorsten Sellin, *The Death Penalty*. Philadelphia: The American Law Institute, 1959 and Sellin, *op. cit.*, pp. 135-138.

A few specific researches have been made to test the effect of the executions of inhabitants of a city on the rate of homicides in that city in a period following the executions by comparing these rates with those of a period preceding the events, the assumption being that locally such highly publicized executions should have the greatest deterrent effect. The results of these studies have substantiated the conclusion already stated (1).

The belief in the unique deterrent value of the death penalty in protecting the life of citizens is shared by the police, whose views are generally given much credence by the population in the mistaken belief that the police is an authority on most matters concerning crime and criminals. In the United States and Canada, the opposition of police organizations to the abolition of capital punishment has often determined the action taken by legislative assemblies on abolition bills. And yet, all studies hitherto made in the United States indicate that police opposition to abolition is based on myth and not on facts.

An extensive research on police homicides during the period of 1920-1954 in six abolition states and eleven contiguous death penalty states showed that the rates of police killed per 100,000 population were identical in both types of states (2). An even more persuasive analysis of police homicides during the years 1961-1963, when 140 policemen were criminally killed in the United States by criminals or suspected criminals, showed that only nine of these policemen were killed in the abolition states, which at the that time were six in number. The annual average risk of a policeman being killed was 1.31 per 10000 policemen in the abolition states and 1.32 in the death penalty states bordering on them. (3)

The cultural basis of police beliefs in the protective value of the death penalty is obvious from the fact that in capital punishment states the vast majority of the chiefs of police hold this belief, while in the abolition states the police chiefs express a contrary view.

C¹) Robert H. Dann, *The Deterrent Effect of Capital Punishment*. Philadelphia: The Committee of Philantropic Labor of Philadelphia Yearly Meeting of Friends, 1935 (Bui. No. 29); Leonard D. Savitz, «A study in capital punishment», *Jour. of Crim. Law, Criminology and Police Sci.*, 49:338-41, Nov.-Dec., 1958.

(2) Thorton Sellin, «The death penalty and police safety», pp. 718-728 of Second Session, Twenty-Second Parliament, 1955. Appendix «F» of the *Minutes of Proceedings and Evidence, No. 20, of the Joint Committee of the Senate and House of Commons on Capital... Punishment...* Ottawa: Queen's Printer, 1955. Reproduced in Sellin, *op. cit.*, pp. 138-152.

(3) Sellin, *op. cit.*, pp. 152-153.

Inlegislative debates on abolition of capital punishment a large percentage of speakers for the opposition support the contentions of police organizations. They also believe that the death penalty should be retained as a means of safe-guarding the lives of the inmates and the staff and employees of prisons to which convicted murderers would be sent if they were not executed. Such legislators apparently believe that a person who has once taken a human life is likely to do so again even in the setting of the prison.

Until recently no study had been made to ascertain the truth of the belief mentioned. Numerous statements by prison administrators did exist to the effect that inmates serving life sentences for murder were generally the most orderly and least troublesome of prisoners, but hard facts were absent. In 1966, the author undertook a large survey of prison homicides. It covered all but a few, mostly very small, of the 50 states and included the state prisons and reformatories for adults as well as the federal prisons. Data were requested for the calendar year of 1965.

There were, during that year, 61 homicide victims — 8 staff members and 53 inmates — in assaults committed by prisoners. Nine inmates were killed by unknown persons, all in jurisdictions having the death penalty. Fifty-two persons were killed by 59 known prisoners. The eight staff members were killed in death penalty states.

Who were these 59 prison killers? Sixteen of them were serving a sentence for murder of the first or second degree, four of them in abolition states. Nineteen were serving terms for robbery. Altogether, 43 (73 per cent) were in prison for an aggressive crime against persons; 16 for property offenses. If we assume that the cases of inmates killed by unknown offenders involved nine perpetrators, 57 of the offenders were prisoners in death penalty states and 11 in abolition states^(x).

It is true, then, that murderers serving life sentences sometimes commit a homicide in prison, the victim being usually a fellow-inmate. But what is the remedy? Most of the killings occurred in states with the death penalty and 7 of the 11 offenders in abolition states were serving terms for crimes other than murder. The largest group of killers were robbers. Of course, all these prison homicides could have been prevented⁽ⁱ⁾

(i) **Th o r s t e n S e l l i n**, «Prison homicides». In **S e l l i n**, pp. 154-160. See also the author's article on «Homicides and serious assaults in prisons», dealing with a survey covering the federal prisons and prisons in 40 states for the year 1964 and printed in the *Karanikas Festschrift*, Thessalonika, 1966. A study by **D o g a n D. A k m a n** on «Homicides and assaults in Canadian prisons» during 1964 and 1965 is also included in **S e l l i n**, *op. cit.*, pp. 161-168.

if the crimes for which the perpetrators were serving sentences had been capital crimes and the perpetrators executed, but this is idle speculation, for no legislature has contemplated any such radical program. Most states permit courts to make a choice of life imprisonment or death when a defendant has been convicted of a capital crime. No court can foresee which one of the many sentenced to life for murder may commit a homicide in prison, often under circumstances which if the deed had occurred in freedom would have resulted in acquittal on a plea of self-defense or in a conviction for manslaughter. In any case it would seem that the retention of the death penalty in order to prevent prison homicides would offer no solution to the problem.

An additional argument is usually made in favor of the death penalty. It is claimed that even if life sentences are imposed they are never served in full, because such prisoners can ultimately be released on parole and, therefore, may become a threat to the safety of people in communities to which they return.

Those who offer this argument usually are not acquainted with the fact that many lifers die in prison and thus serve their full sentences, that some have to be transferred to mental hospitals for permanent care and that some are given pardons. In the state of Ohio in 1957, for instance, when one prisoner was executed, 11 who were serving life sentences, some of them for murder, died of natural causes.

As for paroled murderers, evidence indicates that their conduct while on parole, a period which may range from five years to the end of their lives, is remarkably good, compared with the record set by paroled robbers or thieves.

During 1945-1954 a total of 342 male prisoners were paroled in California from first degree murder convictions. By the end of June, 1956, 37 had been declared parole violators (10.8 per cent). Six of these had simply disappeared, 11 had been returned to prison for technical violations, 11 after convictions of misdemeanors, and 9 on new sentences for felonies (2 for robbery, 2 for lewdness, 1 for a narcotics offense, 1 for abortion, 1 for sex perversion, one for assault to murder and 1 for second degree murder).

From July 1930 through 1961, 63 prisoners convicted of first-degree murder were paroled in New York; 61 of them had originally been sentenced to death. Their average age at parole was 51 years; 56 had no previous felony convictions. Three of the 63 became delinquent: 2 of them were returned to prison for technical violations and 1 after conviction for burglary.

From 1945 through 1965, a total of 273 first-degree murderers were paroled in Ohio. Fifteen became parole violators, but only two of these were returned to prison after a conviction of a new crime (one for robbery and the other for assault with intent to rob) (x).

There exists no evidence to show that the parole record of murderers is poorer in abolition states than in states that have retained the death penalty, because no one has studied this matter.

In conclusion, then, no empirical data exist to show that the threat of death as a consequence of murder has had any beneficial effect on the incidence of that crime in the United States. Whether or not it could have such an effect is an academic question in view of what is actually happening today. A threat of execution could have no effect unless it is carried out. In spite of the often loudly voiced support of the death penalty in legislative halls and on public platforms, executions have nearly disappeared. In recent years prisoners have continued to enter prisons in the United States under sentences to death. At present over 400 are sitting on «death row», a figure double that of a decade ago. Yet there was but one execution in 1966. This is a clear sign of the reluctance to carry out the imposed penalty and places an intolerable burden on appellate courts and on the executive authorities entrusted with the power of pardon. Indeed, the whole process of administering justice is bedeviled by the existence of the death penalty. It is increasingly difficult to find persons acceptable as jurors in capital cases, the appellate procedure is becoming protracted, lengthening the time more and more between the time of sentence and the final disposition of the case until often five or even ten or twelve years may elapse, after which an execution would be a mockery of justice.

In its recent report, «The Challenge of Crime in a Free Society», the National Crime Commission appointed by President Johnson two years ago was unanimous in its opinion that if a state imposes death penalties but does not execute them, it should remove capital punishment from its statutes. There are encouraging signs that this will progressively happen in the American states, because the death penalty has become impractical in the light of present-day experience, is outmoded in the light of modern penology, useless as a deterrent, so haphazard is its execution as to be grossly inequitable, and so much like a primitive rite that it should have no place in a modern penal code.

(i) See *Il in, op. cit.*, pp. 184-186.

DIE TODESSTRAFE IM DEUTSCHEN STRAFRECHT

Richard Lange

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland erklärt in Artikel 102 die Todesstrafe für abgeschafft.

Zum zweiten Mal in der neueren deutschen Rechtsgeschichte nimmt damit der Verfassungsgesetzgeber zu einem Strafenproblem entscheidend Stellung.

Bereits das Parlament der Paulskirche hatte in der am 28. März 1849 beschlossenen «Verfassung des Deutschen Reiches» die Todesstrafe grundsätzlich abgeschafft, und zwar im Abschnitt VI unter den «Grundrechten des deutschen Volkes». Unmittelbare rechtliche und politische Wirkung hat diese Verfassung allerdings nicht erlangt.

Im Standort und im Verfassungsrang beider Bestimmungen kommt zum Ausdruck, daß die Abschaffung der Todesstrafe nicht als eine Angelegenheit des Strafgesetzgebers, sondern unmittelbar des ganzen Volkes, vertreten durch den Verfassungsgesetzgeber, betrachtet wurde.

In den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, auf die die erneute Abschaffung der Todesstrafe im Jahre 1949 zurückgeht, erklärte denn auch der jetzige Bundesminister Carlo Schmid: man müsse heute zum Problem der Todesstrafe nicht von kriminalpolitischen Gesichtspunkten, sondern vom Grundsätzlichen aus Stellung nehmen und Zweckerwägungen ausschalten; die Todesstrafe sei ebenso wie die Folter eine Barbarei.

Die Wiedereinführung der Todesstrafe, die um die Mitte des 19. Jahrhunderts in einer Reihe von deutschen Einzelstaaten abgeschafft worden war, durch das Strafgesetzbuch von 1870 war — jedenfalls in der endgültigen Motivation des damaligen Reichstagsbeschlusses — sogar unter Opferung kriminalpolitischer Überzeugungen allgemeinpolitisch bestimmt.

Bismarck hatte dem Reichstag des Norddeutschen Bundes, der zunächst die Wiedereinführung der Todesstrafe abgelehnt hatte, keinen Zweifel darüber gelassen, daß die Regierung die gesamte Gesetzesvorlage des einheitlichen Strafgesetzentwurfs zurückziehen werde, wenn der Reichstag bei seiner Ablehnung verbleibe. Um die Rechtseinheit auf diesem Gebiet zu retten, stimmte eine Reihe von Abgeordneten entgegen ihrem ersten Votum schließlich für die Todesstrafe.

Die moderne deutsche Verfassungsgeschichte zeigt daher, in wieviel Ebenen sich die Diskussion um die Todesstrafe abspielt und wieweit sie den eigentlich strafrechtlichen Raum überschritten hat. Lediglich in den Beratungen der Weimarer Reichsverfassung überwog die Meinung, über die Abschaffung der Todesstrafe, die damals ebenfalls beantragt worden war, sei nicht in der Verfassung, sondern nach gründlicher Vorarbeit in der Strafrechtsreform zu entscheiden.

Weitere Eigentümlichkeiten der deutschen Entwicklung in dieser Frage erklären sich ebenfalls aus der Behandlung im allgemeinpolitischen Raum.

Bei den Beratungen der Paulskirche wie bei den Diskussionen über die Strafgesetzbücher der deutschen Länder und erst recht bei den Beratungen über das noch heute geltende Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches rekrutierten sich die Anhänger der Todesstrafe in geschlossener Front aus dem konservativen Lager und ihm nahestehenden Gruppen bis zur «rechten Mitte». Die gleiche Konstellation zeigen auch die Verhandlungen der Strafrechtsausschüsse in der Weimarer Republik.

Ein ganz anderes Bild bietet sich plötzlich in den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates. Der Antrag auf Abschaffung der Todesstrafe wurde von dem späteren langjährigen Bundesverkehrsminister Seeböhm gestellt, als Vertreter der Deutschen Partei, einer betont konservativen Gruppe. Der erste Sprecher der Sozialdemokratischen Partei beantragte, den Antrag Seeböhms abzulehnen. Für die Freie Demokratische Partei erklärte sich der spätere Bundespräsident Heuss ebenfalls gegen diesen Antrag; denn Dinge wie die Todesstrafe seien im Strafgesetzbuch geregelt, ihre Nennung in der Verfassung sei daher überflüssig.

Nachdem sich also die Linke wie die Mitte gegen den Antrag der Rechten erklärt hatte, die Todesstrafe abzuschaffen, wurde dieser Antrag in erster und zweiter Lesung abgelehnt. Erst in der dritten Lesung, in der die SPD ihren Standpunkt geändert hatte, wurde er angenommen.

Die Gegner dieses Antrages wiesen daraufhin, daß bei einem so eiligen Verfahren das kriminalpolitische Für und Wider überhaupt nicht erörtert werden könne. Ein Vertreter der Christlich- Demokratischen

Union bestritt, daß der Parlamentarische Rat überhaupt berufen und befugt sei, über die Abschaffung oder Nichtabschaffung zu beschließen, da er kein vom Volk unmittelbar gewähltes Parlament darstelle. Die Entscheidung sei, wenn nicht über diese Frage eine Volksabstimmung stattfinde, dem Bundestag zu überlassen.

An dieser Stelle wird besonders deutlich, wie sehr die Abschaffung der Todesstrafe von parlamentarischen Zufällen wie aber auch von Zuständigkeitsfragen abhängig gewesen ist. Daß sich eine Volksabstimmung, für die freilich die rechtlichen Grundlagen fehlten, mit einer konstanten Mehrheit von etwa 75% der Stimmen für die Beibehaltung — oder später für die Wiedereinführung — der Todesstrafe ausgesprochen haben würde, ist durch Meinungsumfragen wiederholt bestätigt worden.

Eine im Jahre 1963 von einem juristischen Fachverlag unternommene Befragung repräsentativer Personenkreise zeigte folgendes Ergebnis:

	FÜR DIE		GEGEN:	
	TODESSTRAFE :			
Bundes- und Länderminister	3	(—)	17	(—)
Bundesrichter und Richter anderer Gerichte	70	(294)	83	(210)
Generalstaatsanwälte, Oberstaatsanwälte und Staatsanwälte	15	(38)	20	(16)
Rechtsanwälte und Notare	41	(564)	50	(348)
Oberbürgermeister, Polizeipräsidenten und hohe Beamte	89	(129)	116	(44)
Universitäts- u. Hochschulprofessoren	266	(—)	257	(—)
Schuldirektoren	15	(—)	13	(—)
Theologen	17	(—)	13	(—)
Ärzte	18	(—)	13	(—)
Generaldirektoren, Direktoren und Industrielle	262	(—)	86	(—)
Intendanten und Künstler	25	(—)	31	(—)
Verleger, Chefredakteure und Schriftsteller	134	(—)	192	(—)
Bundes- u. Landtagsabgeordnete	78	(—)	145	(—)
	1 034	(1 025)	836	(618)

(Die Zahlen in Klammern bedeuten Stellungnahmen *ohne* Begründung, also nur die Beantwortung für oder gegen die Todesstrafe).

Auch im Bundestag hätte die Abschaffung der Todesstrafe angesichts der relativ konstanten Mehrheitsverhältnisse, die von denen des Parlamentarischen Rates durchaus abwichen, später kaum eine Mehrheit gefunden.

Das Für und Wider zur Todesstrafe unter politischen Gesichtspunkten spiegelt sich aber nicht nur in den anonymen Majoritäten der parlamen-

tarischen Gremien. Diese Frage wird zur Zerreißprobe für das Bild politisch profilierter Perslichkeiten.

Fin tragisches Beispiel dieser Art bietet eine der ehrwürdigsten Gestalten der deutschen Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft, Gustav Radbruch.

Als Reichsjustizminister brachte er im Jahre 1922 einen eigenen Strafgesetzentwurf ein, der zum ersten Male in der gegenwärtigen Reformarbeit die Todesstrafe nicht mehr vorsah. Im gleichen Jahre hat er aber auch das Republikenschutzgesetz eingebracht, das aus reinen Abschreckungsgrnden in einer bis dahin beispiellosen Weise Todesstrafe für Teilnahme an oder finanzielle Unterstützung von Vereinigungen vorsah, zu deren Zielen die Tötung von Regierungsmitgliedern gehörte. Aufgrund dieser Bestimmung sind 1925 drei Todesurteile gefllt worden. Und nach 1945 hat Radbruch, obwohl er als erster nach dem Zusammenbruch den Kampf für die Abschaffung der Todesstrafe wieder aufgenommen hatte, die Verurteilung der Hauptkriegsverbrecher zur Todesstrafe befwortet. Denn der Tod sei in den zwölf Jahren der Diktatur und des Krieges so billig, in so riesenhaften Zahlen und in so grauenhaften Formen wirklich geworden, daß man es nicht verstehen würde, wenn er gerade den Schuldigsten erspart bliebe.

Zweimal also hat der Politiker Radbruch den Rechtsphilosophen Radbruch desavouiert. In seinen «Grundzügen der Rechtsphilosophie» hatte er schon vor dem ersten Weltkrieg in Auseinandersetzung mit Beccaria als Gegner der Todesstrafe einerseits, Rousseau und Kant als Anhängern der Todesstrafe andererseits dargelegt, daß nur auf dem Boden der transpersonalistischen Staatstheorie die Auffassung der Strafe als Vergeltung, als Autorittsbewhrung, Darstellung der Majestät und Herrlichkeit des Staates im Leiden des Emprers möglich sei. Vom Standpunkt des rechtsphilosophischen Individualismus dagegen, der auch die Strafe in den Dienst der Gesellschaft stellen müsse, sei dagegen nur die Auffassung der Strafe als Sicherung möglich. Der Streit um den Strafzweck sei damit als ein Teilproblem des Streites um den Staatszweck, die Kriminalpolitik als ein Teil der Politik begriffen. Radbruch selbst bekannte sich unzweideutig zur individualistischen Staatstheorie.

In Radbruchs Ausführungen erfolgt die Transponierung des Problems aus der Kriminalpolitik in die allgemeine Politik auf der rationalen Ebene. Diese wurde in den entscheidenden letzten Beratungen des Parlamentarischen Rates zugunsten von Emotionen wie der zitierten Äußerung von Carlo Schmid, die Todesstrafe sei wie die Folter eine Barbarei, oder mit Ausdrücken wie «Inhumanität, Schmach, Kulturschande» verlassen.

In jener als Reaktion auf den ungeheuren Mißbrauch der Todesstrafe in der nationalsozialistischen Zeit verständlichen Stimmung glaubte man sogar die Grundlagen der Demokratie wegen dieser Frage revidieren zu müssen. Der spätere Bundesjustizminister Dehler erklärte: «Man verkenne das Wesen der Demokratie, wenn man glaube, das Parlament sei der Exekutor der Volksüberzeugung. Das Wesen der repräsentativen Demokratie sei... das der parlamentarischen Aristokratie... Pflicht und Möglichkeit, aus einer besseren Einsicht, aus einem besseren Wissen zu handeln...». Selbst Ausdrücke wie «aufgeklärte Despotie» fielen damals in diesem Zusammenhang. Der gegenwärtige Bundestagspräsident Gerstenmaier hat demgegenüber unter ausdrücklicher Ablehnung des Elitgedankens das Parlament dem Sinn nach als repräsentativen Querschnitt durch das Volk gekennzeichnet.

Noch schärfer kam die Problematik einer rein politischen Behandlung der Abschaffungsfrage in den Äußerungen des Vertreters der kommunistischen Partei im Parlamentarischen Rat, Renner, zum Ausdruck.

Dieser verwies zur Begründung seiner Ablehnung der Todesstrafe auf das Beispiel Sowjetrußlands, das zu den «Ländern mit einer wahrhaften Kultur) gehöre, die die Todesstrafe beseitigt hätten.

Diese Äußerung fiel im Jahre 1948. Schon kurz darauf wurde jedoch in der Sowjetunion die Todesstrafe für Verbrechen, die das Sowjetregime und die Verfassung bedrohten, wieder eingeführt. Durch Bundesgesetz von 1954 wurde ihre Anwendung ausgedehnt auf Fälle des gemeinen Strafrechts. Seit dem Jahre 1961 ist die Todesstrafe in der Sowjetunion auf schwere Fälle von Diebstahl staatlichen oder gesellschaftlichen Vermögens, auf Falschmünzerei und Gefangenenmeuterei erstreckt worden, kurz darauf sogar mit rückwirkender Kraft auf Spekulation und Devisenvergehen. Im Jahre 1962 wurde der Angriff auf das Leben eines Polizeibeamten oder eines Beamten des Sicherheitsdienstes, ferner Notzucht in schweren Fällen und passive Beamtenbestechung mit dem Tode bedroht.

Diese scharfen Pendelausschläge bei der Abschaffung und Wiedereinführung der Todesstrafe bis in Bereiche hinein, in denen sie für uns indiskutabel ist, zeigt, wie imvorsichtig es war, in der Abschaffung dieser Strafe ein «Zeichen wahrhafter Kultur) zu sehen.

Bei der rückschauenden Betrachtung der Gründe, die zur Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland geführt haben, werden wir danach zweierlei festzuhalten haben. ¹

1. Die Frage ist ohne kriminalpolitische Prüfung, ja unter ausdrücklichem Verzicht auf kriminalpolitische Diskussion, lediglich aus allgemeinp-

litischen und humanitären Erwägungen, entschieden worden, und zwar unter Frontwechsel der Weltanschauungsgruppen gegenüber der deutschen und der allgemeinen Tradition, aber auch unter Frontwechsel innerhalb der einzelnen Parteien.

2. Dabei war ein wesentliches und wohl entscheidendes Argument der Hinweis auf den ungeheuren Mißbrauch der Todesstrafe durch den Nationalsozialismus. Man erklärte, die gegenwärtige Generation von Richtern sei so belastet, ohne daß einem einzelnen Schuld angelastet werden müsse, daß in dieser Generation die Todesstrafe nicht tragbar sei.

Beide Argumente erscheinen aus heutiger Sicht nicht mehr stichhaltig.

Die politischen Argumente waren, woraus ihre Verfechter kein Hehl machten, zeitgebunden und auf die singuläre Situation nach dem Zusammenbruch nach 1945 beschränkt.

Andererseits ist der bewußte Ausschluß der kriminalpolitischen Erwägungen aus heutiger Sicht unzulässig und untragbar. Schon Franz von Liszt, der Initiator und Führer der deutschen Strafrechtsreform, und in der Gegenwart sein Schüler Eberhard Schmidt, haben nachdrücklich die Betrachtung der Frage unter kriminalpolitischem Gesichtspunkt gefordert, wodurch der Standort der Regelung dieser Frage sich von der Verfassung auf das Strafgesetzbuch verschiebt. Diese übereinstimmende Stellungnahme beider fortschrittlicher Strafrechtsreformer ist um so bemerkenswerter, als Franz von Liszt jedenfalls vorerst die Todesstrafe für immentbehrlich erklärte, während Eberhard Schmidt zu ihren Gegnern zählt.

Ist es aber geboten, die Frage unter kriminalpolitischem Gesichtspunkt zu behandeln, dann entfällt zugleich die emotionale Belastung dieser Frage mit negativen Werturteilen. Wir wollen und müssen deshalb auch nicht die weitere Frage aufwerfen, ob wirklich Shakespeare, Rousseau, Kant, Hegel, Goethe und andere Anhänger der Todesstrafe Barbaren gewesen sind, und auch nicht die weitere, ob Staaten wie Frankreich und USA, die die Todesstrafe ganz oder überwiegend beibehalten haben, deshalb in einem barbarischen Zustand verharren.

Das **kriminalpolitische** Für und Wider der Todesstrafe, auf das sich deshalb die Diskussion beschränken sollte, ist so ausgiebig erörtert worden, daß hier jede Wiederholung der klassischen Argumente überflüssig wäre.

Beizusteuern sind jedoch zunächst die statistischen Zahlen, die die Entwicklung der Mord- und Totschlagskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland zeigen.

Das Bild ist nicht ermutigend.

Nach der Kriminalstatistik der Bundesrepublik Deutschland wurden wegen Mordes verurteilt

im Jahre 1950	128 (davon 26 w.)
» » 1951	106 (davon 16 w.)
» » 1952	133 (davon 15 w.)
» » 1953	132 (davon 13 w.)
» » 1954	107 (95 m., 12 w.)
» » 1955	134 (123 m., 11 w.)
» » 1956	95 (davon 16 w.)
» » 1957	97 (davon 10 w.)
» » 1958	114 (davon 9 w.)
» » 1959	124 (davon 17 w.)
» » 1960	125 (davon 13 w.)
» » 1960	136 (davon 9 w.)
» » 1962	145 (davon 16 w.)
» » 1963	156 (davon 15 w.)

(w. = weiblich; m. = männlich)

Nach der Polizeilichen Kriminalstatistik, die die Fälle von Mord und Totschlag gemeinsam auf führt, haben die Fälle von *und Totschlag einschließlich Versuche* eine «leichte Zunahme» zu verzeichnen. Ihre Häufigkeitsziffer veränderte sich von 2,3 (1963) über 2,5 (1964) auf 2,6 (1965), die Zahl der Fälle von 1 308 (1963) über 1 448 (1964) auf 1 556 (1965).

Die amtliche Bezeichnung als «leichte» Zunahme erscheint uns eher etwas euphorisch. Das wird besonders deutlich im Vergleich mit der Polizeilichen Kriminalstatistik für Nordrhein- Westfalen, das bevölkerungsreichste Land der Bundesrepublik.

Danach betrug die Zahl der Mord- und Totschlagsfälle in diesem Land

1959	94
1960	97
1961	109
1962	120
1963	129
1964	119
1965	140
1966	159

Die Versuchsziffern von Mord und Totschlag betragen

1959	180
1960	198
1961	168
1962	216
1963	218
1964	228
1965	295
1966	332

Allein zwischen 1965 und 1966 hat also die Zahl der vollendeten Fälle von Mord und Totschlag um 13,6%, die Zahl der Versuchsfälle um 12,5% zugenommen. Das ist eine beunruhigende Entwicklung. Denn die Bevölkerungszunahme hat in diesem Zeitraum nur einen kleinen Bruchteil der Zunahme von Mord und Totschlag ausgemacht.

Zu diesen statistischen Feststellungen, die freilich für sich allein betrachtet noch keinen schlüssigen Beweis dafür liefern, daß die Wiedereinführung der Todesstrafe für Mord abschreckend gewirkt haben würde, kommen neuere kriminologische Beobachtungen.

Bis vor kurzem galt es als ausgemacht, daß der Mörder kaum je rückfällig würde. In eingehender Darstellung weist aber Hans von Hentig, der Nestor der deutschen Kriminologie, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft unter dem Titel «Der Rückfallmörder» eine erschreckende Zahl von Fällen nach, in denen verurteilte oder nicht entdeckte Mörder später einzelne oder auch mehrere weitere Mordtaten begangen haben. Die bisher in der Kriminologie herrschende Ansicht wird daher überprüft werden müssen.

Über das spezielle Phänomen des Rückfallmörders hinaus weist eine allgemeine anthropologische Beobachtung. Sie rührt an die Grundfrage, ob der Mensch im wesentlichen immer der gleiche bleibe oder aber in seinem Wesen mehr oder weniger starken Veränderungen unterworfen sei.

In die zweite Richtung weist namentlich das bekannte Werk des amerikanischen Soziologen David Riesman «Die einsame Masse». Er belegt mit vielen Beispielen aus der amerikanischen Gegenwart die Entwicklung vom innengeleiteten, durch Tradition und Gewissen in seinem Handeln gebundenen Menschen, zu dem außengeleiteten, der die Gesetze seines Handelns nicht mehr in sich trägt, wechselnden Signalen der Außenwelt, der Gesellschaft, der Gruppe, insbesondere auch asozialer Subkulturen mehr oder weniger widerstandslos ausgesetzt ist.

Die Forschungen Riesmans sind mit Beobachtungen und Überlegungen deutscher Soziologen zusammenzuhalten. Schon Max Weber hatte auf die Veränderung und Gefährdung des Menschen durch die industrielle und technische Revolution unserer Lebensverhältnisse hingewiesen. Arnold Gehlen greift das in der Gegenwart auf und sieht die menschliche Substanz bereits als verändert an. In diesem Zusammenhang weist er auf die Gefahr hin, die entsteht, wenn zur gleichen Zeit die Bindungen und Sicherungen weggeschlagen werden, die in Gestalt von Normen und Institutionen das Handeln der Menschen vor Exzessen bewahren. Die Instinktunsicherheit des Menschen, der eben deshalb auf jene Bindungen angewiesen ist, führt dann sehr schnell zur Reprimitivierung. «Die innere Unstabilität des menschlichen Antriebslebens erscheint als fast grenzenlos. Es sind... feste und stets auch einschränkende, inhibitorische Formen wie das Recht..., welche unsere Antriebe und Gesinnungen sehr mühsam heraufgedrückt, heraufgezüchtet, haben... Diese Institutionen... sind selbst in keinem Sinne natürlich und sehr schnell zerstört. Ebenso wenig natürlich ist die Kultur unserer Instinkte und Gesinnungen, die vielmehr von jenen Institutionen von außen her versteift, gehalten und hochgetrieben werden müssen. Und wenn man diese Stützen wegschlägt, dann primitivisieren wir sehr schnell». Gehlen begegnet sich hier mit den Gedankengängen von Vico, der schon im 18. Jahrhundert das Phänomen des Ricorso, des Rückfalls in Barbarei beobachtet und als immer wiederkehrende Erscheinung festgestellt hatte. Im 20. Jahrhundert bedarf es für den erschreckenden Wirklichkeitsgehalt dieser Lehren keines Nachweises mehr.

Die soziologischen Betrachtungen werden durch speziell anthropologische, auf Tiefenpsychologie zurückgehende Forschungen in der Gegenwart bestätigt.

Zwischen den klassischen Extremen der Auffassung des Menschen als gut — Rousseau — und als böse — Hobbes — steht das heutige, im wesentlichen durch Freud begründete Menschenbild in der Mitte. Danach liegt im Wesen des Menschen ein nihilistischer Grundzug, eine stete Gefährdung, der die kulturellen Institutionen ständig entgegenwirken müssen.

Aus den soziologischen und anthropologischen Gegebenheiten unserer Gegenwart, einer Spätzeit der abendländischen Kultur, scheinen uns zwei neue und beunruhigende Phänomene bei der Mordkriminalität erklärbar. Hier hegt das vielleicht wichtigste kriminalpolitische Problem in dieser Frage. Die radikale und rapide fortschreitende Bindungslosigkeit des Menschen erscheint gerade in der Mordkriminalität als neuer und starker

kriminogener Faktor. Schon in der ersten Bundestagsdebatte über die Wiedereinführung der Todesstrafe führte ein Redner aus: Das Neuartige an den zahlreichen Morden der Nachkriegszeit erblicke er nicht in deren Bestialität, sondern in der Tatsache, daß infolge der «mechanistischen Gesinnung unserer Zeit und der Verapparatur unseres Daseins» bei vielen Tätern das Gewissen völlig erstorben sei und daß es dagegen keine Abschreckung gebe. Mir scheint, daß mindestens bei zwei wichtigen neu hervorgetretenen Gruppen dieser Art Abschreckung noch am ehesten durch die Todesstrafandrohung möglich ist:

a) *Mord ohne Motiv*. Dieser (bereits mißbrauchte) Begriff meint hier: ohne einsichtiges, verstehbares, nachvollziehbares Motiv. Zum Beispiel als Sport, um das perfekte Verbrechen zu begehen (Chikagoer Millionärsöhne). Aus Neugier: um zu sehen, wie das ist, wenn man das Messer dem anderen in den Rücken sticht (Einlassung eines Täters, nach Pressemeldungen). Aus «purer Langeweile» (Bericht über amerikanische Fälle). Völlig rätselhaft sind auch die Bonner Automorde an beliebigen Unbekannten 1957. Vielleicht bedarf diese ganze Gruppe noch der eingehenden psychologischen Durchdringung. Sie weist aber in ihren Vertretern m. E. die typischen Strukturmerkmale des otherdirected man (Riesman) auf, der nicht mehr aus sich selbst leben kann, sondern alle Signale für sein Handeln von außen, entscheidend aber von der mehr oder weniger kriminellen Gruppe empfängt, die als ganzes handelt oder den einzelnen vorschickt oder sein Handeln bestimmt. Es ist—vorbehaltlich näherer Untersuchung — wahrscheinlich, daß hier nur ein eindrucksvolles Stoppsignal in Gestalt einer auch von solchen Menschen gefürchteten Strafdrohung als Gegendruck der von echten Normen bestimmten Gruppe noch Hemmungen setzen kann.

War früher der Mörder der typische Einzelgänger, so erscheint er in dieser Fallgruppe als typischer Gruppenmensch neuen Stils. Das gilt erst recht für die weitere neue Erscheinung.

b) *Mord mit kalkuliertem Risiko*. Hier ist vor allem an die serienweisen Banküberfälle nach Gangstermuster zu denken. Schießt man Angestellte, Passanten oder Polizisten nieder, um die Tat oder die Flucht zu ermöglichen, so geht die Rechnung regelmäßig auf. Schlimmstenfalls wird man gefaßt, nachdem die Beute in Sicherheit ist. Daß die lebenslange Zuchthausstrafe auf dem Papier steht, weiß man selbstverständlich. Bei diesen Tätern stimmt das herkömmliche Argument nicht, daß der Verbrecher nicht damit rechnet, gefaßt zu werden, und daß deshalb die Strafe nicht abschrecke. Er ist bereit, äußerstenfalls den Preis zu zahlen — es lohnt sich noch immer.

Nach alledem hat das Für und Wider der Todesstrafe in unserer Gegenwart neue und sehr ernst zu nehmende kriminologische und kriminalpolitische Aspekte gewonnen.

In den Beratungen der Großen Strafrechtskommission der Bundesrepublik Deutschland habe ich mich deshalb für die Wiedereinführung der Todesstrafe ausgesprochen. Das war im Jahre 1958.

Inzwischen, nach fast einem weiteren Jahrzehnt, habe ich diesen Standpunkt erneut überprüft.

Die kriminalpolitischen Argumente von damals scheinen mir allerdings an Stärke eher gewonnen zu haben. Die angeführten Beispiele für Mord ohne Motiv und Mord mit kalkulierte Risiko haben sich in der Zwischenzeit gerade in den Ländern des hohen Wohlstands gehäuft. Selbstverständlich folgt daraus noch nicht automatisch, daß die Wiedereinführung der Todesstrafe alle diese Fälle oder wenigstens den größten Teil von ihnen verhindert hätte. Aber die Probe aufs Exempel ist eben wegen der Neuheit dieser Gruppen bisher noch nicht gemacht, die Auswirkung der verschiedenen Gesetzgebungen noch nicht abzusehen, weil wir noch mitten in dieser Entwicklung stehen.

Was mich dennoch veranlaßt hat, meinen Standpunkt zu revidieren, ist die Überzeugung, daß auch die Kriminalpolitik unter dem Gesetz der Gerechtigkeit stehen muß.

In Deutschland sind inzwischen die Prozesse gegen die Massenmörder in den Konzentrationslagern der nationalsozialistischen Zeit im Gange. Hierbei ist ein unvorstellbares Unmenschentum zutage getreten. Auch die verabscheuungswürdigsten Taten, die ihren Schatten über ein ganzes Volk warfen, konnten höchstens mit lebenslangem Zuchthaus geahndet werden. In der gegenwärtigen Situation der Bundesrepublik Deutschland erhebt sich deshalb die Frage, ob es mit der Gerechtigkeit vereinbar wäre, den gewöhnlichen Mörder — man ist versucht, ihn den «kleinen» Mörder zu nennen — von nun an mit dem Tode zu bestrafen. Man müßte gewärtig sein, von ihm gefragt zu werden: Ist meine Tat schlimmer als die jener, die tausende, zehntausende, hunderttausende von Menschen auf dem Gewissen haben ?

Zusammenfassend glaube ich, folgendes feststellen zu sollen: Das Problem der Todesstrafe muß jedes Volk und jeder Staat nach seinen geschichtlichen und sozialetischen Gegebenheiten für sich lösen. Dabei sollte die Frage nicht unter allgemein politischem, sondern unter speziell kriminalpolitischem Aspekt behandelt werden. Aber auch die Kriminalpolitik steht unter dem Gesetz der Gerechtigkeit. Ihre Methode ist nicht allein zweckrational, sondern entscheidend wertrational bestimmt.

(Página deixada propositadamente em branco)

THE DEATH PENALTY IN FINLAND

Inkeri Anttila

1. *A historical survey*

The death penalty was used in Finland in the 18th and 19th centuries as in most European countries as punishment for several offences. Finland belonged to Sweden till the year 1809, and was thus subject to the Swedish Penal Code of 1734 according to which the death penalty was stipulated for 68 different crimes. The law reform of 1779 did, however, reduce this number to some extent.

The Swedish laws including the Penal Code prevailed even after Finland was incorporated with Russia as a grand duchy in 1809. In 1826, however, a great change took place. The Russian Emperor, who also was the Grand Duke of Finland, felt strongly against the death penalty, and as a result announced that he would pardon all those sentenced to death penalty unless their crime was high treason. The year 1826 is thus a turning point in the history of death penalty in Finland. After the year 1826 all death sentences were transformed into expulsions to Siberia, or into life-time imprisonment in Finland. Expulsions sentences were discontinued in 1888 whereafter the punishment was life-time imprisonment in Finland.

When a new Finnish Penal Code was drafted in the 1860's there were fierce disputes about the abolition of death penalty till the 1880's when the bill was introduced in the Diet. Two estates in the Diet (the nobility and the bourgeoisie) voted for the abolition of the death penalty, and two (the clergy and the peasantry) supported the retaining of this penalty. The result was that the Penal Code of 1889, enacted in 1894, included six offences punishable with death. As three of these offences were various kinds of lese-Majesty, and thus lost significance when Finland became an independent republic in 1917, the Penal Code thereafter

contained three offences subject to death penalty. The offences in question were: murder (Penal Code 21:1), high treason (Penal Code 12:1), and «the murder of the Chief of a state with which Finland has friendly relations» (Penal Code 14:1). In the last case the death penalty was the only possible penalty.

But even after the enforcement of the new Penal Code all those sentenced to death penalty were pardoned in times of peace; death penalties were, however, imposed and executed during both World War I and World War II. The latest incidence took place in the period 1939-1944. The general courts of first instance sentenced seven men to death. The official statistics, however, do not establish the actual number of executions, but according to information obtained from the prison administration, the execution took place at least in a couple of cases.

2. The present Penal Code

In 1949 a law was enacted which stipulated that during times of peace the death penalty cannot be imposed or executed. During a war, however, the death penalty can be imposed for the three offences mentioned above. A death penalty imposed during a war, unless executed before the war has ended, is to be changed into a sentence of life-time imprisonment. The law thus confirmed the practice introduced in 1826.

Presently, preparations are being made for a law reform which would exclude all references to the death penalty from the Criminal Code. Instead there would be a separate law allowing the use of the death penalty in times of war as explained above. The reform would thus bear a technical significance only, and its purpose lies mostly in the emphasis it places on the exclusive nature of war-time conditions. The same line of thought is expressed in the respective laws in the Scandinavian countries.

3. An alternative choice: life-time imprisonment

The offenders who would have been sentenced to death except for the pardoning practice have thus been sentenced to life-time imprisonment. The statistics of life-time sentences thus contain two categories: those originally sentenced to life-imprisonment, and those whose death penalties have been commuted.

Table 1 shows the number of life-time imprisonment sentences given in Finland from the enforcement of the Penal Code till the year 1964,

grouped in five-year periods. The table shows that the life-time imprisonment sentences are becoming more infrequent with the exception of temporary upward trends during times of war. The downward trend is noticeable especially during the past few decades.

Table 1

**PERSONS SENTENCED TO DEATH OR TO LIFE IMPRISONMENT BY
GENERAL COURTS OF FIRST INSTANCE IN THE YEARS 1895-1959**

	sentenced to death	sentenced to life imprisonment
1895-1899	4	78
1900-1904	-	114
1905-1909	2	137
1910-1914	-	101
1915-1919	6	102
1920-1924	5	242
1925-1929	7	121
1930-1934	4	122
1935-1939	14	73
1940-1944	7	60
1945-1949	9	72
1950-1954	.	33
1955-1959		24
1960-1964		5

Table 2

**PERSONS SENTENCED FOR PREMEDITATED HOMICIDE (MURDER) IN
GENERAL COURTS OF FIRST INSTANCE 1923-1959**

	total number of sentenced persons		sentenced to death or to life imprisonment
	N	annual average	%
1923-1924	93	46	86
1925-1929	131	26	84
1930-1934	113	23	88
1935-1939	83	17	88
1940-1944	47	9	66
1945-1949	84	17	73
1950-1954	38	8	61
1955-1959	41	8	54
1960-1964	33	6	12

4. *The homicide trend*

In the countries where the death penalty still is in use it is mainly used in cases of murder. The official Finnish statistics provide data on the annual number of persons sentenced to punishment for this crime beginning from the year 1923. The figures in Table 2 indicate that the annual average number of criminals was 46 in the early 1920's whereas it was only 6 in the years 1960-1964.

The only possible penalty for premeditated murder is life imprisonment. Table 2 indicates that a large number of criminals have been sentenced to fixed-time imprisonment. These persons have been under the age 18 or have been considered mentally disturbed, and thus only partially responsible. A closer analysis of the records indicates that an increase in the last mentioned category is mainly responsible for the proportional increase in the use of fixed-time sentences.

SUMMARY

During times of peace the death penalty has not been used in Finland for 140 years. Till 1950 it could, in theory, have been used as punishment for three crimes, but in practice those sentences were always pardoned. Since 1950 the law explicitly prohibits the use of the death penalty.

In those countries where the death penalty still is used, it is mainly imposed for crimes of murder. It is thus interesting to note that the number of murders in Finland is decreasing, and that this trend has been quite steady during the past few decades.

LA PEINE DE MORT

Vladimir Bayer

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Le centenaire de l'abolition de la peine de mort dans la législation portugaise est une bonne occasion pour la confrontation des opinions d'un certain nombre de criminalistes venus de différents pays sur le problème de cette peine qui reste toujours très actuel.

Je crois que la meilleure façon dont je puisse apporter ma part à cette discussion est de donner un aperçu des prescriptions du droit yougoslave concernant la peine de mort et un aperçu de l'application de cette peine dans mon pays ainsi que d'exposer très brièvement mes propres opinions relatives à l'évolution historique de la peine capitale.¹

I. LA PEINE DE MORT DANS LE DROIT YOUGOSLAVE

1. *Les dispositions constitutionnelles*

La Constitution fédérale yougoslave actuelle /de 1963 /contient sur la peine de mort la disposition suivante: «La peine de mort peut être exceptionnellement prévue, seulement par une loi fédérale, pour les infractions les plus graves et ne peut être prononcée que pour les formes les plus graves de telles infractions» / art. 47. al. 2 de la Constitution de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie /.

La Constitution considère, par conséquent, la peine de mort comme une peine qui ne peut être prévue *quo'exceptionnellement*. Etant donné

ce caractère exceptionnel de la peine de mort, elle ne peut être prescrite que pour les infractions les plus graves. D'autre part, les législations des républiques fédérées n'ont pas le droit de prévoir pour une infraction la peine de mort; ce droit reste réservé au législateur fédéral. Le caractère exceptionnel de la peine capitale est encore souligné par la prescription constitutionnelle suivant laquelle cette peine ne peut être prononcée que pour les formes les plus graves des infractions pour lesquelles elle est prévue.

Le caractère réellement exceptionnel de la peine capitale dans la pratique des tribunaux yougoslaves peut être constaté des données statistiques que nous présentons dans la suite de notre exposé.

2. *Les dispositions de la Partie générale du Code pénal*

Le Code pénal yougoslave de 1951 / avec les modifications ultérieures / dans sa Partie générale contient un certain nombre de dispositions concernant la peine de mort.

a) Ce Code contient tout d'abord deux prescriptions qui sont identiques dans leur sens avec les dispositions constitutionnelles correspondantes dont nous avons déjà parlé. D'après la première de ces prescriptions, «la peine de mort ne sera prononcée qu' *exceptionnellement*, et seulement dans les cas les plus graves des infractions pour lesquelles elle a été prescrite par la loi» / art. 24. al. 2 CP youg. /. La seconde de ces dispositions réserve au *législateur fédéral* le droit de prévoir la peine de mort pour une infraction / art. 24. al. 3 CP youg. /.

b) Le Code pénal yougoslave prescrit que les peines qu'il prévoit, et, par conséquent, la peine de mort aussi, ne peuvent être prononcées *que si elles sont prescrites par la loi* pour une infraction déterminée / art. 26 al. 1 CP youg. /.

c) Ce Code défend de prononcer la peine de mort à une personne qui était *mineur* (c'est-à-dire âgée de moins de dix-huit ans) au moment de la perpétration de l'infraction / art. 27 al. 2 CP youg. /. Il ne permet également de prononcer la peine de mort à une femme enceinte / *ibidem* /. A une personne qui au moment de la perpétration de l'infraction était âgée de moins de vingt-et-un ans révolus, la peine de mort ne peut être prononcée que pour les plus graves des infractions contre le peuple et l'Etat / chapitre X CP youg. / et contre les forces armées / chapitre XXV CP youg. / pour lesquelles la peine de mort est prescrite / *ibidem*.

d) La peine de mort peut être *commuée*, par acte d'amnistie ou de grâce, en la peine d'emprisonnement sévère s'élevant à une durée de vingt ans. Pour des raisons justifiées, le tribunal peut également *substituer* à la peine de mort la peine d'emprisonnement sévère pour une durée de vingt ans / art. 29 al. 1 et 2 CP youg. /. La peine privative de liberté perpétuelle n'existe pas dans le droit yougoslave.

e) En Yougoslavie, la peine de mort est *exécutée* par fusillade / art. 27 al. 1 CP youg. /.

La peine de mort ne peut pas être exécutée sur une personne atteinte d'une maladie physique ou mentale grave pendant la durée de la maladie / art. 52 al. 2 CP youg. /.

Le Code pénal prescrit que la peine de mort ne peut être exécutée avant qu'il ne fût au préalable constaté qu'elle n'a pas été annulée par le tribunal supérieur, à l'occasion d'une voie de recours, ou commuée par acte d'amnistie ou par acte de grâce / art. 52 al. 1 CP youg. /

3. *Pour quelles infractions le droit pénal yougoslave prévoit-il la peine de mort?*

a) Toutes les infractions pour lesquelles le droit pénal yougoslave prévoit la peine de mort sont contenues dans la Partie spéciale du Code pénal. La Yougoslavie ne possède pas de code pénal militaire. Les infractions contre les forces armées sont englobées dans le Code pénal (unique).

b) Le droit yougoslave ne prévoit pour aucune infraction la peine de mort comme peine unique, c'est-à-dire comme seule peine qui peut être prononcée pour cette infraction. Pour chaque infraction qui d'après le Code peut être punie de la peine de mort le Code prévoit parallèlement la peine d'emprisonnement sévère. Etant donné que la peine de mort ne peut être prononcée pour une infraction punissable par la loi de cette peine que dans les cas les plus graves, le Code pénal prévoit pour une telle infraction, en premier lieu, la peine d'emprisonnement sévère et la peine de mort seulement en deuxième lieu. Le maximum de la peine d'emprisonnement sévère qui peut être prononcée dans un tel cas est de quinze ans. Sur la possibilité pour le tribunal de substituer à la peine de mort la peine d'emprisonnement sévère de vingt ans nous avons déjà parlé (v. plus haut sous I, 2, d.).

c) Les infractions pour lesquelles le Code pénal yougoslave prévoit la peine d'emprisonnement sévère parallèlement avec la peine de mort

sont relativement nombreuses. Mais, en revanche, presque toutes ces infractions ne sont perpétrées jamais au cours de ces dernières années, de telle sorte que les infractions pour lesquelles on prononce actuellement la peine de mort sont contenues dans quelques dispositions seulement. Nous donnerons ici un aperçu complet des infractions pour lesquelles, d'après le droit yougoslave, la peine de mort peut être prononcée et dans les expositions qui suivent nous donnerons les données statistiques qui montreront l'application réelle de la peine de mort en Yougoslavie actuelle.

Cinq chapitres de la Partie spéciale du CP youg. contiennent les infractions pour lesquelles la peine capitale peut être prononcée. Ce sont les chapitres suivants:

Chapitre X Infractions contre le peuple et l'Etat

Chapitre XI Infractions contre l'humanité et contre le droit des gens

Chapitre XII Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle

Chapitre XX Infractions contre le patrimoine social et contre le patrimoine privé

Chapitre XXV Infractions contre les forces armées

d) Le chapitre X du CP yougoslave / Infractions contre le peuple et l'Etat / prévoit les infractions qui nous intéressent ici dans neuf articles:

Art. 101. Mise en péril de l'intégrité territoriale et de l'indépendance de l'Etat.

Art. 102. Affaiblissement de la force armée et de la force de défense de l'Etat.

Art. 103. Assassinat d'un représentant du pouvoir populaire, ou d'un représentant d'une organisation économique ou sociale

Art. 104 Rébellion armée

Art. 105. Espionnage

Art. 106. Service dans l'armée ennemie en temps de guerre

Art. 111. Fait d'organiser ou de faire passer sur le territoire de la Yougoslavie de groupes armés, d'individus isolés ou de matériaux

Art. 114. Destruction d'objets importants pour l'économie nationale

Art. 115. Sabotage

Art. 122. contient l'énumération des infractions de ce chapitre / autres que celles que nous venons d'indiquer / qui ne sont punissables de la peine de mort que si elles sont commises en état de mobilisation ou en état de guerre ou dans certaines autres circonstances dangereuses prévues dans cette article.

e) Dans le chapitre XI du CP youg. / Infractions contre l'humanité et contre le droit des gens / nous trouvons sept articles contenant des infractions punissables de l'emprisonnement sévère ou de la peine de mort:

Art. 124. Génocide

Art. 125. Crime de guerre contre la population civile

Art. 126. Crime de guerre envers les blessés et malades

Art. 127. Crime de guerre contre les prisonniers de guerre

Art. 128. Organisation d'un groupement en vue de pratiquer du génocide et des crimes de guerre

Art. 129. al. 2 Tuer ou blesser l'ennemi contrairement au droit

Art. 129-b. al. 2. L'emploi des moyens de combat illicites.

f) Le chapitre XII du CP youg. / Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle / contient, dans l'article 135 al. 2 et 3, CP, des cas qualifiés d'homicide punissable de l'emprisonnement sévère pour dix ans au moins ou de la peine de mort.

D'après les dispositions de l'alinéa 2 de l'art. 135, sera puni d'une de ces peines:

1. celui qui aura une personne en y procédant d'une manière cruelle ou sournoise;

2. celui qui aura tué une personne en mettant en même temps intentionnellement en péril la vie d'une autre personne;

3. celui qui aura tué une personne par cupidité, aux fins de la perpétration ou de la dissimulation d'une autre infraction, par vengeance sans ménagements, ou bien poussé par d'autres mobiles bas;

4. celui qui aura tué une personne officielle ou un militaire à l'occasion de l'exercice de leurs devoirs du maintien de l'ordre public, de la capture d'un délinquant ou de la garde de détenus.

L'ai. 3 de l'art. 135 CP youg. prévoit la possibilité de prononcer au délinquant la peine d'emprisonnement sévère de dix ans au moins ou la peine de mort dans le cas où il aura perpétré intentionnellement plusieurs homicides, excepté les homicides prévus dans les articles 136 / homicides instantanés / et 138 / infanticide lors de l'accouchement / CP, et cela sans égard si ce délinquant est jugé pour tous ces homicides avec l'application des dispositions légales concernant le concours d'infractions ou bien s'il a été condamné auparavant pour un homicide.

g) Le chapitre XX du CP youg. / Infractions contre le patrimoine social et contre le patrimoine privé ne contient qu'un / article prévoyant des infractions punissables de l'emprisonnement sévère ou de la peine de mort. C'est l'article 253 intitulé «Cas graves du vol-brigandage et du

brigandage». L'alinéa 2 de cet article prescrit la peine de l'emprisonnement sévère pour dix ans au moins ou la peine de mort «si lors de la perpétration d'un vol-brigandage ou d'un brigandage une personne a été intentionnellement tuée».

h) Le chapitre XXV du CP youg. / Infractions contre les forces armées / contient plusieurs infractions punissables alternativement de l'emprisonnement sévère ou de la peine de mort. La plupart de ces infractions ne peut être perpétrée qu'en état de guerre ou de mobilisation.

4. *Les prescriptions du droit de procédure pénale concernant le procès pour les infractions punissables de la peine de mort*

Le Code de procédure pénale yougoslave actuel / de 1953 avec des changements ultérieurs / contient les dispositions suivantes relatives au procès pénal pour les infractions punissables de la peine de mort:

a) Le conseil du tribunal départemental compétent pour juger l'auteur d'une telle infraction en première instance est composé de deux juges professionnels et de trois jurées. Ce conseil peut prononcer la peine de mort par la majorité absolue de voix de ses membres / c'est-à-dire par trois voix contre deux; art. 20 al. 1. CPP youg. /.

Les infractions dont nous parlons sont jugées en deuxième instance par les tribunaux suprêmes des républiques fédérées. Le conseil de ce tribunal lorsqu'il juge dans le cas d'une infraction punissable de la peine de mort est composé de cinq juges professionnels et il décide par la majorité de voix de ses membres / art. 22 al. 1 CPP youg. /.

b) Les procès en cas d'infractions punissables de la peine de mort rentrent dans la catégorie de procès où l'inculpé doit avoir obligatoirement un défenseur dès la déposition de l'acte d'accusation par le procureur public / art. 69 al. 2 CPP youg. /.

c) Lorsqu'une personne est inculpée d'une infraction punissable de la peine de mort elle doit être mise obligatoirement en détention préventive / art. 182 et 190 CPP youg. /.

d) Le procès pénal yougoslave ne connaît, en principe, que deux instances. La voie de recours à une troisième instance n'est permise que dans trois cas exceptionnels. Or, un de ces cas exceptionnels est celui où le tribunal suprême d'une république fédérée, comme tribunal de deuxième instance, a prononcé la peine de mort ou s'il a confirmé le jugement du tribunal de première instance ayant prononcé une telle

peine / art. 369 al. 1 p. 1 CPP youg. /. Dans ces cas-là la fonction du tribunal de troisième instance est exercée par le Tribunal Suprême de Yougoslavie.

5. Les dispositions du droit d'exécution des sanctions pénales relatives à l'exécution de la peine de mort

Nous avons déjà exposé les prescriptions de la Partie générale du Code pénal yougoslave concernant l'exécution de la peine capitale / v. I, 2, e / . Les prescriptions légales détaillées concernant l'exécution de cette peine sont contenues dans la Loi sur l'exécution des sanctions de droit pénal / texte de 1964 /. Nous ne mentionnerons ici que les dispositions les plus importantes de cette loi.

L'exécution de la peine de mort n'est pas publique. Si par un même jugement plusieurs personnes sont condamnées à la peine de mort les condamnés seront exécutés dans le même ordre d'après lequel ils sont mentionnés dans le jugement. Chacun de ces condamnés sera exécuté séparément, en absence des autres condamnés. La peine de mort est exécutée en présence d'une commission composée d'un juge du tribunal départemental, délégué par le président de ce tribunal, du procureur départemental ou de son substitut, d'un fonctionnaire de l'organe administratif compétent pour exécuter la peine de mort et d'un médecin délégué par le même organe. Un procès verbal de l'exécution est dressé par cette commission. II.

II. LES DONNÉES STATISTIQUES

La statistique de criminalité yougoslave est publiée régulièrement dans l'Annuaire statistique / publication statistique générale /. Le dernier Annuaire est de 1966 et il contient la statistique de criminalité pour l'armée 1964.

Dans le but de montrer l'état actuel des condamnations à la peine de mort en Yougoslavie, nous donnerons ici les données statistiques pour les années 1961-1964. Il faut remarquer que la statistique de condamnées pour les infractions contre les forces armées n'est pas englobée dans les statistiques publiées dans l'Annuaire. Mais étant donné que presque toutes les infractions rentrant dans ce chapitre du CP qui sont punies de la peine de mort ne peuvent être commises qu'en temps de guerre, le

fait que les données concernant ces infractions ne sont pas publiées ne change en rien le tableau général des condamnés à la peine de mort en Yougoslavie.

En 1961 5 personnes ont été condamnées à la peine capitale et une personne a été graciée. Quatre personnes ont été exécutées.

En 1962 4 personnes ont été condamnées à la peine de mort et une personne a été graciée. Trois personnes ont été exécutées.

En 1963 6 personnes ont été condamnées à la peine de mort et une personne a été graciée. Cinq personnes ont été exécutées.

En 1964 1 personne a été condamnée à la peine de mort et une personne a été graciée. Aucune personne n'a été exécutée.

Par conséquent, dans ces quatre années 16 personnes ont été condamnées à la peine de mort et 4 personnes ont été graciées. Douze personnes ont été exécutées ce qui fait la moyenne de trois personnes exécutées par an.

Toutes les personnes, sans exception, qui ont été punies de la peine de mort dans la période de 1961-1964 ont été condamnées pour des infractions rentrant dans le chapitre du Code pénal «Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle». Comme nous l'avons déjà indiqué, il s'agit ici des infractions contenues dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 135 CP youg. / v. plus haut sous I, 3, f)

Nous voyons dans quelle mesure la signification pratique de la peine de mort en Yougoslavie actuelle est restreinte. ^{III}.

III. RÉFLEXIONS SUR LA PEINE DE MORT

1

Si nous étudions le développement historique de la peine de mort en Europe pendant les trois siècles derniers nous pouvons constater que l'évolution de cette peine suit la ligne caractéristique du développement de la peine en général dans la même période.

Il y a des infractions qui étaient punies de la peine de mort encore au XVIII^{ème} siècle et qui n'existent même pas dans beaucoup de codes pénaux modernes. Il y en a d'autres qui n'ont pas disparues complètement du droit pénal et auxquelles on appliquait couramment la peine de mort encore au «siècle de lumière» mais que les tribunaux contemporains punissent le plus souvent d'une courte peine privative de liberté avec sursis.

Beaucoup d'Etats européens ont supprimé dans leur droit la peine de mort pour les infractions commises en temps de paix, d'autres, dont le droit connaît encore cette peine, ne l'appliquent pratiquement jamais.

Certains Etats / comme, par ex., les Etats de l'Union Soviétique / connaissent encore la peine de mort mais déclarent expressément, dans leur codes pénaux, que cette peine n'est qu'une mesure provisoire qui sera, par conséquent, un jour abolie. D'autres Etats qui prévoient dans leur droit la peine de mort, et qui ne donnent dans leurs lois aucune déclaration en ce qui concerne le caractère provisoire ou durable de cette peine, l'appliquent relativement très rarement.

D'autre part, il ne faut pas négliger le fait que dans certains Etats la peine de mort a été successivement abolie et rétablie. L'attitude du législateur de ces pays relative à la peine de mort a varié suivant les différentes situations intérieures ou extérieures de ces Etats.

Nous pensons que *le sens de ce développement historique* est que la peine de mort disparaîtra un jour de tous les droits européens. Etant donné le déclin évident de cette peine rien ne permet de croire qu'elle soit une institution perpétuelle. Mais nous ne pensons pas que le jour de la disparition complète et définitive de la peine de mort de tous les droits européens soit si proche.

2

Le problème, peut-être le plus intéressant, que pose ce développement historique est de savoir *quels ont été; et quels sont encore, les moteurs principaux de cette évolution?*

Le sens profond non seulement de l'évolution de la peine de mort mais de l'évolution de la peine en général pendant les trois siècles derniers est un adoucissement spectaculaire de l'action punitive de l'Etat. Nous ne négligeons pas le retour, même dans notre époque et dans certains Etats, d'une repression inhumaine et quelque fois massive qui, par sa cruauté dépassait beaucoup la repression habituelle dans cette période historique, mais de telles repressions deviennent de plus en plus rares et elles reçoivent, toutes, tôt ou tard, une condamnation presque unanime comme des phénomènes qui ne sont pas dignes de notre époque.

Cette économisation des mesures punitives, si caractéristique pour la majorité d'Etats européens modernes, se manifeste non seulement dans un adoucissement considérable des peines que l'on prononce pour les infractions concrètes mais aussi dans un adoucissement non moins grand du régime pénitentiaire que subissent les condamnés.

Quelle sont donc les causes sociales qui ont provoqué cet adoucissement des moeurs dans le domaine de l'action punitive de l'Etat en général et surtout l'abolition de la peine de mort?

Ce résultat était-il la conséquence d'une meilleure connaissance scientifique du phénomène du crime et de la peine?

Nous ne le pensons pas. Le mouvement doctrinaire et législatif en faveur de l'adoucissement des peines et les premières abolitions de la peine de mort ont eu lieu vers la fin du xv^m^{ème} siècle, c'est-à-dire dans une époque où les sciences naturelles et sociales qui s'occupent aujourd'hui du **criminel** et du crime (la biologie criminelle, la psychiatrie, la psychologie, la criminologie etc.) n'existaient pas. Ces nouvelles sciences ont commencé de s'occuper du problème qui nous intéresse ici dans une phase où le mouvement abolitionniste était déjà en plein cours. Nos connaissances de l'homme et de la société sont aujourd'hui beaucoup plus profondes qu'elles ne l'étaient au xvii^m^{ème} siècle. Et pourtant nous ne pouvons pas nous flatter, même aujourd'hui, de disposer des méthodes exactes qui nous permettrait d'examiner les effets préventifs réels des peines que nous appliquons, y comprise la peine de mort.

Cela prouve que l'on ne peut pas chercher les causes réelles du déclin de la peine de mort dans une évolution des connaissances humaines. Nous pensons que les véritables causes de l'abolition de la peine de mort, comme d'ailleurs les causes de l'adoucissement général de toutes les autres peines, doivent être cherchées dans *révolution de la vie affective de l'homme* que nous pouvons définir comme une *évolution de son «.humanitaire»*.

Or, cette évolution générale du sentiment humanitaire de l'homme, surtout pendant les deux siècles derniers, est incontestable. Elle était, malheureusement, quelques fois démentie, même dans notre époque, par des manifestations de cruauté très intenses et très répandues, mais dans notre monde ces événements deviennent de plus en plus des exceptions de durée relativement courte, exceptions qui sont universalement condamnées. Nous croyons que l'homme européen ait déjà acquis un grade très élevé et assez constant du sentiment humanitaire.

Les racines de ce sentiment humanitaire sont très profondes chez l'homme et elles ne datent pas seulement du xv^m^{ème} siècle. Mais c'était pourtant **dans** ce siècle que ce sentiment a acquis une telle vigueur qu'il pouvait provoquer le commencement évident de ce grand développement de l'adoucissement général des peines et de l'abolition légale ou de fait de la peine de mort.

Nous pensons que ce grand tournant qui a eu lieu au xviii^m^{ème} siècle, a été, lui même, causé par un développement très fort du *sentiment de l'égalité des hommes*. Avant de commencer d'adoucir les peines, l'homme a dû sentir dans le délinquant son semblable, son égal et non pas seulement un être digne de mépris. Le sentiment d'égalité des hommes est, de sa

part, le résultat de la lutte de la classe bourgeoise pour son affirmation sociale. On a commencé à sentir que la zone où tous les hommes sont égaux est très large, beaucoup plus large qu'on ne l'a pas senti jusqu'alors. Tous les privilèges sociaux sont des différences artificielles que le «droit de nature» ne connaît pas. L'homme n'a donné à l'Etat que des droits délimités et strictement nécessaires pour assurer la vie dans la société. La légitimité de la peine de mort est aussitôt mise en doute. Qui peut supposer que l'homme ait donné à l'Etat le droit de disposer de sa vie?

Depuis ce temps, là, les arguments pour ou contre l'abolition de la peine de mort ont changé. Se basant toujours sur le sentiment humanitaire, les arguments en faveur de l'abolition de la peine de mort ont dû revêtir, dans chaque époque, la forme qui pouvait toucher les contemporains.

Les raisons pour l'abolition de la peine de mort apportées par les sciences de crime modernes ont certainement renforcé le mouvement abolitionniste. Mais il est important de constater qu'elles n'ont pas causé ce mouvement qui a, par conséquent, son existence indépendante.

Cet état des choses explique, d'après notre avis, l'évolution de la peine de mort durant les trois siècles derniers. Le sentiment égalitaire, et, par conséquent, le sentiment humanitaire, a fait, depuis le xvii^{ème} siècle, un progrès énorme, surtout avec l'avènement du socialisme. La peine de mort est vouée à un déclin inévitable. Mais des forces existent qui ralentissent sensiblement ce développement.

3

Quelle sont ces forces qui empêchent l'abolition définitive de la peine de mort dans le monde contemporain?

Etant donné le fait que le maintien ou la suppression de la peine de mort dépend, en dernier lieu, du degré de développement du sentiment humanitaire, qui se manifeste dans le degré de l'appréciation de la valeur de la vie humaine de la part d'un pouvoir d'Etat, dans les époques de troubles politiques, de guerres civiles ou internationales, lorsque la valeur de la vie humaine subit une dévaluation radicale — la peine de mort peut être rétablie et, si elle n'est pas abolie, son application peut devenir beaucoup plus fréquente que dans les temps «normaux». Les facteurs sociaux qui provoquent de tels événements extraordinaires représentent les forces qui causent le rétablissement de la peine de mort ou son application plus fréquent.

Nous sommes encore très éloignés du temps où on pourra être sûr de l'impossibilité que cette sorte d'événements favorables à l'existence

de la peine de mort se produisent. C'est pourquoi nous ne pouvons pas considérer l'abolition de la peine de mort dans les Etats contemporains comme définitive: des rétablissements peuvent toujours être provoqués par des facteurs que nous venons d'indiquer. Ces rétablissements seront justifiés par de différentes raisons rationnelles mais la véritable raison **d'un** tel développement sera toujours un déclin provisoire du sentiment de la valeur de la vie humaine.

Le rétablissement de la peine de mort ou son application plus fréquente peut se produire également dans les temps «normaux». Nous ne pensons pas ici à des régimes qui sont en train de préparer la guerre, ou quelque chose semblable, et qui rétablissent la peine de mort ou font emploi fréquent de cette peine dans une période qui n'a pas encore l'aspect évident d'une guerre civile ou internationale. Ces cas doivent être assimilés aux cas de la guerre, par ce qu'ils sont animés de mêmes sentiments. Nous pensons ici aux cas où, dans une période qui peut être considérée comme «normale» dans tous les sens de ce mot, un Etat rétablit la peine de mort, ou prévoit cette peine pour des infractions qui n'étaient pas punies de cette peine auparavant. En effet, on assiste quelquefois à de tels événements, qui sont causés par la prise du pouvoir de la part d'un parti politique réactionnaire ou «conservateur», ou bien par l'événement de certaines infractions qui ont provoqué une grande émotion populaire et que l'on veut réprimer de cette façon.

Nous pensons que ces derniers cas, grâce à un degré assez élevé du développement des sentiments humanitaires, se produiront en Europe, dans l'avenir, de moins en moins. La possibilité de guerres civiles ou internationales, ainsi que d'événements similaires (génocide etc.), restera alors le seul facteur qui prolongera la vie au phénomène de la peine de mort.

LE PROBLEME DE LA PEINE DE MORT EN ITALIE

Piet ro Nuvo lone

SOMMAIRE: 1. — Objet de la communication. 2.— De Beccaria à l'unification italienne. 3. — Le Code pénal Zanardelli et les points de rencontre entre Classiques et Positivistes. Observations en thème de rétribution. 4. — Le rétablissement de la peine de mort en 1926 et en 1930: les justifications adoptées par le législateur. L'emphatisation des valeurs et la peine de mort. 5. — Le post-fascisme et la peine de mort. Son abolition définitive en 1948: la constitutionnalisation de l'abolitionnisme. 6. — Le problème de l'influence sur la criminalité de l'abolition ou de l'introduction de la peine de mort. 7 — Courants doctrinaires et forces politiques vis-à-vis du problème dans l'éventualité d'une perspective de réforme. 8. — Incertitudes de l'opinion publique à considérations sur les suggestions venant de quelques formes particulières de délinquance. 9. — Conclusions dans la perspective de la prévention spéciale.

1. — Le colloque sur la peine de mort, que l'Université de Coimbra a organisé à l'occasion du centenaire de la loi du 1er juillet 1867 qui a aboli la peine de mort au Portugal, offre aux pénalistes italiens des suggestions profondes au point de vue de la théorie générale de la peine et des nexes qui subsistent entre le droit pénal et les données constantes et variables de l'histoire.

Notre essai, sans oublier les grandes lignes de la théorie, aura surtout comme objet les conditions particulières de développement du droit pénal italien au cours des derniers cent ans.

2. — En 1764 parut l'ouvrage célèbre de Beccaria «*Des délits et des peines*». Tout le monde sait que dans ce petit livre Beccaria, suivant les principes de l'Illuminisme, porta tous les arguments qui devaient ensuite

devenir habituels contre la peine de mort: et que de ce moment-là a pris son commencement ce mouvement abolitionniste qui dure encore aujourd'hui. Beccaria, cependant, tout en étant vigoureusement contraire à la peine de mort, la justifia en deux cas exceptionnels: *«lorsque le sujet, bien que privé de sa liberté, conserve encore de telles liaisons et une telle influence, qui touche à la sûreté de l'état; et lorsque le fait même qu'il reste en vie puisse produire une révolution dangereuse dans la forme de gouvernement qui est établie»*.

C'est-à-dire que Beccaria ne préconise pas l'abolition de la peine de mort lorsqu'il s'agit de satisfaire certaines exigences politiques tout-à-fait particulières. La primauté du «politique), de la «raison d'Etat), même dans le domaine des peines, appartient à une conception, qui est très difficile à mourir.

Vingt deux ans après la publication de l'ouvrage de Beccaria, en 1786, la peine de mort fut abolie par Léopold II dans le code pénal Toscan préparé par une Commission dont le président était Beccaria lui même; mais en 1790 la peine de mort y fut rétablie de nouveau.

Au moment de l'unification italienne (1860) la scène était dominée par des législations pénales qui admettaient la peine de mort, soit-il dans les petits États régionaux — comme le règne de Sardigne et le Grand Duché de Toscane — soit-il dans les territoires qui étaient gouvernés par l'Autriche.

On peut bien comprendre de ça comme la lutte contre la peine de mort dût être très acharnée pour aboutir à une législation abolitionniste.

3. — Après beaucoup de disputes la peine de mort fût abolie dans la législation pénale unitaire: en effet le code Zanardelli de 1889 ne prévoit pas cette peine.

L'entrée en vigueur de ce code coïncide avec les premières luttes de l'École Positiviste contre l'École Classique. Bien que cette école s'opposât à presque toutes les conceptions de l'École Classique et qu'elle envisageât les sanctions d'une façon complètement différente, la peine de mort, conçue comme une mesure d'élimination, n'était pas contraire aux principes d'un droit criminel, au sujet duquel se posait le problème du délinquant-né, dont la correction n'était pas prévue comme possible. Et il y a des admissions de Ferri qui sont très significatives à cet égard.

Au fond, les classiques aussi qui s'opposaient à la peine de mort d'un point de vue général, l'admettaient exceptionnellement lorsqu'il y avait la nécessité d'une défense de la société. C'était notamment l'opinion,

entre autres, de Romagnosi et de Carrara lorsqu'ils parlaient d'une peine qui est juste en tant que nécessaire.

Ça signifie qu'une sorte de *communis opinio* s'était formée au cours du XIX^{ème} siècle en Italie sur les deux points suivants:

a) Abolition de la peine de mort en raison d'une exigence de *justice rationnelle*;

b) Possibilité de la justifier quelquefois en raison d'une exigence utilitaire de *défense sociale* : qui était identifiée, selon le cas, dans le domaine de la défense légitime, de la prévention générale ou de l'élimination pure et simple.

En effet, il est très difficile de justifier la peine de mort, comme quelques auteurs ont dit, sur l'échelle d'une conception rétributive de la peine.

Rétribution signifie contrepoids exacte du crime au point de vue éthique: c'est-à-dire une réalité qu'il est impossible à vérifier. Sur la base de quelle analyse morale et psychologique peut-on établir la mesure exacte de la responsabilité d'un individu qui a commis un crime, pour dire que dans un cas il faut appliquer la peine de mort et en d'autres cas la réclusion?

Un examen comparatif des législations démontre que, presque toujours, en fait de peine de mort, la rétribution opère exclusivement sur le plan objectif, savoir sur le plan du bien juridique qui a été lésé. Ce qui transforme, dans un certain sens, la peine de mort dans une sorte de vengeance publique.

4.— La peine de mort fut rétablie en Italie par la loi 25 novembre 1926 n. 2008 sur la sûreté de l'Etat, essentiellement à l'égard des crimes les plus graves contre la personnalité intérieure et extérieure de l'Etat, c'est-à-dire pour des raisons strictement liées à la forme particulière du régime autoritaire qui était au pouvoir depuis 1922. Mais ensuite, par le code Rocco de 1930, la peine de mort fut étendue à une série de crimes de droit commun: avec cette réforme, le nombre des crimes punis par la mort était porté à vingt-cinq, auquel on devait ajouter les cas de concours entre crimes, pour chacun desquels la loi prévoyait la peine de la réclusion perpétuelle.

Le critère auquel s'était inspiré le législateur de 1930 était celui de la nécessité comme s'exprime la Relation au Roi (n. 4): «*La peine de mort est légitime lorsqu'elle est nécessaire. Eh bien ! Personne ne peut douter qu'à l'égard des crimes les plus graves, savoir des crimes par lesquels l'opinion publique reste profondément émue et la paix sociale est mise en danger, la*

peine de mort soit la plus efficace, pour mieux dire la seule peine vraiment efficace».

Et la Relation ministérielle au projet du code pénal (I, p. 63) disait à son tour: «Le rétablissement de la peine de mort dérive de la nécessité d'une rigueur plus marquée... Si la civilisation juridique italienne peut inscrire à son honneur le fait d'avoir élevé une protestation courageuse et éloquente contre la barbarie farouche de certaines peines capitales largement comminées pour des délits d'importance moyenne et exécutées d'une façon illogique et cruelle, il ne faut pas méconnaître que le fait d'être contraire au *recours à des moyens extrêmes de défense* contre ceux qui déploient une activité criminelle de subversion à l'égard des exigences les plus essentielles de vie et de progrès politique et moral de l'Etat, serait la **manifestation** d'une mentalité juridique enracinée dans un défaut de sensibilité). Nous avons voulu citer d'une façon intégrale l'opinion des rédacteurs du code pour donner un exemple typique de ce qui peut être la motivation du rétablissement de la peine de mort: on peut constater qu'encore une fois, il s'agit d'un problème de défense sociale, liée à une conception emphatique de certains valeurs et de l'autorité de l'Etat: ce n'était pas un problème de rétribution.

On dit que le rétablissement de la peine de mort en Italie est lié au fascisme. Le fait est historiquement incontestable; mais il ne faut pas parvenir à des conclusions générales erronées, comme celle de considérer la peine de mort une institution nécessaire des Etats autoritaires. Un aperçu comparatif nous permet de constater immédiatement que la peine de mort est également prévue par des législations appartenant à des Etats, dont le régime politique est complètement différencié.

La vérité est la suivante. Il y a des périodes historiques pendant lesquels certaines valeurs subissent une sorte de à la suite de laquelle la peine de mort paraît un des moyens d'affirmer ces valeurs, d'en souligner l'importance, d'en prévenir la lésion par l'intimidation. C'est **ainsi** que le rétablissement de la peine de mort trouve également ses racines **dans** la constitution d'une hiérarchie de valeurs et dans l'opinion que ces valeurs ne seront reconnus par tous si l'on ne menace pas la mort et si l'on ne donne pas des exemples terribles: une conception à la fois optimiste et à la fois pessimiste de la société; un mélange entre taillon et défense sociale.

Ce fut exactement le cas de la peine de mort avec le fascisme qui avait établi une hiérarchie de valeurs qui n'était pas universellement reconnue, et à laquelle le régime attribuait une importance décisive pour se qualifier. Naturellement l'extension de la peine de mort à certains délits de droit

commun en fut une conséquence nécessaire, la hiérarchie des valeurs contingents ne pouvant pas oublier les valeurs constantes, comme celle de la vie humaine. Et, en effet, les cas les plus nombreux d'application judiciaire de la peine de mort furent les cas de droit commun.

5. — La vérité de ce que nous venons de dire est confirmée, par ce qui se passa après le changement de régime à la fin de la deuxième guerre mondiale.

Le Décret du 10 août 1944 n. 244 supprima la peine de mort prévue par le code pénal; mais en même temps le Décret du 27 juillet 1944 n. 159 avait introduit la peine de mort pour les crimes les plus graves qualifiés comme «fascistes» ou de «collaborationnisme». C'est-à-dire que la nouvelle hiérarchie de valeurs politiques venant de s'imposer, sentait la nécessité d'une emphatisation nouvelle et contraire.

Mais peu de mois s'étaient écoulés que la peine de mort fut rétablie aussi à l'égard des cas les plus graves de vol avec violence et de chantage, liés à la terrible vague de délinquance qui marqua la fin de la deuxième guerre mondiale: les dispositions relatives furent édictées avec le Décret du 10 mai 1945 n. 234.

L'abolition définitive de la peine de mort trouve son texte dans l'art. 27 de la Constitution (1^{er} janvier 1948) qui déclare: «*La peine de mort n'est pas admise, exceptés les cas qui sont prévus par les lois militaires de* ».

Compte tenu du fait que la constitution italienne est «rigide», ça signifie que les lois ordinaires ne pourront pas rétablir la peine de mort, si une révision constitutionnelle n'est pas préalablement intervenue. Le Décret du 22 janvier 1948 n. 21 donna application à la Constitution, abrogeant expressément tous les lois pénales communes et spéciales dans leurs dispositions prévoyant la peine de mort.

Le code pénal militaire de guerre prévoit encore la peine de mort pour de nombreux crimes de trahison, de couardise, de désertion, de pillage, d'insubordination avec violence etc. Dans ces cas il est évident que la justification de la peine de mort réside dans la nécessité de défendre la sûreté de l'Etat et la conservation de l'ordre militaire en des circonstances exceptionnelles.

En ce qui concerne l'abolition de la peine de mort, les raisons qui l'ont motivée sont à la fois des raisons abstraites et philosophiques, des raisons politiques et des raisons de cohérence législative.

Les raisons abstraites et philosophiques sont celles qui sont devenues patrimoine commun de la pensée moderne après Beccaria:

valeur irrenonçable de la vie humaine, irréparabilité des erreurs judiciaires etc.

Les raisons politiques s'identifient essentiellement avec l'opposition au régime précédent, et, donc, avec l'opinion que la peine de mort soit plus inconciliable avec un État démocratique qu'avec un État autoritaire.

Les raisons de cohérence législative s'identifient avec la nécessité de tenir compte des principes généraux de la Constitution: l'un desquels établit que *la peine doit poursuivre le but de la rééducation du condamné et ne pas consister en des traitements contraires au sens d'humanité* : ce qui est évidemment inconciliable avec la peine de mort, l'effet rééducatif moral de celle-ci, dont on parle parfois, étant seulement une lugubre ironie, consciente ou inconsciente qu'elle soit.

6. — Si l'on se demande, a présent, quels ont été les effets de l'introduction et ensuite de l'abolition de la peine de mort en Italie, il faut répondre que ces faits ne se sont accompagnés d'aucune courbe statistique susceptible de fournir sur ce point des données précises et indiscutables.

Cela dépend, en effet, de l'impossibilité d'une vérification scientifique: comment fait-on à conclure que l'augmentation ou la diminution de la criminalité trouvent leur origine dans la suppression ou dans l'introduction de la peine capitale? Il faudrait disposer des moyens pour refaire l'histoire en écartant l'élément normatif en discussion: ce qui est absolument inconcevable.

Sans doute, il est possible de penser qu'il y ait des gens sur lesquelles la menace de la peine capitale agit comme motif de dissuasion; mais, puisqu'il y a toujours des gens qui commettent des crimes atroces aussi dans les lieux et pendant les temps, dans lesquels la peine de mort est appliquée, on n'est pas en condition d'en traire des conclusions qui soient valables au point de vue scientifique. L'expérience nous apprend qu'il y a des individus sur lesquels le risque de la mort exerce une influence exaltante.

Et c'est à cause de cela que même la prévention générale, qui constitue, en vérité, la seule justification rationnelle de la peine de mort, ne possède pas ces caractères de décisivité logique qui seuls pourraient justifier, au delà de toute objection, la peine capitale d'un point de vue purement empirique.

7. — Après l'abolition de la peine de mort, en Italie, aucun projet de révision constitutionnelle n'a été déposé à ce sujet. Mais pour juger

s'il y a la possibilité d'un rétablissement de la peine de mort, naturellement à la suite d'une révision constitutionnelle, il faut se rendre compte des courants idéologiques et politiques qui représentent *Y humus* juridique italien.

Le courant idéologique qu'on aime définir du *néo-positivisme* ou de la *nouvelle défense sociale*, auquel se rallient aussi les pénalistes qui suivent une ligne empirique sans accepter des prémisses philosophiques rigides, est certainement contraire à la peine de mort. Il considère qu'au centre du problème pénal il y a celui de la prévention spéciale, et notamment d'un traitement qui poursuit le but de la résocialisation du coupable : dans ce cadre la peine de mort ne trouve évidemment aucune place.

Plus nuancée est la position des *néoclassiques*. Ceux-ci acceptent la présente situation législative, mais ils ne sont pas en principe contraires à la peine de mort, pourvu qu'elle soit appliquée en peu de cas et qu'elle corresponde aux exigences de la justice rétributive: ce qui fait penser qu'une proposition de révision constitutionnelle, bien limitée dans son contenu, ne les trouverait, le cas échéant, à l'opposition acharnée.

En ce qui concerne les forces politiques opérantes au sein de la société italienne, elles peuvent être classées en quatre catégories : les forces liées à l'Eglise catholique, les forces libérales, les forces marxistes, dans leurs différentes ramifications, et les forces nationalistes.

Seulement les forces libérales sont idéologiquement contraires à la peine de mort; les autres forces peuvent être contraires aujourd'hui et favorables demain, suivant les opportunités des changements politiques: l'histoire passée et l'exemple actuel de certains pays sont très instructifs à cet égard. Tout peut dépendre des nécessités de la défense d'un ordre politique déterminé ou de ce besoin de manifester dans une façon éclatante sa force, qui prend de temps en temps les élites au pouvoir et qui trouve dans le rétablissement de la peine capitale l'une des expressions les plus fréquentes. A vrai dire, nous pensons que l'obstacle le plus important à ce qu'on discute avant le Parlement d'un rétablissement de la peine de mort soit le fait que la Constitution même dit — comme nous avons vu — que la peine de mort n'est pas admise: de cette disposition ne dérive pas seulement une difficulté de caractère juridique, mais aussi un obstacle psychologique, car il est évident qu'on n'ose pas trop facilement de faire une proposition de loi constitutionnelle pour introduire la peine de mort. Naturellement, la proposition faite, son approbation ne serait pas sûre, car à l'intérieur des différentes forces politiques agissent les conceptions scientifiques et philosophiques de chacun, qui ne sont pas nécessairement subordonnées à la foi politique.

8. — Aucune enquête n'a été conduite en Italie pour établir l'état de l'opinion publique sur le thème de la peine de mort; mais on n'est certainement loin de la vérité en disant qu'elle est fortement divisée et que l'émotion créée par des crimes particulièrement graves contre la vie a provoqué des mouvements d'opinion, parfois irrationnels, qui sont favorables à un rétablissement de la peine de mort. Naturellement personne ne peut prouver que ces crimes disparaîtraient; le cas contraire est le plus probable; mais l'opinion publique est dirigée en grande partie par les émotions.

Il faut tenir compte aussi d'un autre élément qui est très important au point de vue sociologique et psychologique.

Dans certaines régions survivent, comme des fossiles des temps passés, des sociétés criminelles, qui sont gouvernées selon une échelle de valeurs antiétatiques qui forme la base d'un ordre juridique s'opposant à celui de l'Etat. Dans ces sociétés-là des tribunaux criminels condamnent à mort les traîtres et prennent soin que la peine capitale soit appliquée. Ce fait provoque dans les gens la sensation que l'Etat ne puisse se présenter désarmé devant ces sociétés criminelles et qu'il doive créer une alternative du même poids pour ne perdre sa lutte contre la délinquance.

Cette constatation ouvre un chapitre que nous pouvons ici seulement toucher: celui des stades différentes de civilisation et de culture dans lesquels peut se trouver la population d'un même Etat, et du conflit qui peut surgir entre le principe de l'égalité abstraite et de l'unité territoriale au point de vue de la loi pénale et le principe de l'égalité concrète qui tient compte aussi des différences, bien souvent profondes, de tradition, de culture, de sensibilité, de développement social.

9. — En résumant, on peut bien dire que le sujet de la peine de mort peut être éclairé beaucoup en étudiant l'histoire d'Italie au *xix^{ème}* et au *xx^{ème}* siècle.

Exigences politiques, convictions doctrinaires, élans humanitaires, reprises soudaines d'emphatisation de la force étatique, réactions violentes à de nouveaux phénomènes de délinquance, instincts ancestraux de justice primitive masqués sous des formes criminelles ont influencé et influencent encore la solution du problème.

A' notre avis, seulement la victoire de la conception de la prévention spéciale, entendue comme résocialisation ante delictum et post delictum, si les résultats en confirmeront la validité, pourra résoudre définitivement le problème avec la défaite de la peine de mort. Le sens du progrès humain,

tout en tenant compte des processus temporels dévolution, semble coïncider avec cette perspective: jadis on tuait les fous, aujourd'hui on le soigne; si l'on arrivait à comprendre tous les éléments de nécessité qui sont à la racine des actions humaines, on pourrait s'apercevoir de l'inutilité d'une menace de mort et de la possibilité d'empêcher à beaucoup des gens, par d'autres moyens, de devenir délinquants, et à beaucoup de délinquants de récidiver dans le crime.

Mais il s'agit, évidemment, d'un espoir rationnel en des temps qui sont dominés encore par des mouvants tout à fait irrationnels.

(Página deixada propositadamente em branco)

LA PEINE DE MORT ET LE DROIT PENAL TURC

SULHI DÖNMEZER

LA PEINE DE MORT EN GENERAL

L'Introduction

1 — La peine de mort se voit comme la seule peine corporelle qui conserve son existence en droit pénal moderne (*). Elle s'est largement appliquée durant les époques anciennes pendant lesquelles on l'a considérée comme le moyen qui satisfait mieux que les autres au but de l'intimidation et de l'expiation. Elle n'a rien perdu de son importance pendant même la période de droit pénal commun.

Le Christianisme même, sous l'influence de sa conception d'expiation lui a donné un sens sublime comme la libération, le soulagement de l'âme; «le salaire du péché, c'est la mort» disait Saint Paul; et Saint Thomas d'Aquin recommandait le recours au châtement suprême lorsque le danger ou le mal qu'on pourrait craindre en laissant la vie au coupable est plus

O Les autres peines corporelles qui ont tenu une grande place dans l'histoire des peines se paraissent abolies complètement dans le droit pénal moderne. En vérité, pendant les siècles passés, on a rencontré à l'orient et à l'occident les autres peines corporelles qui influent sur le corps. (Pour plus de détails sur ce sujet, Voir: Caldwell, *Criminology*, New-York, 1956, page 418 et fin). Entre les peines corporelles, c'est le fouet qui s'est appliqué le plus et on en peut trouver aujourd'hui même les traces dans certains pays. Cette peine, comme elle est appliquée largement en droit musulman, elle a sujet de la même manière à l'application dans les pays d'ouest. Voir sur ce sujet: *Report of the Departmental Committee on Corporal Punishment, presented, printed and published*

grand et plus certain que ses chances d'amendement¹). D'après la conception chrétienne la souffrance donne au criminel une nouvelle vie, ainsi la hâche du bourreau ouvre la voie du ciel²).

Les délits en droit pénal musulman se divisent en trois catégories : les crimes contre les personnes, les crimes contre Dieu, et les crimes sanctionnés par le souverain. Parmi les sanctions de ces infractions on observe la peine de mort assez fréquemment.

Le talion (qiçâç) et le (diya) sont les institutions qui conservent les sanctions des crimes commis contre les droits des personnes. La Peine de mort existe au talion; car le talion (qiçâç) «consiste à infliger au coupable exactement la même blessure, ou le *même genre de mort*, ce qui a été souffert par la victime et ce, sans cruauté inutile» ⁽³⁾. Mais dans le diya, qui est l'argent ou le bien versé par le coupable à la victime ou ses ayants droit, la peine de mort n'existe pas. Si la partie lésée accepte le diya, cela montre qu'elle abandonne le droit de talion.

Pour des crimes contre Dieu (Allah), la peine de mort est une des peines principales.

La troisième catégorie comprend des crimes non compris entre les précédents et sanctionnés par le Souverain. Les peines de ces crimes sont divisées en 17 parties, de l'avertissement jusqu'à la peine de mort. Bien qu'il faille que la peine de mort ne soit appliquée par le (taczir), on l'a fréquemment appliquée.

Au XVIII^{ème} siècle, malgré le fait que les idées philosophiques et humanitaires aient créé un courant contre la violence dans les peines et naturellement une opposition contre la peine capitale, tout de même on a

by His Majesty's Stationery Office, London, Voir aussi: Dönmezer, dayak cezasi (le fouet), Yeni Türk. Mec, no. 86; Florian, Trattato di Diritto Penale, Milano, 1934-1937, page. 785; Erman, Askeri Ceza Hukuku (Le Droit Pénal Militaire), 1963, page. 173; Berner, Trattato di Diritto Penale, Milano, 1892, page 187.

^{C¹}) Graven, *Le problème de la peine de mort*, 8 ; Clerc, *A propos de la peine de mort (Vhomme face à la mort)*, Neuchâtel, Paris, 1952, page 73 et fin).

⁽²⁾ Graven, «L'exposé sur la peine de mort», *Bulletin de la société internationale de Criminologie*, année 1953, semestres 1-2, page 13 et fin); seulement, déclarons qu'il y a aussi des auteurs qui prétendent que, l'église, d'une façon générale est contre la peine de mort. Réellement, on a déclaré aussi que la formule célèbre des canonistes est «l'église déteste du sang» (*Ecclesia abhorret a sanguine*). Clerc, exprime que l'église a accepté comme devoir, la lutte contre l'abus de la peine de mort, que les prêtres se sont abstenus de l'aide religieuse au condamné de la peine de mort (*op. cit.*, page 77).

⁽⁸⁾ Bilmen, *Hukuku Islâmiyye ve Istilahati Fikhiyye Kamusu (Dictionnaire des expressions de Fikih et de Droit musulman)*, Istanbul, 1950, tome III, page 19; Ansay, *Islam Hukuku (Le droit musulman)*, Ankara, 1946, page 282 et fin.

conservé la peine de mort dans les lois de 1791 et 1810 et Target a défendu la dite peine comme légitime; sans nécessité, cette peine ne serait pas légitime, et, si elle est nécessaire, la légitimité en est encore incontestable... La peine de mort, en attendant des temps plus heureux, est encore nécessaire; si elle l'est, loin de blesser l'humanité, elle la sert (1).

Depuis la fin du xviii^{ème} siècle, on observe qu'il se forme, dans les pays européens, un courant à propos de l'abolition de la peine de mort. Mais vers la fin du xix^{ème} siècle, la doctrine positiviste reconnût la légitimité de la peine de mort; d'après Ferri, la peine capitale constitue une façon artificielle, assurée par le moyen d'Etat, de l'élimination qui existe dans la nature et qui y domine.

Par contre, la tendance à propos de l'abrogation de la peine de mort, a continué à influencer les autres pays du nord après la Norvège, la Suède l'a abrogée en 1921, le Danemark en 1930 et la Finlande en 1949.

2 — Au xx^{toe} siècle, dans certaines Constitutions, l'indication qu'on ne peut instaurer la peine de mort est aussi un point intéressant. (La constitution de l'Allemagne et de l'Italie).

Le premier congrès international de la défense sociale réuni à San Remo, en 1947, a décidé que l'abolition de la peine de mort était nécessaire. Nous savons tous qu'actuellement, en Angleterre, la peine de mort est supprimée (2) et en Suisse, la proposition faite à l'Assemblée Nationale pour le but d'instaurer la peine de mort est rejetée, en 1952 (3).

3 — Ainsi dans les dernières années, on observe une tendance et une application générale dirigées vers l'abolition de la peine de mort. Mais il faut avouer qu'il existe aussi un courant contraire. En effet, la dite peine est de nouveau acceptée dans certaines provinces de l'Amérique du Nord (4),

0) «Observations préliminaires», *Loché*, tome 29, page 9 (de Chauveau-Hélie, *Théorie du Gode Pénal*, tome I, 6. édition, page 109).

(2) Sur ce sujet, pour les détails, Voir: Graven, *loc. cit.*, 62 et fin, Clerc, 72 et fin; *Royal Commission on Capital Punishment, 1949-1958, report*, London; Melvin F. Wingersky: «Report of the Royal Commission On Capital Punishment (1949-1953)»; *A Review Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, année 1954, t. 44, no. 6, page 695 Poncet, «Vers l'abolition de la peine de mort en Angleterre», *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, année 1956, tome X, no. 1, page 60.

(*) Voir, Clerc, «La question de la peine de mort», *Schweizer siche Zeitschrift für Strafrecht, Revue Pénal Suisse*, 1952, fase. 2, page 278.

(4) Pour la liste des provinces qui appliquent la peine de mort et les divers manières d'exécution dans les Etats de l'Amérique du Nord, Voir, Barnes-Teeters, *New Horizons in Criminology*, New York, 1952, page 353.

dans le Mexique en 1943 et dans le Pérou en 1949; et les Unions Soviétiques Pont abrogée en 1917, Pont recréée en 1932 pour le vol contre la propriété socialiste, Pont réabolie en 1947, mais après, en 1950 ils Pont adoptée une fois de plus pour «les espions, les trahisseurs, les saboteurs». Ainsi qu'en 1954, on l'a acceptée pour certaines cas d'homicide⁽¹⁾). On a exprimé que l'abrogation de la peine de mort par la Constitution allemande créait des dangers pour la sécurité publique ⁽²⁾. On est allé même jusqu'à dire qu'il existe une liaison entre la peine de mort et les régimes totalitaires, ⁽³⁾ ce qui est fort douteux.

4 — Il y a quelques résultats qui peuvent se déduire du résumé que nous venons de faire:

- 1) Il y a une tendance puissante pour l'abolition de la peine de mort.
- 2) Le nombre des crimes nécessitant la peine de mort diminue de plus en plus.
- 3) — L'application réelle même de la peine de mort s'est affaiblie et continue à s'affaiblir.
- 4) L'exécution de la peine de mort cesse d'être publique et l'exécution non publique se répand; la méthode de l'exécution se transforme en ce que le condamné souffre le moins possible ⁽⁴⁾.

Jugement de Valeur sur la peine de mort comme peine

5 — a) On a prétendu que dans la peine de mort il n'y aurait pas les qualités de la proportionnalité et de la réparation du mal et du préjudice causés par la peine prononcée suivant la responsabilité du délinquant ⁽⁵⁾.

C¹⁾ La loi pénal soviétique de 1960 qui a pour principe la légalité de délit et la législation qui est entrée en vigueur après elle, ont accepté la peine de mort dans plusieurs délits des récidivistes. (Voir, Tomaso Napolitano, «Modem Soviet Criminal law», *Journal of the International Commission of juristes*, vol. VI, no. 1, page 54). Actuellement on peut prononcer la peine de mort pour les 14 crimes (entre eux il y a aussi le viol, et les actions qui dérangent la législation de la change), Voir, Feldbrugge, *Soviet Criminal Law*, Leyden, 1964, page 203 et fin. *Bulletin of the International Commission of jurists*, 1965 no. 23, page 21. Voir aussi, Öztekin Tosun «Suçların kanuniligi prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku (Le principe de la légalité des délits et le droit pénal de l'Union Soviétique)* *IHF*M., tome XXX, no. 1-2, page 21 et fin).

(2) Karl S. Bader, *Soziologie der Deutschen Nachkriegskriminalität*, Tübingen, 1949, (de Graven, *loc. cit.*, page 64 et no. 163).

(3) Taft, *Criminology*, New York, 1955, page 373.

(4) Pour ce résumé, voir, Caldwell, 412 et fin; Taft, 370 et fin.

(5) Voir, Bozgat, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, 1951, page 265;

Il est évident que les deux observations sont opportunes. Mais ce ne sont que des qualités idéales qui doivent exister dans les peines et il n'est nullement nécessaire qu'ils se trouvent toujours et dans toute peine. Bien qu'en cas d'erreur de justice, ne pas pouvoir supprimer complètement le mal et le préjudice invoqués par l'exécution, est aussi présent dans les autres peines il faut tout de même l'erreur judiciaire dans le cas de la peine de mort devra être considéré tout autrement.

Il faut naturellement qu'il existe une proportion entre la peine et le délit puisque la peine corresponde à la dégradation de la responsabilité du délinquant, et par conséquent il est nécessaire que la peine ait une qualification de *proportionnalité*. Mais, si on prononce la peine de mort seulement pour les crimes très graves, la proportionnalité ne se posera pas, et de plus, les mêmes critiques peuvent être soutenues pour les autres peines qui sont perpétuelles (f).

b) Il y a aussi des objections faites à la peine de mort pour la commodité avec les buts des peines. Véritablement il est très clair que dans la peine de mort le but de correction et de prévention spéciale n'existe pas et aussi il n'y a aucune doute sur la conformité de cette peine au but d'élimination. Tandis qu'on a défini que la peine de mort n'est pas une peine conforme pourvue que le but essentiel et l'objectif de la peine doive être la correction.

Mais, la matière discutée sur ce sujet est que la peine peut-elle réaliser ou non le but *de faire craindre et prévenir*.

En vérité, certains auteurs ont prétendu que la peine de mort n'a pas une influence préventive sur les personnes qui ont une disposition vers la culpabilité: Or «la réalité de la question est que les délinquants pensent ou non la peine de mort et qu'ils renoncent ou non à la perpétration du délit sous l'influence de cette pensée avant qu'ils perpètrent... les études statistiques démontrent qu'aux Etats Unis la peine de mort ne montre

Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de science criminelle et de droit pénal comparé* Paris, 1946, page 257 ; Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Paris, 1922 tome II, page 118-119; Berner, 181; Taft, 374. Une recherche à propos de l'entretien de la peine de mort comme une peine, a été faite et a été publiée avec ses conséquences, par les Nations Unies: «Le Problème de la Peine Capitale», *Annales Internationales de Criminologie*, année 1963, 2. semestre, page 469 et fin. Les réponses attribuant à la Turquie de cette enquête sont envoyées de notre part.

C¹) Pour ces réponses aux objections, Voir: Bouzat, 266; Garraud, II, 118-119; Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1950, III, 63; Mezger, *Diritto Penale*, Padova, 1935, page 501 ; Roux, *Précis de droit criminel*, Paris, 1927, tome I, page 398 ; Donnedieu de Vabres, page 257.

aucune influence importante sur les délits sanctionnés par la peine de mort» (x). Il est obligatoire que la peine capitale soit appliquée rarement; et ceci sera la raison de l'inefficacité de la dite peine comme étant préventive» (2). La peine de mort est acceptée dans toutes les provinces du nord des Etats-Unis; mais les provinces où on commet l'homicide le plus, se trouvent en même temps au nord. Aux Etats-Unis, dans les provinces où on a abrogé la peine de mort, on n'a pas constaté une augmentation extraordinaire au sujet des homicides (3).

D'après Sutherland peut-être pourrait-on observer une faible correspondance; mais il n'y a pas de données statistiques et scientifiques qui démontrent l'effet de la peine de mort.

Il y a aussi des auteurs qui font violemment face à ces points de vue; l'évènement que l'augmentation des homicides ne s'est pas produit dans les pays Scandinaves après l'abolition de la peine de mort est expliqué par la raison qu'elle n'est pas appliquée, en fait, avant l'abolition pendant toute la durée du dix-neuvième siècle, et on a prétendu qu'il est impossible de déduire des conclusions définitives, spécialement des statistiques anglaises (4).

La réalité c'est qu'il n'y a pas des données définitives, au sens scientifique, à propos de l'efficacité ou non efficacité de la peine de mort pour prévenir les délits.

6 — On a fait des discussions dès les époques anciennes sur la peine capitale aux points de vue sentimental et philosophique (5).

(1) Caldwell, page 417.

(2) Thorsten Sellin, «Common Sense and the Death Penalty», *The Prison Journal*, XII, October, 1932, no. 12); (de Caldwell, 418); Taft dit que: «la vérité est que, l'homicide caractéristique ne se présente jamais à la fin d'une pensée ou d'une méditation mentale; mais comme une réaction émotionnelle sous la pression (page 373).

D'après cet auteur aussi, les homicides montrent de différentes directions dans les différentes régions d'une même province qui applique la peine de mort; cette observation même confirme les résultats desquels des études minutieuses eussent abouti: la raison principale de l'homicide n'est pas l'existence ou l'absence de la peine de mort mais des relations sociales orientant les pressions qui existent avant l'action ou bien le désir d'assassiner quelqu'un (page 373) pour le même détail et les mêmes opinions, Voir: *Barness-Teeters*, 354 et fin.

(3) Sutherland-Cressy, *Principles of criminology*, New York, 1955, page 295.

(4) Fyfe, 136; aussi, Voir: Bouzat, 266; Donnedieu de Vabres, 258; Manzini, III, 1950, page 63.

(5) Le comité des problèmes liés à l'infraction du Conseil d'Europe a résolu, dans sa session datée de 12 juin 1964, de faire une enquête entre les personnes qui ont mérité le Prix de Nobel, afin de déterminer leurs opinions à propos de la peine de mort et on

Il est prétendu par certains philosophes et théologiens que la peine de mort n'est pas légitime: la société n'est pas autorisée à supprimer la vie de quelqu'un pour n'importe quelle raison, puisqu'elle ne lui donne pas l'existence; la commission d'un délit ne peut pas constituer une raison pour la reprise du droit de vivre Q.

Il faut tout de suite affirmer que les discussions à propos de la légitimité de la peine de mort ne gardent plus leur importance. D'après certains auteurs l'objection mentionnée ci-dessus engendre, non seulement l'illégitimité de la peine de mort mais aussi de la prison; la société n'a pas donné la liberté à la personne aussi bien qu'elle ne lui a pas donnée la vie⁽²⁾. Pendant les époques où le principe de la vengeance divine était souverain Calvin, afin d'exprimer la légitimité de cette peine, a dit que: «le Juge en appliquant le Châtiment suprême, applique aussi la vengeance divine et les ordres de Dieu; c'est pourquoi il faut que ceux qui disent que, ce qu'on a fait est mal en faisant couler le sang du délinquant, doivent porter le: plainte à Dieu» et Carnelutti a expliqué la légitimité de la peine capitale par la théorie de l'expropriation pour les intérêts généraux, ayant comme sujet l'élimination de la vie du délinquant au cas où l'intérêt générale de la société la nécessite⁽³⁾.

A notre point de vue la discussion sur la légitimité de la peine de mort ne sert à rien. Vu que la peine dérange certaines valeurs et qu'elle est un moyen qui nécessite la privation de ces valeurs, on ne peut montrer un point de vue par lequel on puisse prétendre que la peine ne doit pas être en rapport avec la valeur de la vie. Aucune considération ne doit avoir une valeur vis-à-vis du droit de l'Etat, de donner la peine, basée sur la nécessité, comme on ne peut prétendre le droit de vivre envers le droit de légitime défense. «Si l'on conteste au droit d'infliger la mort de l'Etat, on sera obligatoirement conduit à lui interdire aussi d'imposer la détention, le travail forcé, la déportation, l'exil même, toutes les souffrances physiques ou morales qui abrègent la vie. Si l'Etat n'a aucun droit sur

a observé que* de 70 personnes à qui on s'est adressé, 37 personnes étaient contre la peine de mort, 10 personnes étaient pour, 10 étaient neutres et 12 déclaraient qu'elles ne répondraient pas.

⁽¹⁾ Berner, 182; Bouzat, 265; Donnedieu de Vabres, 257; Clerc, 76; Chauveau-Hélie, I, 100 et fin.

⁽²⁾ Clerc, 76; Bouzat, 265; Donnedieu de Vabres, 257; Garraud, II, 218; Roux, I, 397-398; Benjamin Constant, *Commentaire sur Filangieri* (de Chauveau-Hélie, I, 101).

⁽⁸⁾ Voir, Clerc, 76.

celle de ses membres, il n'est pas plus autorisé à l'abréger qu'à y mettre un terme» (*). Mais bien entendu l'Etat ne doit jamais appliquer les sanctions qui sont en désaccord avec les sentiments humanitaires de notre temps.

c) On a discuté aussi, si la peine de mort est nécessaire ou non. Montesquieu a exprimé qu'il concevait la peine capitale comme un remède nécessaire pour une société malade.

A notre avis le sujet que la peine de mort est nécessaire ou non est une question à laquelle on *doit répondre d'après le temps et le lieu*. C'est à dire d'après les besoins spécifiques d'une société dans une certaine période. Il est une erreur, d'essayer de résoudre le problème et de poser la question objectivement, en étant *indépendant des conditions spéciales dans lesquelles se trouvent les sociétés*. Il n'est pas possible en tout cas de traiter généralement la nécessité de la peine de mort, en dehors des nécessités surgies d'après le temps et l'état d'une société.

Ainsi, le sujet de la nécessité ou non de la peine de mort devient finalement un problème *de la conformité à l'objectif et au temps*. Mais il faut créer une société où on n'aura pas besoin à recourir à cette peine sanglante.

Il est évident qu'il n'est pas possible d'approuver cette peine en dehors de quelques cas très limités qui rendent son application nécessaire (2).

Malgré les idées proposées en faveur de ou contre la peine de mort il n'est pas possible de résoudre le problème, *en dehors des tendances de l'opinion publique, quelque soit la direction de l'opinion produite dans le domaine intellectuel*. Mais il faut tout de même essayer d'éduquer l'opinion publique. De toute façon en Turquie, actuellement, l'opinion publique n'a pas une tendance qui affirme l'abolition de la peine de mort malgré quelques propositions contraires.

C¹) Benjamin Constant, *Commentaire sur Filangieri* (de Chauveau-Hélie, I, 101); Chauveau-Hélie n'accepte pas que le droit de l'Etat sur l'intervention à la liberté se présente absolument comme rendre légitime l'élimination de la vie.

(2) Graven, *loc. cit.* (bulletin 25); pour cette raison on ne peut pas donner raison aux opinions proposées dans certaines oeuvres américaines de Criminologie pour le but de définir la législation de la peine de mort: on a prétendu, en réalité, que la peine de mort réunit la société contre l'infraction par la publicité de son exécution et ainsi renforce la solidarité sociale et qu'elle supprime la charge financière du contribuable causée par la mise en prison du délinquant pendant longtemps et par conséquent qu'elle est une peine économique, et que l'élimination des délinquants, pour qui on ne peut plus avoir l'espérance de correction, n'assurera que l'utilité pour la société. Pour ces opinions (voir : Caldwell, 415 et fin, Taft, 370 et fin).

LA PEINE DE MORT EN DROIT TURC

L'Introduction

7 — Dans le code pénal turc la peine de mort est acceptée pour les crimes inscrites dans les 23 articles (1). En dehors de ces crimes il y a aussi des crimes sanctionnés par la peine capitale dans la loi penale militaire et dans la loi de Trahison à la Patrie.

Malgré tout, chez nous, cette peine n'est pas intensément prononcée et exécutée (2).

L'Exécution :

8 — D'après l'article 12 du Code Pénal Turc «*La peine de mort est la mise en fin, au moyen de la pendaison, de la vie de celui qui est condamné*».

L'article 2 de la loi sur l'exécution des peines no 647 a abrogé cet article et a montré de nouveau la façon de l'exécution en définissant la peine. L'article 2 a accepté aussi la «pendaison» dans l'exécution de la peine capitale. D'après la loi Pénal Militaire on réalise l'exécution parfois par fusillade, parfois par pendaison.

L'article 2. a déterminé quelques principes aux quels on doit respecter pendant l'exécution de la peine de mort et a laissé certains sujets que l'on peut considérer comme détails à l'égard de l'exécution, à l'ordonnance qu'il a définie dans son dernier paragraphe. Les principes, d'après l'article 2., sont les suivants:

a) La peine de mort ne peut pas être exécutée pendant les jours spéciaux de la religion et du culte du condamné. En effet; ces jours pour les musulmans sont: les fêtes religieux (les fêtes de jeûne et de sacrifice), certaines journées sacrées de la religion, les veilles des fêtes et des journées sacrées religieuses. En dehors de ces jours, on n'exécute pas la peine de

0 Les articles sont les suivants : 125, 126,127,129,131,132,133,136,137,138,141, 146,147,149,152,217,285,286,403,418,439,450.

(2) Köseoglu, *Hasıeyli Türk Ceza Kanunu (Code Pénal Turc annoté)*, Istanbul, 1955, indique qu'on a exécuté 9 peines de mort en 1946, 9 en 1948, 8 en 1949, 2 en 1950 et qu'on n'a rien exécuté en 1951-52. D'après les statistiques de Justice du numéro 422 (page 6) on a prononcé 7 peines de mort en 1957, 7 en 1958, 8 en 1959.

mort pendant les vendredis aussi, suivant les règles de coutume. Il est aussi une règle de coutume de ne pas exécuter la peine de mort pendant les jours mentionnés ci-dessus, même si le condamné n'est pas musulman.

b) Aucune maladie corporelle ne peut empêcher l'exécution de la peine de mort. Mais il n'est pas possible d'exécuter la peine de mort d'un condamné qui est en état de défaillance ou d'agonie. Car, vis-à-vis du paragraphe 3 de l'article 2 qui a pour objet de ne jamais exécuter les peines des personnes atteintes d'une maladie mentale, il faut retarder l'exécution aussi dans les cas d'une maladie corporelle qui engendre une maladie pareil à la maladie mentale sur le condamné.

La maladie mentale, soit complète, soit partielle, empêche l'exécution jusqu'à ce que le condamné guérisse. En effet à l'article 2. on a employé d'une façon absolue, l'expression de maladie mentale. Il faut accepter que la maladie mentale, si elle empêche la prononciation de la peine de mort en existant pendant la perpétration du crime, peut aussi retarder l'exécution.

c) La peine de mort d'une femme enceinte ne peut être exécutée qu'après l'accouchement.

Les détails de l'exécution d'après les articles 69-78 du projet d'ordonnance en plus de celles qui sont montrées dans la loi sont les suivantes :

aa) La peine des femmes enceintes ne peut être exécutée qu'après 30 jours de l'accouchement.

bb) On n'exécute pas ensemble les condamnés lorsqu'ils se trouvent plus d'un.

cc) On exécute la peine de mort à l'aube et on cache l'exécution des autres condamnées et détenus.

dd) On réalise l'exécution après que l'accomplit toutes les préparations nécessaires pour l'exécution et que l'on prend le condamné du lieu où il est isolé et qu'on déclare le jugement.

Le degré de publicité de l'exécution :

9 — L'article 12 du Code Pénal avait désigné les personnages qui devaient être présents obligatoirement au lieu de l'exécution, mais étant donné qu'il n'y avait pas de clarté à l'égard de l'interdiction des autres personnes en dehors des indiquées, l'exécution s'était faite publiquement pendant longtemps suivant la coutume. Ayant la conscience des conséquences très fâcheuses qui peuvent surgir ou effectuer par cette action,

nous avons exprimé l'opportunité d'une disposition nouvelle pour assurer l'exécution cachée¹).

On a défini clairement, dans le dernier paragraphe de l'article 2 de la loi no 647, que l'on exécutera la peine de mort d'une manière *publique* et on a expliqué dans le projet d'ordonnance qu'ils se présenteront; un membre du tribunal qui a prononcé la peine si on l'exécute dans les limites de sa capacité judiciaire ou bien un membre du tribunal de même degré que celui qui avait décidé le jugement si on n'exécute pas la peine capitale entre les limites du tribunal de première instance; le ministre de la République; un docteur; le greffier; et un officier de l'administration de l'établissement pénitentiaire; qu'ils pourront se présenter aussi un religieux du condamné, son avocat, une personne de la famille du condamné au cas d'une demande; et qu'on avertira le consul sur ce qu'il pourra se présenter si le condamné à mort est d'une nationalité étrangère. Personne ne peut se trouver en exécution en dehors de ceux qui sont indiqués.

La fin de l'exécution :

10 — a) D'après le paragraphe 2 de l'article 77 du projet d'ordonnance: *«on délivre le corps du condamné à ses héritiers, afin de le faire inhumer sans faire la cérémonie. Si les héritiers n'acceptent pas ou bien si le supplicié n'a pas d'héritiers, la municipalité le fait inhumer»*.

Ici, le terme *«sans faire la cérémonie»* signifie que l'on ne peut pas exercer des actions définissant les apparats en dehors de la cérémonie religieuse ordinaire.

Les héritiers *ap intestat* et les héritiers institués doivent en même temps être considérés dans l'expression des héritiers.

b) D'après le projet d'ordonnance, on fait mention de la situation au procès-verbal après que la mort est constatée et on ne permet pas à l'exposition du corps du supplicié à n'importe quelle raison et considération, et on enlève immédiatement le cadavre et les appareils. Les biens personnels du supplicié sont livrés à ses héritiers, au consulat s'il est un étranger et au juge du tribunal de simple police au cas où il n'y a pas un consulat responsable.

C¹) Dans ce sujet, voir: *Dö n m e z e r*, «La publicité dans l'exécution des peines de mort, le journal *Yeni Sabah*, no. 4293); il faut exécuter d'une manière non-publique les peines de mort (le journal *Cumhuriyet*, no. 11805).

L'article 36. de la loi de Population datée de 14 août 1330 oblige à faire un procès-verbal pour les procureurs publics et ses substituts après l'exécution des jugements de mort comme on le fait pendant l'évènement de mort; et à le donner en 24 heures au directeur régional de la population où on a élaboré la grosse.

c) D'après l'article 43 de notre Code Pénal, on annonce la résumé de la grosse du Jugement de la peine de mort en affichant dans les régions convenables du lieu où le condamné habitait dernièrement et dans le lieu où on a perpétré le crime et dans la région où on a prononcé le jugement. On a expliqué dans l'article 78 du projet de l'ordonnance que l'on decyarera cette annonce après l'exécution.

La condition intégrante pour l'exécution :

11— A l'article 64 de la Constitution de la République de la Turquie on dit que: «... *la décision d'exécuter les peines de mort prononcées par les tribunaux et devenues définitives, sont du ressort de la grande assemblée nationale de Turquie!*). Comme on a parlé ci-dessus, on trouva convenable que la Grande Assemblée Nationale de Turquie décide à l'exécution de la peine de mort pour pouvoir chercher, une fois de plus, la possibilité de la modification ou de la grâce de la peine avant l'exécution. Ce pouvoir se trouve dans les législations des autres pays; et sa transmission du souverain à l'Assemblée Nationale dans notre histoire peut être expliquée avec les raisons historiques plus que les raisons rationnelles. En effet avec la déclaration de la République on a désiré l'accumulation de tous les pouvoirs appartenant «aux droits de la Souveraineté) et on a transmis à la Grande Assemblée Nationale de Turquie, la ratification même des jugements de la peine de mort.

Seulement, c'est un problème digne d'observer minutieusement, le sujet de donner une telle compétence à une assemblée qui se trouve, par sa nature, sous l'influence des groupes politiques attendu que les décisions du pardon complet ou de la modification et de la ratification de la peine de mort ne sont pas de nature juridictionnels mais spécialement l'expression du contrôle sociale et que la révision faite et la décision prise par l'Assemblée ne sont fondées que sur l'objectif social et aussi sur la conformité du sentiment public.

En vérité il faut que l'Assemblée Nationale, en prenant la décision nécessaire sur les jugements de la peine de mort, ne doive pas critiquer un jugement du tribunal ayant la ratification de la Cour de Cassation et

aussi ne doit pas étudier les problèmes, du point de vue juridique. D'ailleurs au dernier paragraphe de l'article 132 de notre Constitution on dit que: « *Les organes législatifs et exécutifs et l'administration sont tenus de se conformer aux décisions des tribunaux. Ces organes et l'administration ne peuvent, en aucun cas, modifier ou retarder l'exécution des jugements des tribunaux* » et il est certain que le pouvoir donné à l'Assemblée Nationale par l'article 64 doit être compris d'après la disposition de l'article 132.

Mais, en réalité il y a des cas où les débats se déroulent comme une sorte de critique des jugements des tribunaux. Et il ne devient pas possible quelque fois pouvoir assurer le déroulement des débats dans une direction d'après l'exigence de la constitution. En outre, comme on prend la résolution de l'exécution par une loi, les nécessités naturelles, de la procédure obligée par les débats au Sénat et à l'Assemblée Nationale du projet de la loi préparée, exigent un intervalle de temps assez long entre l'affirmation de la Cour de Cassation et l'exécution de la peine de mort et donc il se forme une conséquence indésirable étant donné que le condamné vit dans une grande souffrance en ignorant si l'on exécutera sa peine ou non.

C'est pourquoi, nous participons à cause des deux inconvénients présentés ci-dessus, aux idées affirmant que seulement le Président de la République ait ce pouvoir.

La question si la peine de mort est inconstitutionnelle ou non a été discutée par les divers milieux en Turquie dans les dernières années.

La Cour Constitutionnelle, avec son arrêt daté de 1.7.1963 et de numéro E. 1963/207, K. 1963/175 a décidé à ce que la peine de mort n'est nullement en contradiction avec la Constitution. En effet on avait prétendu que comme l'article 11 de la Constitution affirmant qu'une loi ne peut toucher à l'essence du droit de vivre quelle que soit la raison, la peine de mort, qui enlève l'essence de ce droit, serait admise inconstitutionnelle; la Cour Suprême déclarant ce point de vue non fondé, a conclu, très opportunément, qu'il est impossible de justifier la dite prétention vis-à-vis de l'expression «la décision d'exécuter les peines de mort prononcées par les tribunaux et devenues définitives» se trouvant dans l'article 64. de la Constitution.

(Página deixada propositadamente em branco)

DIE TODESSTRAFE IN DEUTSCHLAND IN VERGANGENHEIT UND GEGENWART

Friedrich Schaffstein

Wenn wir den Tod abschaffen könnten y dagegen hätten wir nichts; die Todesstrafe abzuschaffen, wird schwerhalten. Geschieht es, so rufen wir sie gelegentlich wieder zurück.

Goethe, *Maximen und Reflexionen*, Nr. 160

Dieses Goethe-Wort findet, wenn wir die Entwicklung des Strafsystems im deutschen Recht und insbesondere die auch bei uns seit über 200 Jahren geführte ideologische Auseinandersetzung um die Todesstrafe betrachten, immer wieder seine Bestätigung.

Bis in das Hochmittelalter hinein hat in Deutschland im Zeichen einer vorwiegend «privatrechtlichen» Ahndung des Unrechts die Todesstrafe einen relativ geringen Anwendungsbereich gehabt. Ohne daß hier auf die Einzelheiten und die Hintergründe dieser frühesten Rechtsentwicklung eingegangen werden kann, sei hier nur daran erinnert, daß aus der Ablösung der Blutrache und Sippenfehde durch Sühneverträge der Sippen das Kompositionensystem des frühem Mittelalters hervorging, in den selbst schwere Verbrechen, wie Totschlag, durch Wergeid und andere abgestufte, in Vermögenseinbußen bestehende Sühneleistungen geahndet wurden. Ein öffentliches Strafrecht im heutigen Sinne mit gerichtlich zu verhängenden öffentlichen Strafen an Leben, Leib und Freiheit gab es nicht, und es ist aus der Sicht des modernen Menschen nicht leicht zu begreifen, wie eine leidliche Friedensordnung dennoch hat aufrecht erhalten werden können.

Die Lage änderte sich „als im späteren Mittelalter (etwa seit dem 11. Jahrhundert) mit der Entwicklung differenzierter sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Verhältnisse (unter anderem durch Entwicklung des Städtewesens) die ersten Ansätze einer werdenden Staatsgewalt und mit ihr eines öffentlichen Strafrechts entstanden. Obwohl dieser Übergang zum öffentlichen Strafrecht Voraussetzung für die Einführung der Todesstrafe als einer von Staats wegen vom Gericht zu verhängenden Straftat war, erklärt sie allein kaum, warum uns im 15. und 16. Jahrhundert sogleich eine so erschreckende Brutalisierung des Strafensystems begegnete das mit seiner Vielzahl grausamer, verschärfter Todesstrafen und verstümmelnder Leibesstrafen in einem erstaunlichen und in seinen Ursprüngen noch nicht hinreichend geklärten Gegensatz zu der relativen Milde der vorausgegangenen Jahrhunderte steht. Jedenfalls hat auch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 — die *Constitutio Criminalis Carolina* — zwar die Straftatbestände schärfer gefaßt, die Anwendung peinlicher Strafen auf Handlungen, für deren Strafbarkeit das Gesetz keinen Anlaß bot, untersagt und auch die Folter von streng zu beachtenden Voraussetzungen abhängig gemacht, die grausamen Strafen an Leib und Leben aber keineswegs in Frage gestellt. Wie Benedict Carpzov, der bedeutendste deutsche Kriminalist des folgenden Jahrhunderts, war sogar noch König Friedrich Wilhelm I. von Preußen, der Vater Friedrichs des Großen, auf dem Boden einer theokratischen Strafauffassung der festen Überzeugung, der Zorn Gottes werde das ganze Land züchtigen, wenn die Strafjustiz ihr Amt nicht mit aller Strenge ausübe. Er hielt es deshalb für erforderlich, das an sich schon furchtbare Strafsystem weiter zu verschärfen. Die Todesstrafe war nicht nur für schwerste Verbrechen, wie Hochverrat, Mord, Brandstiftung, Sittlichkeitsdelikte und Falschmünzerei, sondern auch für Urkundenfälschung, Taschendiebstahl, Schmuggel und manche anderen leichten Vergehen angedroht, von den zahlreichen Hexenprozessen ganz zu schweigen. Diese Einstellung zur Todesstrafe änderte sich erst, als nach der Mitte des 18. Jahrhunderts die Aufklärung den Höhepunkt ihrer Wirkung erreichte. Der radikale Bruch mit den herrschenden Überlieferungen hatte zunächst zur Folge, daß das Recht und mit ihm die Strafe die religiös-theokratische Rechtfertigung verlor. Für die Todesstrafe ergab sich damit die Notwendigkeit einer «diesseitigen» Begründung. Dazu kam eine veränderte Auffassung von der menschlichen Natur; der Einzelmensch trat in den Mittelpunkt des Interesses. Man glaubte, daß das Gute in ihm zumindest überwiege, daß der Mensch erzogen und gebessert werden könne. So forderte schon Montesquieu (1748), der zwar die Todesstrafe im Prinzip noch für

selbstverständlich hielt, daß sie nur verhängt werden dürfe, wo der Täter selbst getötet oder zu töten versucht habe. Und Friedrich der Große beschränkte schon unmittelbar nach seinem Regierungsantritt im Jahre 1740 die Anwendungsfälle der Todesstrafe und schaffte die Folter fast völlig ab.

Von nachhaltigem Einfluß für die weitere Entwicklung in Deutschland waren aber nicht so sehr die Ausführungen Montesquieus und die Maßnahmen Friedrichs des Großen, sondern das 1764 erschienene Werk des damals erst 25 jährigen Mailänders Cesare Beccaria «*Dei delitti e delle pene*», in dessen § 16 Beccaria auf nur 10 Seiten als erster leidenschaftlich die Todesstrafe bekämpfte. Er bestritt dem Staat nicht nur das Recht, die Todesstrafe zu verhängen, sondern vertrat auch die Ansicht, die lebenslange Freiheitsstrafe sichere die Allgemeinheit in gleichem Maße und erziele darüber hinaus eine bessere Abschreckung. Da eine Strafe, um gerecht zu sein, nur den Grad der Härte annehmen dürfe, der zur Abschreckung anderer genüge, sei die Todesstrafe, da sie dieses Maß überschreite, auch ungerecht.

Obwohl diese Schrift, wie in ganz Europa, so auch in Deutschland in mehreren Übersetzungen außerordentliche Verbreitung und gewaltigen Widerhall fand und etwa gleichzeitig Voltaire durch sein Eintreten für die Unschuld des zu Unrecht hingerichteten Jean Calas der Welt auch die Gefahr eines irreparablen Justizirrtums vor Augen führte, blieb der Einfluß der aufklärerischen Gegner der Todesstrafe zunächst auf die sich eben damals bildende «öffentliche Meinung» beschränkt. Diese führte dazu, daß in der gerichtlichen Urteilspraxis die Vielzahl der bisher üblichen Todesstrafen mehr und mehr verringert wurde, während andererseits die Gesetzgebung der meisten deutschen Einzelstaaten an der Todesstrafe festhielt. Immerhin wurde in Österreich unter Joseph II. und in der Toscana unter dem Regiment seines aufgeklärten Bruders und Nachfolgers Leopold die Todesstrafe wenigstens für einige Jahre ganz abgeschafft. Dagegen verzichtete das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, das bedeutendste Gesetzgebungswerk des deutschen aufgeklärten Absolutismus, nicht einmal auf die besonderen Vollstreckungsarten des Räderns und Verbrennens, wenn sie auch in der Praxis nicht mehr angewendet wurden.

In Deutschland war es nicht nur eine konservative Grundhaltung, die der Abschaffung der Todesstrafe entgegenstand, sondern vor allem auch die Tatsache, daß mit Immanuel Kant der größte Philosoph des ausgehenden 18. Jahrhunderts nachhaltig für die Todesstrafe eintrat. In der 1797 erschienenen «*Metaphysik der Sitten: Anfangsgründe einer Rechtslehre*» unternahm Kant eine sittliche Rechtfertigung der Todesstrafe

auf dem Boden einer absoluten Vergeltungstheorie der Strafe, die an das alttestamentarische Talionsprinzip anknüpfte. Gerechtheit sei nur eine Strafe, so führte er aus, die dem Täter das, was er getan hat, mit gleichem vergilt. Der Mörder könne daher allein mit dem Tode bestraft werden. Trotz dieser grundsätzlichen Befürwortung der Todesstrafe bleibt es aber Kants Verdienst, daß er ihrer Anwendung enge Grenzen zog und sich auch mit aller Entschiedenheit gegen ihren grausamen Vollzug wandte.

Für die strafrechtliche Praxis wurden diese Gedanken wenige Jahre später von Johann Anselm von Feuerbach in der von ihm entwickelten Theorie von der psychologischen Zwangswirkung der Strafandrohung modifiziert und weitergeführt. Sie finden in dem von Feuerbach entworfenen Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 erstmals Eingang in ein deutsches Strafgesetzbuch. Die Todesstrafe ist dort nur noch in 11 Fällen, nämlich für schwerste Staatsverbrechen, vorsätzliche Tötung, gemeingefährliche Delikte, Raub und Erpressung, angedroht. Die qualifizierten Vollstreckungsarten und alle Verstümmelungsstrafen fehlen völlig.

Obwohl sich die Gegner der Todesstrafe mit diesem Teilerfolg nicht zufrieden gaben und namentlich in dem großen evangelischen Theologen Schleiermacher und dem Juristen Mittermaier in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwei hervorragende Vertreter hatten, konnten sie sich gegen die herrschende Ansicht nicht durchsetzen. Diese letztere hatte in dem gerade auch für die deutsche Strafrechtswissenschaft einflußreichsten Philosophen der Zeit, nämlich Hegel, ihren wichtigsten Befürworter. Hegel, der die Strafe als Negation der Negation des Rechts auffaßte, setzte sich im ausdrücklichen Gegensatz zu Beccaria für die Todesstrafe ein, da der Mörder nur durch seine eigene Tötung seine Freiheit wiedererlangen könne.

So behielten auch die in der Zeit von 1838 bis 1848 erlassenen Strafgesetzbücher verschiedener deutscher Einzelstaaten die Todesstrafe bei, schränkten allerdings die Zahl der todeswürdigen Verbrechen weiter ein.

Einen ersten bedeutsamen Sieg errangen die Gegner der Todesstrafe 1848. Die in der Frankfurter Paulskirche tagende Deutsche Nationalversammlung sprach sich mit fast 60% der Stimmen für die Abschaffung der Todesstrafe aus und nahm das Verbot der Todesstrafe in den Grundrechtskatalog der «Verfassung des Deutschen Reiches» auf. § 139 dieser Verfassung, die am 28. März 1849 Gesetzeskraft erlangte, lautete:

«Die Todesstrafe, ausgenommen wo das Kriegsrecht sie vorschreibt oder das Seerecht im Falle der Meuterei sie zuläßt, sowie die Strafen des Prangers, der Brandmarkung und der körperlichen Züchtigung sind abgeschafft.»

Daraufhin schafften eine Vielzahl der kleineren deutschen Einzelstaaten die Todesstrafe ab, kehrten jedoch überwiegend bald wieder zu ihr zurück, da mit Österreich, Bayern, Hannover und Preußen die einflußreichsten Einzelstaaten den Grundrechten der Paulskirchenverfassung ihre Anerkennung versagten und die Todesstrafe beibehielten. In Preußen hatte zwar die «Verfassungsgebende Nationalversammlung» 1848 schon vor dem Paulskirchenparlament die Abschaffung der Todesstrafe beschlossen und in den Verfassungsentwurf aufgenommen, doch erlangte dieser Beschluß keine Gesetzeskraft, da der König die Nationalversammlung Ende 1848 auflöste. Das neue Preußische Strafgesetzbuch von 1851 drohte die Todesstrafe inmerhin noch in 14 Fällen an. Nur vier Staaten — Bremen, Oldenburg, Nassau und Anhalt — blieben bei der Abschaffung der Todesstrafe.

Trotz dieses erneuten Siegs der Befürworter der Todesstrafe verstummte die Diskussion nicht. Der 4. Deutsche Juristentag von 1863 sprach sich mit «überzeugender Mehrheit) für die Abschaffung der Todesstrafe aus, und so konnten die Anhänger der Todesstrafe bei der 2. Lesung des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, des Vorläufers des noch heute geltenden Deutschen Strafgesetzbuchs — im März 1870 nicht verhindern, daß die Abschaffung der Todesstrafe nach lebhafter Debatte mit 59% der Stimmen beschlossen wurde. Nachdem jedoch an dieser Frage der gesamte Gesetzentwurf zu scheitern drohte, weil die verbündeten Regierungen unter diesen Umständen ihre Zustimmung in Frage stellten, und nachdem Bismarck mehrfach persönlich in die Debatte eingriff und sich leidenschaftlich für die Todesstrafe einsetzte, wurde in der 3. Lesung im Mai 1870 mit 127:119 Stimmen (=51,6%) die Beibehaltung der Todesstrafe beschlossen. Das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes, das dann am 15. Mai 1871 als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich verkündet wurde, sah damit die Todesstrafe noch für Mord und schwerste Fälle des Hochverrats vor.

Obwohl in der strafrechtlichen Literatur der folgenden Jahrzehnte weiterhin die Gegner der Todesstrafe in der Überzahl waren, sahen die Strafgesetzbuchentwürfe von 1909, 1913 und 1919 ebenfalls die Todesstrafe vor, und auch die Deutschen Juristentage von 1910 und 1912 sprachen sich mit knapper Mehrheit für die Todesstrafe aus. Auch der Versuch, nach dem Sturz der Monarchie das Verbot der Todesstrafe 1919 in der Weimarer Verfassung zu verankern, scheiterte; 52,5% der Abgeordneten sprachen sich gegen eine entsprechende Grundrechtsbestimmung aus. Dagegen wurde eine Entschließung angenommen, in der die Reichsregierung aufgefordert wurde, dem Reichstag einen Gesetzentwurf mit

dem Ziel der Abschaffung der Todesstrafe vorzulegen. Doch schon bald waren auch im Reichstag die Befürworter der Todesstrafe wieder in der Überzahl. Der große Kriminalist Gustav Radbruch — selbst anerkannter Gegner der Todesstrafe — mußte als Justizminister sogar seine Zustimmung zu dem Republiksschutzgesetz von 1922 geben, das als Reaktion auf die Ermordung der demokratischen Minister Erzberger und Rathenau durch fanatische Rechtsradikale schwere Fälle der Beteiligung am Hochverrat mit dem Tode bedrohte. Die Todesstrafe blieb damit auch weiter bestehen. Sie wurde freilich bis 1933 nur in seltenen Einzelfällen, so als Sühne einiger besonders grausamer Sexualmorde (Fälle Haarmann und Kürten), unter dem Druck der öffentlichen Meinung vollstreckt.

Die Situation änderte sich mit der Machtergreifung durch das nationalsozialistische Regime, dessen Ideologie keine Hemmungen gegen die Todesstrafe enthielt. Zunächst wurde in den Jahren 1933-1939 die ursprünglich nur für den Mord vorgesehene Todesstrafe auch auf eine Reihe weiterer Delikte ausgedehnt, so insbesondere auf Hoch- und Landesverrat, Kindesraub und Autofallenstellen. Die sich im Sinne einer häufigeren Anwendung und auch Vollstreckung der Todesstrafe steigende Entwicklung fand ihren grausamen Höhepunkt in den letzten Kriegsjahren, in denen die Gesetzgebung des Regimes und seine Strafjustiz durch einen entsetzlichen Mißbrauch der Todesstrafe zu terroristischen Zwecken gekennzeichnet war. Die Zahl der damals vollstreckten Todesurteile läßt sich kaum zuverlässig rekonstruieren, geht aber jedenfalls in die Tausende.

Vor allem als Reaktion hierauf beschloß der Parlamentarische Rat bei der Beratung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, die Todesstrafe zu beseitigen. Art. 102 des Grundgesetzes vom Mai 1949 bestimmt daher in schlichter Klarheit: Die Todesstrafe ist abgeschafft.

Mehrere Anträge kleiner Parteien, die Todesstrafe für Mord wieder einzuführen, erhielten 1950, 1952 und 1958 nicht einmal die einfache Mehrheit im Bundestag, geschweige denn die zur Wiedereinführung erforderlich 2/3-Mehrheit. Auch die Große Strafrechtskommission sprach sich bei der Beratung des Entwurfs zu einem neuen Strafgesetzbuch im Oktober 1958 eindeutig mit 19:4 Stimmen gegen die Wiedereinführung der Todesstrafe aus ⁽¹⁾.

Einen wesentlichen Anteil daran, daß es bisher nicht zur Wiedereinführung der Todesstrafe kam, wird man der deutschen

⁽¹⁾ «Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission»,
Bd. 11: *Beratungen zur Todesstrafe*.

Strafrechtswissenschaft zusprechen müssen, die sich unter dem Eindruck jener Erfahrungen der nationalsozialistischen Zeit, aber mit unterschiedlichen Begründungen, in den beiden letzten Jahrzehnten fast einmütig gegen die Todesstrafe gewandt hat. Demgegenüber ist die Mehrheit der Bevölkerung wohl nach wie vor für die Todesstrafe. 1950 und 1952 sprachen sich bei Meinungsumfragen bereits 55% für die Wiedereinführung der Todesstrafe aus, 1958 waren es sogar 80% (1). Bei einer im Februar 1961 durchgeführten Umfrage ergab sich, daß nur 8% der Befragten grundsätzlich gegen die Todesstrafe waren und weitere 14% sie nur für bestimmte schwere Verbrechen billigten, während sich 63% vorbehaltlos für die Wiedereinführung der Todesstrafe einsetzten (2). In den letzten Jahren haben vor allem die sich häufenden Raubmorde an Taxifahrern und einige scheußliche Sexualmorde an Kindern den Befürwortern der Todesstrafe neuen Auftrieb gegeben. Auch in Österreich sprachen sich 1958 75% der Befragten für die Wiedereinführung der Todesstrafe aus.

Da im Volke die für die Wiedereinführung der Todesstrafe erforderliche 2/3-Mehrheit durchaus vorhanden zu sein scheint, kann es nicht verwundern, daß auch die juristische Fachdiskussion um die Todesstrafe in Deutschland noch nicht verstummt ist. Wir wenden uns nunmehr dieser Diskussion zu. Dabei soll unsere Darstellung nur einen Überblick über die wichtigsten und in der deutschen Auseinandersetzung geläufigsten Argumente für und wider die Todesstrafe geben, ohne in dem gegebenen Rahmen dieses Beitrages das Problem auch nur annähernd erschöpfen zu können.

Nach dem Mißbrauch, der in Deutschlands jüngster Vergangenheit mit der Todesstrafe getrieben worden ist, wird von Gegnern und Befürwortern der Todesstrafe heute als erstes die Frage gestellt, ob es dem Staat überhaupt gestattet ist, die Todesstrafe zu verhängen.

Für den Staat des Spätmittelalters und bis in das 19. Jahrhundert hinein mag die Todesstrafe auf dem Boden einer theokratischen Strafauffassung selbstverständlich gewesen sein. Ebenso halten sich die modernen totalitären Staaten namentlich des Ostblocks für befugt, die Todesstrafe zu verhängen, weil sie sich gegenüber dem Einzelmenschen jede Machtbefugnis anmaßen, die ihrem Staatsziel dienlich ist. Dem entspricht es, daß in dem kommunistischen Teilstaat Deutschlands, der DDR, im Gegensatz zur Bundesrepublik die Todesstrafe nicht abgeschafft worden

0) Dreher, a.a.O., S. 548.

(2) Müller-Meinigen, in dem Sammelband *Die Frage der Todesstrafe*, 1962, S. 111. Die verbleibenden 15% der Befragten äusserten «keine Meinung».

ist, sondern noch immer bei schwersten Staats- und Tötungsdelikten verhängt und vollzogen wird. Dagegen ist für die Staatsform einer modernen Demokratie westlicher Prägung die Frage nach der Todesstrafe unlöslich verbunden mit der Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit, ihrer inneren Legitimation.

Man **kann** dem Staat diese Legitimation sicherlich nicht schon deshalb bestreiten, weil der Einzelne dem Staat das Recht zu seiner Tötung nicht übertragen könne, da ihm ein Recht zur Selbsttötung nicht zustehe. Diese Auffassung der Demokratie liegt hinter uns. Zum anderen kann man die Legitimation auch nicht einfach damit begründen, daß der Staat sich gegenüber dem Schwerstverbrecher in einer Notwehrsituation befände, die auch seine Tötung rechtfertige. Eine solche Notwehrsituation hegt gegenüber dem gefaßten Mörder nicht vor.

Auch mit rein theologischen Argumenten läßt sich — wie es vielfach versucht wird — die Frage nach der inneren Legitimation des Staates zur Verhängung der Todesstrafe nicht beantworten. Es ist zwar richtig, daß das Leben des Menschen ein vorstaatliches Recht ist, dem Einzelnen also nicht vom Staat gegeben worden ist, daraus aber etwa unter Berufung auf die Heiligkeit des Lebens oder das Mysterium des Todes zwingend zu folgern, der Staat könne vom einzelnen das Leben auch nicht fordern, ist **unmöglich**. Dazu müßte man eine Staats- und Rechtstheorie entwerfen, die in Bereiche führen würde, in denen eine Verständigung mit logischen **Argumenten** nicht mehr möglich ist (^x). Erstens bestreitet niemand dem Staat das Recht, selbst in Friedenszeiten das Leben aus anderen als aus Strafzwecken von seinen Bürgern zu fordern, man denke nur an die Polizei bei der Verbrechensbekämpfung oder an Katastropheneinsätze des Militärs. Wenn darüber hinaus alle Staaten in Kriegszeiten zum Zweck der Verteidigung den vollen, erforderlichenfalls bis zum Tode gehenden Einsatz ihrer Bürger zu verlangen pflegen und auch verlangen dürfen, so scheint es kaum möglich zu sein, einem Staat das Recht auf Todesstrafe gegen ein Verbrechen zu verweigern. Zum anderen befürworten auch Vertreter beider christlichen Konfessionen grundsätzlich die Zulässigkeit der Todesstrafe (²).

Da die Strafgewalt des Staates ihre Rechtfertigung aus dem Dients an der Gerechtigkeit erhält, unterliegt auch die Ausübung der Strafgewalt

C¹) Bockelmann, in «Niederschriften», a.a.O., S. 16.

(²) Dreher, a.a.O., S. 551; Künneth in «Todesstrafe», a.a.O., S. 153. Zu der vor allem von der katholischen Seite vertretenen «Rechtsverwirkungstheorie» siehe vor allem Ermecke, *Zur ethischen Begründung der Todesstrafe heute*, Paderbonn, 1963 (2. Aufl.).

selbst der Forderung der Gerechtigkeit. Das heißt, die Strafe muß dem Grunde und der Höhe nach gerecht sein. Um an den Schwerpunkt des Problems zu gelangen, muß man daher von dem Sinn und Zweck der Strafe ausgehen. Während die absoluten Straftheorien den Sinn der Strafe nur in der Schuldvergeltung sehen und die relativen Straftheorien die Strafe nur mit general- oder spezialpräventiven Gesichtspunkten rechtfertigen, wird heute in Deutschland von der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Lehre eine alle Strafzwecke vereinigende Straftheorie vertreten, die den Sinn der Strafe sowohl in der Schuldvergeltung als auch in der Erreichung kriminalpolitischer Zwecke — also in der General — und Spezialprävention — sieht ⁽¹⁾. Hierbei darf jedoch den mit der Strafe verfolgten Zwecken nicht das Wesen der Strafe, das in der gerechten Tatvergeltung besteht, geopfert werden. Die Vereinbarkeit des Grundsatzes der gerechten Tatvergeltung mit den Strafzwecken der General- und Spezialprävention wird dadurch erleichtert, daß heute von einem Teil der deutschen Strafrechtswissenschaft und auch vom Bundesgerichtshof die Ansicht vertreten wird, daß sich der Umfang einer gerecht vergeltenden Strafe nicht genau nach Punkten bestimmen läßt, sondern daß man nur erkennen kann, ob eine Strafe noch gerecht erscheint oder nicht. Innerhalb des Spielraums, den die Verhängung einer gerechten Strafe so eröffnet, lassen sich ohne weiteres die Präventionszwecke berücksichtigen ⁽²⁾. Voraussetzung für eine gerechte Strafe ist aber immer, daß sie als Schuldvergeltung gerecht ist, also die Höhe der Schuld nicht übersteigt, denn die Strafe findet ihre Grundlage in dem schuldhaften Unrecht der Tat und ist damit in ihrem Umfang durch die im Prinzip der Gerechtigkeit wurzelnde Relation zwischen Schuld und Strafe bestimmt. Die Todesstrafe ist daher nur zulässig, wenn sie unter dem Gesichtspunkt der Schuldvergeltung zu rechtfertigen ist.

Gerade dies aber wird von vielen Gegnern der Todesstrafe bestritten, soweit sie das Prinzip der Schuldvergeltung nicht einfach mit dem Talion gleichsetzen. Dabei wird folgendes gegen die Todesstrafe angeführt:

1. Wenn die Todesstrafe schwerste Schuld vergelten solle, müsse sie eine Übelszufügung für den Täter sein, dem Täter müsse ein objektiv und subjektiv meßbares Übel zugefügt werden. Da der Tod aber ebensowenig schlechthin ein Übel sei wie die Geburt ein Glück, erscheine

⁽¹⁾ Schönke-Schröder, *a.a.O.*, Vorb. 4 vor § 13 mit weiteren Nachweisen. Ebenso auch die amtliche Begründung zum Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches.

⁽²⁾ Schönke-Schröder, *a.a.O.*; *BGHSt* 7/28 ff; Maurach in «Todesstrafe», *a.a.O.*, A. 19.

es fragwürdig, ob der Staat den Tod willkürlich herbeiführen und zur Strafe deklarieren könne. Erscheine es so schon zweifelhaft, ob der Tod objektiv als ein Übel angesehen werden könne, so sei auch der Tod als subjektive Übelzufügung recht fragwürdig. Erstens spreche die hohe Zahl von Selbstmorden gefaßter Mörder dafür, daß sie selbst den Tod einer Freiheitsstrafe vorzögen, zum anderen könne der Verurteilte das Übel nur empfinden, bevor es ihm zugefügt worden sei. So reduziere sich das Übel subjektiv auf die Todesangst vor der Hinrichtung (1), das Übel sei nicht der Tod, sondern das Sterben (2). Die kreatürliche Todesangst zum Strafübel zu machen, erscheine aber bedenklich, zumal das Übel nicht meßbar und daher mit rechtsstaatlichen Grundsätzen kaum vereinbar sei.

Demgegenüber wird von den Anhängern der Todesstrafe gesagt, der Mörder habe nicht nur den höchsten Wert einer jeden Rechtsordnung vernichtet, sondern etwas schlechthin Absolutes getan, etwas, was nicht mit meßbaren Reaktionen wie der Freiheitsstrafe ausgeglichen werden könne, sondern ebenfalls eine Antwort im Absoluten, nämlich den Tod des Täters, verlange.

Nicht nur, daß aus dieser Argumentation noch deutlich die Ansicht vom Mord als *crimen laesae majestatis divinae* herauszuhören ist, vom strafrechtlichen Standpunkt ist auch zu fragen, ob der Mord im Bereich des Strafrechts wirklich etwas Absolutes ist. Die schuldhafte Vernichtung fremden Lebens kann der Tat diesen Charakter nicht geben, und auch der hinzutretende Vorsatz ist nicht das entscheidende Merkmal, da niemand fordert, jeden Totschläger mit dem Tode zu bestrafen. Dazu sei bemerkt, daß das deutsche Strafrecht seit jeher zwischen zwei Formen vorsätzlicher Tötung unterscheidet, dem Mord und dem Totschlag, von denen im *StGB* von 1871 nur der erstere mit der Todesstrafe bedroht war, bis diese 1949 auch dort durch die lebenslange Zuchthausstrafe ersetzt wurde. Es müßte also, worauf besonders Bockeimann hingewiesen hat (3), zwischen Mord und Totschlag ein qualitativer Unterschied bestehen, der es rechtfertigt, von der Freiheitsstrafe zu der nicht nur quantitativ, sondern qualitativ andersartigen Todesstrafe überzugehen. Ein solches qualitatives Unterscheidungsmerkmal, das den Mord klar vom Totschlag abhebt, läßt sich aber, wie gerade die Arbeiten an dem Entwurf eines neuen deutschen Strafgesetzbuchs gezeigt haben, kaum finden. Alle Bemühungen sowohl des (*)

(*) **Dreher**, *a.a.O.*, S. 552 f.

(2) **Bockelmann** in «Niederschriften», *a.a.O.*, S. 17.

(3) **Bockelmann**, *Die Frage der Todesstrafe*, S. 146 f.

früheren wie des geltenden deutschen Strafrechts wie auch der Entwürfe zu einem *StGB*, von denen die ersteren den Mord durch das Merkmal der mit Überlegung ausgeführten Tötung, die zweiten durch das Kriterium der besonderen ethischen Verwerflichkeit der Tat und die dritten (insbesondere der Entwurf 1962) durch eine Verknüpfung der beiden vorgeimanten Kriterien bestimmen wollen, haben zu einem allseitig begriedigenden Ergebnis nicht geführt. Das Problem der Abgrenzung todeswürdiger Tötungen von anderen Fällen vorsätzlicher Tötung — darin wird man Bockeimann zustimmen müssen — wird daher stets eine ernst zu nehmende Schwierigkeit jeder Wiedereinführung der Todesstrafe bleiben.

2. Ein weiterer Einwand, der gegen die Todesstrafe als Schuldstrafe erhoben wird, ist dieser: Um die Todesstrafe zu verhängen, müsse es sich um eine volle Schuld im tiefsten Sinne handeln, für die Tat müsse man die gesamte Persönlichkeit des Täters verantwortlich machen können. Da es aber keinen idealistischen Indeterminismus gebe, gebe es keine Schuld, für die der Mensch mit seiner vollen Persönlichkeit vorwerfbar einzustehen habe. Für eine Teilschuld könne aber nicht als Ausgleich die Hingabe des Lebens gefordert werden (1).

Zwar wird man diesen Einwand nicht einfach damit widerlegen können, daß man etwa unter Hinweis auf die moderne Wohlstandskriminalität versucht, den Einfluß von Umweltfaktoren und Anlagen weitgehend zu leugnen (2). Denn gerade in der Wohlstandskriminalität zeigt sich, in wie starkem Maß Umwelteinflüsse und nicht Strafdrohungen die Kriminalitätsentwicklung beeinflussen. Zum anderen darf man diese Bedenken aber auch nicht überbewerten, wenn man nicht zu einer grundsätzlichen Verneinung des Schuldstrafrechts kommen will. Löst man Begriffe wie Verantwortung und Schuld in bloße Psychologie und Soziologie auf, so leugnet man damit letztlich jede Entscheidungsfreiheit des Einzelnen und entzieht einer auf Verantwortung begründeten Gesellschaftsordnung das Fundament (3).

Sprechen die bisher erörterten Gesichtspunkte gegen die Todesstrafe als Mittel schwerster Schuldvergeltung, so darf aber nicht übersehen werden, daß viele Anhänger der Todesstrafe sie gerade nur deshalb bejahen, weil sie in ihr die einzig mögliche Art der Vergeltung schwerster Schuld sehen. Sie sind der Ansicht, für Taten mit schwerster Schuld müsse

C¹) Dreher, a.a.O., S. 559; Sieverts in «Niederschriften», a.a.O., S. 26.

(²) Skott in «Niederschriften», a.a.O., S. 12.

(³) Süsterhenn in «Todesstrafe», a.a.O., S. 128.

der Täter als Strafe endgültig aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden, an Stelle der Todesstrafe könne daher nur eine ernstgenommene lebenslange Freiheitsstrafe treten ⁽⁴⁾, das heißt, eine lebenslange Freiheitsstrafe, bei der selbst eine Begnadigung nach einer Strafdauer von 20-25 Jahren gesetzlich ausgeschlossen ist. Mache man aber mit der lebenslangen Freiheitsstrafe in dieser Form ernst, so würde damit die sinnvolle Grenze jeder Strafdauer überschritten. Sie stützen sich dabei zur Begründung auf die Beobachtungen von Psychologen und Anstaltsleitern, nach denen spätestens nach einer Strafdauer von 20-25 Jahren bei dem Gefangenen der Abbau der aktiven Kräfte beginnt, der dann schnell zur völligen Lebensuntauglichkeit und Verstumpfung, ja oft sogar zur Verblödung führt. Durch eine solche Strafe werde daher die Würde des Menschen, den man wie ein Tier in einen Käfig sperrt, bis er verblödet, weit mehr verletzt als durch die Todesstrafe. Diese sei daher gegenüber der lebenslangen Freiheitsstrafe die mildere und humanere Strafe und sei ihr deshalb vorzuziehen ⁽²⁾. Lasse man aber bei einem der Resozialisierung zugänglich erscheinenden oder für den Rest seines Lebens unschädlich erachteten Täter eine zumindest gnadenweise Entlassung nach einer Strafdauer von etwa 20 Jahren zu, so stehe jede lebenslange Freiheitsstrafe unter der Mentalreservation, daß es sich bei ihr praktische nur um eine zeitliche Freiheitsstrafe handele ⁽³⁾. Eine nur zeitliche Freiheitsstrafe auch von dieser Dauer sei aber weder ein gerechter Schuldausgleich, noch werde sie dem Sühnebedürfnis der Verwandten des Opfers gerecht.

Nun liegt es aber gerade im Wesen der Gnade, daß sie eine gegen den Betroffenen gerechterweise verhängte Maßnahme wenigstens teilweise aufhebt, daß also die Gnade dem Recht vorgeht. Wollte man jede Gnadenmöglichkeit gesetzlich ausschließen, so würde man in der Tat die Lage des zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten unerträglich verschärfen; denn nur die Hoffnung auf eine eventuelle Begnadigung hält in der Regel die aktiven Kräfte des Gefangenen wach und läßt ihn eine Strafdauer von immerhin 20 Jahren überstehen ⁽⁴⁾.

Läßt man aber die gnadenweise Entlassung eines Täters nach etwa 20-25 Jahren weiterhin zu, so kann die lebenslange Freiheitsstrafe durchaus als sinnvoller Ersatz für die Todesstrafe angesehen werden.

⁽¹⁾ Welzel in «Niederschriften», *a.a.O.*, S. 47; zu dem ganzen Problem siehe auch Dreher, *a.a.O.*, S. 562 ff

⁽²⁾ Skott in «Niederschriften», *a.a.O.*, S. 11; Welzel, *a.a.O.*

⁽³⁾ Skott, *a.a.O.*

⁽⁴⁾ Dreher, *a.a.O.*, S. 564.

Auch dieses Argument spricht daher nicht zwingend für die Wiedereinführung der Todesstrafe.

Ziehen wir aus allem die Schlußfolgerung, so scheinen uns die bisher angeführten Gesichtspunkte für die grundsätzliche Zulässigkeit der Todesstrafe zwar sehr beachtenswert, aber doch gleichzeitig auch wieder so gewichtigen Einwendungen ausgesetzt, daß aus ihnen die Notwendigkeit der Todesstrafe nicht zwingend gefolgert werden kann. Wenden wir uns daher nun den pragmatischen Gesichtspunkten zu, die für oder gegen die Todesstrafe sprechen.

Als erstes ist hier zu fragen, ob nicht die kriminalpolitischen Nebenzwecke der Strafe — also General — oder Spezialprävention — für die Notwendigkeit der Todesstrafe sprechen. Die Anhänger der Todesstrafe berufen sich zur Rechtfertigung dieser Maßnahme immer wieder auf ihre größere Abschreckungswirkung. Die Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe oder die Todesstrafe mehr abschrecken, läßt sich theoretisch kaum beantworten. Den geistig tätigen Menschen wird sicher der lebenslange Kerker mehr schrecken als der rasche Tod, während es zum anderen auch viele gibt, die sich von der Todesstrafe mehr schrecken lassen. Man denke nur an einen mehrfach vorbestraften Täter, dem schon bei einer weit geringeren Straftat als einem Mord eine lange Freiheitsstrafe oder sogar die lebenslängliche Sicherungsverwahrung droht; ihn wird nur die Todesstrafe von schwersten Taten abhalten können. Noch ein anders kommt hinzu. In vielen Fällen wird sich der Täter vor der Tat überhaupt keine Gedanken über mögliche Strafe machen, sondern seine Tat begehen, weil das hierzu drängende Motiv — wie bei Leidenschafts- oder Triebverbrechern oder auch Überzeugungsstätern — jede Hemmung ausschaltet und ihn überwältigt. Bezieht er aber auch eine mögliche Strafe in seine Überlegungen ein, so kalkuliert er in den weitaus meisten Fällen nicht mit der Höhe der Strafe für die geplante Tat, sondern damit, wie groß für ihn das Risiko einer Entdeckung ist. Nicht die Höhe der Strafdrohung, sondern die Höhe des Risikos, entdeckt zu werden, gibt den Ausschlag, worin wir wiederum Bockelmann beipflichten ⁽¹⁾. Diese Einsichten werden auch nicht damit widerlegt, daß immer wieder Täter auf ausdrückliches Befragen durch die Polizei oder gar durch das Gericht versichern, sie würden ihre Tat unterlassen haben, wenn es noch die Todesstrafe gebe. Solche Äußerungen sind letztlich völlig wertlos. Dem so befragten Täter bleibt nichts anderes übrig, als diese Frage so zu beantworten, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß das Gericht zu

C¹⁾ Bockelmann in «Todesstrafe», *a. a. O.*, S. 145.

der Ansicht gelangt, es habe einen besonders hart gesottenen Verbrecher von sich, der keinerlei Milde verdiene (1).

Läßt sich daher auf dem Wege der logischen Deduktion die größere Abschreckungswirkung der Todesstrafe nicht nachweisen, so bleibt nur die Möglichkeit, sie mit Hilfe der Kriminalstatistik zu belegen. Gerade dieser Versuch ist aber bisher nicht gelungen. Weder die zahlreichen europäischen Untersuchungen dieser Frage noch die nordamerikanischen Untersuchungen, in denen noch zusätzlich die Entwicklung der Mordkriminalität in Bundesstaaten mit und ohne Todesstrafe verglichen werden konnte, haben bisher den Nachweis erbringen können, daß die durch Todesstrafe eine größere Abschreckung und daher ein Rückgang der Mordkriminalität erzielt werde. Auch in der Bundesrepublik Deutschland ist die Zahl der Morde seit Abschaffung der Todesstrafe nicht angestiegen, sondern zurückgegangen und ist nach 1949 niedriger als in den Jahren 1933-1935, in denen mindestens jeder dritte Mörder hingerichtet wurde» Dieser Rückgang ist umso bemerkenswerter, als die Zahl der übrigen Gewaltverbrechen — etwa Raub und Notzucht — eher zugenommen hat. Übrigens ist auch zu beachten, daß die Verurteilungsstatistik des letzten Jahrzehnts in der Bundesrepublik durch die zahlreichen Mordfälle aus der nationalsozialistischen Zeit, die erst jetzt zur Aburteilung gelangen, zusätzlich belastet wird.

Nun kann auch die Statistik nicht widerlegen, daß es Einzelfälle gibt, in denen die Todesstrafe abschreckend auf den Täter wirkt. Demgegenüber wird aber von den Gegnern der Todesstrafe darauf hingewiesen, daß ebenso die Gefahr besteht, daß gerade der Vollzug eines Todesurteils in anderen den Entschluß zu einem eigenen Tötungsdelikt hervorrufen könne. Weiterhin würden bei der Wiedereinführung der Todesstrafe die Zahl der Freisprüche mangels Beweises häufiger werden, da die Verantwortung des Richters durch sie erheblich größer werde und Richter daher selbst sehr entfernten Zweifeln nachgeben würden. Mit sinkender Aufklärungsquote würde aber notwendig die Abschreckungswirkung auch der Todesstrafe wieder verringert (2).

Die sichernde Wirkung der Todesstrafe steht natürlich außer Frage. Es bleibt aber zu fragen, ob nicht durch eine lebenslange Freiheitsstrafe, selbst wenn die Möglichkeit einer Begnadigung besteht, der gleiche Sicherungseffekt erzielt werden kann. Für diese Annahme spricht die Tatsache, daß die Zahl der nach einer Begnadigung wieder rückfällig

C¹) **Bockelmann**, *a.a.Or*, **Skott** in «Nierschriften», *a.a.O.*, S. 11.

(2) **Dreher**, *a.a.O.*, S. 555.

gewordenen Mörder minimal ist. Allerdings ist auch in Deutschland nach dem Kriege bereits ein solcher Fall vorgekommen (*). Aber es handelt sich hier um eine vereinzeltete Ausnahme, die nicht dazu berechtigt, aus ihr schwerwiegende kriminalpolitische Konsequenzen wie die Wiedereinführung der Todesstrafe abzuleiten. Im allgemeinen ist ganz im Gegenteil festzustellen, daß im Strafvollzug die Mörder meist zu den positiven, einer Resozialisierung am besten zugänglichen Gefangenen gehören und daß sich in den (in der Bundesrepublik übrigens ziemlich seltenen) Fällen einer gnadenweisen Entlassung das Rückfallsrisiko als gering erwiesen hat. Auch die immer wieder behauptete Gefahr⁽²⁾, der zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe Verurteilte erhalte damit einen Freibrief für Taten jeder Art, insbesondere auch gegenüber dem Aufsichtspersonal des Gefängnisses, wird durch die Praxis nicht bestätigt. Vielmehr wird sich der Gefangene — solange die Möglichkeit einer gnadenweisen Entlassung besteht — stets darum bemühen, sich mustergültig zu führen. Im übrigen bringt auch die Todesstrafe Gefahren für das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit mit sich. Der flüchtige Mörder, der nur mit der Todesstrafe rechnen kann, verteidigt auf der Flucht nicht nur seine Freiheit, sondern zugleich sein Leben. Er wird gegenüber seinen Verfolgern sehr viel rücksichtsloser Vorgehen, als wenn es nur um seine Freiheit ginge⁽³⁾.

Besteht somit die bessere Abschreckungswirkung der Todesstrafe nur in Einzelfällen und wird in der Regel dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit auch die lebenslange Freiheitsstrafe gerecht, so spricht ein anderes Argument von großem Gewicht *gegen* die Todesstrafe, nämlich ihre zangsläufige Irreparabilität im Falle eines Justizirrtums.

Während jede andere zu Umecht verhängte Strafe wenigstens teilweise wieder gutzumachen ist, ist dies bei der Todesstrafe unmöglich. Dieser Nachteil wird auch von den Befürwortern der Todesstrafe nicht geleugnet, sie glauben jedoch, die Gefahr von Fehlurteilen bis auf ein Minimum herabmindern zu können, indem sie gleichzeitig für die Verhängung der Todesstrafe besondere, über die sonstigen Verurteilungsgrundlagen hinausgehende Beweisvorschriften vorschlagen. So wollen sie teilweise die Todesstrafe nur dann zulassen, wenn ein Geständnis

C¹⁾ Der im Jahre 1946 von einem britischen Militärgericht zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilte Doppelmörder *Herns*, der nach verhältnismäßig kurzer Zeit wegen guter Führung bedingt entlassen wurde, beging kurz nach seiner Entlassung in Hamburg zwei Taximorde (*Skott* in «Niederschriften», a.a.O., S. 13.

(²⁾ *Süsterhenn* in «Todesstrafe», a.a.O., S. 133.

(⁸⁾ *Dreher*, a.a.O., S. 557.

des Angeklagten vorliegt, oder doch zum mindesten eine Verurteilung aufgrund von Indizien verbieten. Solche Vorschläge vermögen jedoch nicht nur die Gefahr eines Justizirrtums nicht zu beheben, sondern führen auch gleichzeitig andere Gefahren mit sich. Erstens ist es nicht möglich, an den Schuldnachweis bei Kapitalverbrechen höhere Anforderungen zu stellen als bei anderen Straftaten. Zum anderen erscheint es aber auch fraglich, ob dem Geständnis wirklich ein höherer Beweiswert zukommt als Indizien. Tatzeugen dürften sowieso in sehr vielen Fällen fehlen. Vor allem aber sollte es zur Warnung dienen, daß sich aus der Überbewertung des Geständnisses als Beweismittel im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß die Folter als Instrument der Geständniserschließung mit allen ihren Schrecken fast zwangsläufig entwickelt hat. Letztlich würde jene Regelung auch zu der immannehmbaren Konsequenz führen, daß der geständige und reumütige Täter hingerichtet werden müßte, während der verstockte Täter, der seine Tat trotz erdrückender Beweise bis zum Schluß leugnet, nicht mit dem Tode bestraft werden könnte. Die Tatsache, daß es kein absolut sicheres Beweismittel gibt, spricht vielmehr dafür, unwiderrufliche Strafen überhaupt nicht zuzulassen. Sie ist somit ein starkes Argument gegen die Todesstrafe.

Auch die vielfach vorgeschlagene zweite Tatsacheninstanz für Kapitalverbrechen, die es in Deutschland bisher nicht gibt, dürfte die Gefahr eines Justizirrtums kaum verhindern, da mit zunehmendem zeitlichen Abstand zur Tat die Zeugenaussagen immer unsicherer werden und so die Wahrheitsfindung des Gerichts nicht erleichtert, sondern erschwert wird ⁽¹⁾. Die Wahrscheinlichkeit, daß im Durchschnitt das Urteil des Berufungsgerichts besser sein würde als das der ersten Instanz ist gering. Auch eine wahlweise Androhung der Todesstrafe — wie sie gelegentlich gefordert wird — löst das Problem nicht. Denn jede unterschiedliche Handhabung des so eingeräumten richterlichen Ermessens durch verschiedene Gerichte würde in Bezug auf die Todesstrafe zu unerträglichen

⁽¹⁾ Dreher, a.a.O., S. 562. Erwägenswert wäre dagegen der von Skott («Niederschriften», a.a.O., S. 14) bei der Diskussion des Todesstrafenproblems in der amtlichen Strafrechtskommission gemachte Vorschlag einer obligatorischer Nachprüfung jedes Todesurteils durch den Bundesgerichtshof, der dabei nicht durch so enge Bindungen, wie sie die bisherigen Revisionsvorschriften enthalten, gehemmt sein dürfte und auch den Täter persönlich hören müßte.

Recht fragwürdig ist dagegen meines Erachtens der Vorschlag, bei Todesurteilen die Anonymität der Kollektiventscheidung aufzuheben, um dem Richter «das Bewußtsein seiner Verantwortung besonders fühlbar zu machen» (so aber Skott und Frankel in «Niederschriften», z.a.O., S. 14, 35).

Konsequenzen führen ⁽¹⁾. Sie würde zudem den Richter mit einer Verantwortung belasten, die ihm der insofern weise deutsche Strafgesetzer von 1871 gerade abnehmen wollte, indem er für den Mord als schwersten Fall vorsätzlicher Tötung die Todesstrafe absolut androhte.

Die Gefahr eines Fehltrteils läßt sich auch nicht dadurch umgehen, daß man dem Gericht eine obligatorische Gnadeninstanz nachordnet, die bei Zweifeln an der Schuld des Verurteilten den Vollzug der Todesstrafe verhindern und diese in eine lebenslange Freiheitsstrafe umwandeln könnte. Dabei wird übersehen, daß Zweifel an der Schuld des Angeklagten bzw. Verurteilten nicht nur den *Vollzug* der Todesstrafe, sondern jede Verurteilung an einer Strafe überhaupt ausschließen, der Inhaber der Gnadengewalt also konsequenterweise die Freilassung des Verurteilten verfügen müßte ⁽²⁾. Das aber ist eine Konsequenz, die natürlich von niemandem gezogen wird.

Überhaupt ist jede Einschaltung einer Gnadeninstanz vor dem Vollzug eines Todesurteils bedenklich, da sie zu einer Teilung und Doppelung der Verantwortung führt. Es läßt sich nämlich die Frage nicht ausschalten, daß das Gericht den Entschluß zur Todesstrafe nur deshalb findet, weil es sich dabei beruhigt, daß sein Spruch noch nicht das letzte Wort ist, während der Inhaber der Gnadengewalt zur Verweigerung der Gnade bereit ist, nur weil ihn die Autorität des Gerichts beeindruckt und er sie durch eine Entscheidung nicht in Frage stellen will ⁽³⁾. Außerdem besteht in einem Bundesstaat wie der Bundesrepublik Deutschland die Gefahr, daß die einzelnen Länder das Gnadenrecht recht unterschiedlich ausüben, was in bezug auf die Todesstrafe ebenfalls recht mißlich wäre⁽⁴⁾. Läßt sich somit die Gefahr von Fehltrteilen theoretisch nicht ausräumen, so ist andererseits zu fragen, ob denn diese Gefahr in praxi wirklich so groß ist. Von Anhängern der Todesstrafe wird gerade dies bestritten. Es mag auch zutreffen, daß die Zahl der eindeutig nachgewiesenen Fehltrteile, durch die die Todesstrafe verhängt wurde, recht gering ist⁽⁵⁾. Aber andererseits ist doch darauf hinzuweisen, daß es, wie in anderen

⁽¹⁾ Skott, *a.a.O.*, S. 14 f.

⁽²⁾ Bockelmann, in «Niederschriften», *a.a.O.*, S. 22.

⁽³⁾ So Bockelmann, in «Todesstrafe», *a.a.O.*, S. 148. — Erst vor wenigen Wochen hat der neue kalifornische Gouverneur Ronald Reagan die gnadenweise Umwandlung einer Todesstrafe damit verweigert, daß er sich nicht über die Autorität des Gerichts hinwegsetzen wollte. Der Täter wurde hingerichtet.

⁽⁴⁾ Vgl. Bockelmann, *a.a.O.*

⁽⁵⁾ Dreher, *a.a.O.*, S. 560.

hochzivilisierten Ländern mit einer gut funktionierenden Strafrechtspflege, so auch in Deutschland, gerade in jüngster Zeit einige Fälle gegeben hat, in denen ein zu lebenslangem Zuchtaus verurteilter bzw. begnadigter Mörder später im Wiederaufnahmeverfahren wegen erwiesener Unschuld freigesprochen wurde. In Deutschland hat in jüngster Zeit besonders der Fall Lettenbauer Aufsehen erregt, bei dem der wegen Mordes Verurteilte einwandfrei viele Jahre unschuldig im Zuchthaus verbracht hat, bis der wirkliche Mörder ermittelt und Lettenbauer im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wurde. Höher noch dürfte die Zahl der Fälle sein, in denen nachträglich Zweifel an der Schuld des Verurteilten aufgenommen sind, insbesondere weil fraglich geworden ist, ob der Täter überhaupt strafrechtlich voll verantwortlich war, und das Wiederaufnahmeverfahren in einem non liquet endete. Der Frage der vollen Zurechnungsfähigkeit kommt gerade bei Mordtaten eine große Bedeutung zu. Da aber die Grenze zwischen der verminderten und der für Schuldmilderung erforderlichen erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit unscharf ist und es wohl immer bleiben wird, lassen sich hier im Mordverfahren Fehlurteile kaum vermeiden ⁽¹⁾. Es zeigt sich also, daß die Gefahr eines Fehlurteils doch wohl größer ist, als die Anhänger der Todesstrafe zugeben. Diese Gefahr aber ist wegen der Irreparabilität einer zu Unrecht vollzogenen Todesstrafe in jedem Rechtsstaat ein nicht ernst genug zu nehmendes Argument gegen die Todesstrafe.

Ein weiteres Argument gegen die Todesstrafe, auf das wiederum besonders Bockemann, der wohl nachdrücklichste und eindringlichste Kämpfer gegen diese Strafart in Deutschland, hingewiesen hat, liegt in ihrer korrumpierenden Wirkung ⁽²⁾. Die Vollziehung der Todesstrafe ist nur schwer zu einem sinnvollen Akt zu machen. Es ist bezeichnend, daß man die Todesstrafe in den westlichen Ländern schon seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr öffentlich vollstreckt und die Tendenz dahin geht, sie nicht nur kurz und möglichst schmerzlos, sondern auch unauffällig nnH formlos zu gestalten. Für die Figur des Henkers, mehr Sadist gegen Bezahlung denn staatlicher Vollzugsbeamter, ist in einer Zeit, in der sich die Stimmen mehren, die selbst den heutigen Freiheitsentzug für unmenschlich halten und durchgreifende Reformen dieser Vollzugsart fordern, kaum mehr Platz. Aber nicht nur das Amt des Henkers darf hier bedacht werden, viel schwerer wiegt die Belastung, die mit der Todesstrafe den Richtern auferlegt wird. Solange die Möglichkeit eines

C¹) Dr e h e r , *a.a.O.*, S. 560; B a l d u s in «Niederschriften», *a.a.O.*, S. 25.

(2) B o c k e l m a n n in «Niederschriften», *a.a.O.*, S. 23; Dr e h e r , *a.a.O.*, S. 547.

Fehlurteils nicht ausgeschlossen werden kann, wird es immer Richter geben, die mit der Verhängung eines Todesurteils zeitlebens ihr Gewissen belasten. Lehnen aber Richter aus diesen Gründen ihre Mitwirkung an Verfahren ab, in denen mit der Verhängung eines Todesurteils gerechnet werden kann, so wird es fortan zwei Klassen von Richtern geben: die einen werden in die Nähe des Henkers gerückt, die anderen werden sich dagegen in die Kategorie der schlappen Richter eingereiht sehen (OH²). Solange nicht die Erreichung kriminalpolitischer Zwecke die Todesstrafe zwingend notwendig macht, wird man den Richter dieser Belastung nicht aussetzen dürfen. Man wird daher für Friedenszeiten, in denen sich eine solche Notwendigkeit nicht nachweisen läßt, die Todesstrafe ablehnen müssen. Speziell für Deutschland spricht nach Meinung des Referenten auch besonders noch der Mißbrauch, der in jüngster Vergangenheit mit der Todesstrafe betrieben worden ist, gegen deren Wiedereinführung, solange diese Strafe nicht geradezu eine unabweisbare Notwendigkeit für die Bewahrung des Staates und der in ihm verkörperten Rechtsgemeinschaft darstellt. Das letztere aber ist gegenwärtig trotz der inneren und äußeren Gefährdung der Bundesrepublik noch keineswegs der Fall.

Indessen haben die vorstehenden Ausführungen bereits erkennen lassen, daß sich in Zeiten eines Krieges und bei ähnlichen existenzbedrohenden Gefährdungen des Staates die ganze Problematik der Todesstrafe ändert. So wird in vielen Fällen die Einsperrung des Täters die durch ihn verursachte Bedrohung der allgemeinen Sicherheit des Staates nicht völlig beseitigen können, so daß hier bereits das Argument der Notwehr zur Rechtfertigung der Todesstrafe an Bedeutung gewinnt. Die Abwehr wird oft nur durch die Tötung des Täters dauerhaft und nachhaltig sein⁽³⁾.

Nach der Auffassung des Referenten, der sich auch insoweit in Übereinstimmung mit den Ausführungen Drehers befindet, sprechen in den Frage kommenden Ausnahmesituationen auch kriminalpolitische Gründe für die Notwendigkeit der Todesstrafe. Da sich die Strafdrohung insbesondere bei militärischen Delikten auch an Bürger mit durchschnittlicher Psyche und nicht nur an kriminell gefährdete Täter wendet, dürfte hier, * v

C¹) **Baldus** in «Niederschriften»* *a.a.O.*, S. 23.

v¹) Ein Argument* das vor allem in der Volksmeinung immer wieder für die Todesstrafe angeführt wird, sei hier nur erwähnt* da ihm letztlich keinerlei Bedeutung bei der Entscheidung für oder gegen die Todesstrafe zukommen darf: der Kostengesichtspunkt, also der Hinweis darauf, daß doch Todesstrafe die weit billigere Vollzugsart sei. Vor allem Bockeimann hat mehrfach auf die Unbrauchbarkeit dieses Argumentes hingewiesen («Niederschriften», *a.a.O.*, S. 18, «Todesstrafe», *a.a.O.*, S. 139 f.).

⁽³⁾ **Dreher**, *a.a.O.*, S. 564.

wie Dreher ausgeführt hat, die Abschreckungswirkung der Todesstrafe schon grundsätzlich größer sein, denn der durchschnittliche Bürger läßt sich durch staatliche Weisungen und Strafdrohungen erheblich besser leiten als der kriminelle (*). Auch wird viele eine Freiheitsstrafe deshalb nicht schrecken, weil in Kriegszeiten das ganze Volk in ständigen Gefahren schwebt, zumal der Täter auch noch auf seine baldige Befreiung durch den siegreichen Feind hoffen kann. Zu dem generalpräventiven Grund kommt- der in einer solchen Ausnahmesituation oft alles überragende Sicherungszweck, der zweifellos durch die Todesstrafe am besten erfüllt wird. Wenn gleichwohl in Deutschland die Todesstrafe bisher für Eiriegszeiten weder im Grundgesetz noch in der geplanten Notstandsge- setzgebung der Bundesregierung vorgesehen ist, so wohl deshalb, weil sich bei uns nach den Erfahrungen des letzten Krieges jedermann bewußt, ist, daß die Gefahr einer terroristischen Ausweitung der Todesstrafe gerade in Kriegszeiten besonders groß ist. Obwohl auch wir diese Gefahr sehen, glauben wir doch, daß man in Kriegs- und Katastrophenzeiten die Todesstrafe nicht ganz wird entbehren können. Wir finden eine Bestätigung unserer Auffassung darin, daß zahlreiche Staaten, darunter auch Portugal, die für Friedenszeiten die Todesstrafe seit langem abge- schafft haben, auf sie in Notstands- und Ausnahmesituationen nicht verzichten zu können glauben. So wird man nur hoffen dürfen, daß fortschreitende Kultur und Verständnis auch für die Lebensrechte des anderen die Völker der Erde davor bewahren möge, zu diesem gefährlichen letzten Mittel ihrer Existenzbehauptung greifen zu müssen.

LITERATURVERZEICHNIS

1. Dreher — Eduard Dreher, «Für und wider die Todesstrafe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70 (1958), 543 ff.
2. «Niederschriften* — «Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechts- kommission», Band 11: *Beratungen zur Todesstrafe*.
3. «Todesstrafe» — «Die Frage der Todesstrafe», 1962, *Zwölf Antworten von Maurach u. a.*
4. Schmidt — Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechts- pflege*, 2. Aufl., 1951.
5. Düsing — Bernard Düsing, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, 1952.
6. Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 13. Aufl., 1967.

C¹) Demgegenüber bestreitet vor allem Bockeimann (in «Niederschriften», a.a.O., S. 20), daß die Abschreckungswirkung der Todesstrafe in Kriegszeiten besser ist als in normalen Zeiten. Er beruft sich dabei vor allem auf seine eigenen Erfahrungen als Kriegsgerichtsrat. Ähnlich zweifelnd auch Jescheck in «Niederschriften», a.a.O., S. 27.

LA PEINE DE MORT EN BELGIQUE

Raymond Screvens

Le code pénal belge naissait "année même où la peine de mort était supprimée au Portugal. Promulgué le 8 juin 1867 il est, en effet, entré en vigueur le 15 octobre de la même année.

Ce code prévoyait et prévoit encore la mort comme première peine criminelle. Et pourtant, au moment de sa promulgation aucune exécution n'avait plus eu lieu depuis 1863 à la suite de l'exercice constant du droit de grâce. Des propositions de supprimer la peine de mort avaient néanmoins été repoussées en 1851, 1866 et 1867 (1).

La peine de mort a depuis longtemps suscité une abondante littérature où les arguments adoptés en faveur ou contre cette sanction dépendent le plus souvent de l'option faite et de l'objectif à atteindre. Un exemple est typique: le principe du droit de vie ou de mort de la société sur les citoyens est admis ou rejeté suivant la thèse défendue (2).

Mon propos n'est pas de reprendre les arguments pour ou contre la peine capitale. Je me bornerai à dresser un constat de la situation en Belgique et de tenter d'en dégager les enseignements susceptibles de contribuer utilement au débat.

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler qu'en Belgique les droits de l'inculpé ou de l'accusé sont toujours entièrement garantis, quelle que soit l'infraction mise à sa charge. *(*)

0) A. Pr ins, *Science pénale et droit positif*, 1899, n.° 654 et note, p. 406.

(*) Comparez notamment H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2.® édition, Paris, 1943, n.° 496, p. 257 et M. Ancel, «Le problème de la peine de mort», *Rev. dr. pén.*, 1963-1964, pp. 390 et 391.

I. LA LEGISLATION BELGE

A. — INFRACTIONS PUNIES DE LA PEINE DE MORT

I. *Le code pénal*

En 1867, le code pénal belge comminaut la peine de mort pour:

1. ° Attentat contre la vie ou contre la personne de Roi (Article 101);
 2. ° Attentat contre la vie de l'héritier présomptif de la couronne (article 102)
 3. ° Assassinat, empoisonnement ou tentative de ces faits commis contre la Reine, les parents et alliés du Roi en ligne directe, les frères du Roi, ayant la qualité de Belges, le régent ou les ministres exerçant, dans les cas prévus par la Constitution, les pouvoirs constitutionnels du Roi (article 103);
 4. ° Assassinat (meurtre avec préméditation — article 394);
 5. ° Parricide (article 395);
 6. ° Infanticide avec préméditation sauf si l'acte a été commis par la mère sur son enfant illégitime (article 396);
 7. ° Empoisonnement (article 397);
 8. ° Meurtre commis pour faciliter le vol ou l'extorsion ou en assurer l'impunité (article 475);
 9. ° Incendie volontaire ayant causé la mort d'une ou de plusieurs personnes qui, à la connaissance de l'auteur, se trouvaient dans les lieux incendiés au moment du crime (article 518);
 10. ° Destruction de constructions dans les circonstances visées à l'article 518 (article 522).
- II. ° Meurtre commis pour faciliter la destruction ou le dégât ou assurer l'impunité (article 532).

Les trois premiers crimes sont rangés dans le titre consacré aux infractions contre la sûreté de l'Etat (titre 1er du livre II) les quatre suivants figurent parmi les infractions contre les personnes (titre VIII) et les quatre derniers parmi les crimes et délits contre les propriétés (titre IX).

A l'exception de l'attentat contre la personne du Roi, le code pénal belge de 1867 limitait donc la peine de mort aux attentats directs à la vie humaine, aux meurtres aggravés, suivant la pratique courante du xix^e siècle (x).

⁰ Voyez Ancel, *Op. cit.*, p. 382.

Le châtement suprême n'était pas prévu pour les crimes contre la sûreté de l'Etat autres que ceux qui font l'objet des articles 101 à 103 du code pénal.

Un des membres de la commission du gouvernement, M. Haus s'en est expliqué dans l'exposé des motifs:

«Si le code français a prodigué la peine de mort en fait de crimes contre la sûreté de l'Etat, le code belge aura aboli, un des premiers en Europe, cette horrible peine en matière politique. L'humanité applaudira à cet heureux changement introduit dans nos lois pénales. D'ailleurs, nous proposons seulement d'effacer du nouveau code une pénalité qui était déjà abolie de fait. Depuis longtemps, l'échafaud ne se dressait plus sur nos places publiques pour punir des actions qui changent de nature suivant les époques et les gouvernements, et qui, réputées crime sous tel régime, attirent des récompenses sous le gouvernement suivant.

Des crimes mixtes entraîneront des peines ordinaires. Il serait absurde, en effet, de punir moins sévèrement les attentats contre les personnes ou contre les propriétés, lorsqu'ils ont été commis dans un but politique, et de considérer, par conséquent, ce but comme une circonstance atténuante. Si ces mêmes crimes avaient été exécutés sans intention de renverser ou de troubler l'ordre politique, leurs auteurs auraient encouru la peine ordinaire; à plus forte raison cette peine doit-elle être appliquée, si des projets hostiles à l'Etat viennent aggraver la culpabilité des accusés. Mais la loi ne doit jamais prononcer la peine capitale contre des crimes mixtes, lorsque ces crimes, abstraction faite de leur tendance politique, ne méritent pas cette peine extrême. Tels sont les crimes contre les propriétés, auxquels ne se joignent pas des attentats contre les personnes. En effet, c'est un principe reconnu aujourd'hui que ces sortes de crimes ne doivent pas entraîner la peine de mort; si donc cette peine était portée par le législateur contre ces faits, par cela seul qu'ils auraient été commis dans une intention hostile à l'Etat, ce serait l'élément purement politique de ces crimes qui attirerait sur leurs auteurs la peine de mort» 0.

En ce qui concerne l'attentat contre la vie ou la personne du Roi et l'attentat contre la vie de l'héritier présomptif de la Couronne, le législateur a précisé que «ce qui enlève le caractère politique à la peine de mort portée dans l'espèce, c'est que la loi ne regarde qu'au fait, sans rechercher l'intention de celui qui l'a commis. Qu'il ait été poussé à attenter

à la vie ou à la personne du Roi par des motifs politiques ou par des motifs d'une nature toute différente, l'auteur du crime ne sera pas traité d'une manière autre dans la première hypothèse que dans la seconde. Sa position devant la peine établie reste invariable. L'élément politique ou l'absence de cet élément n'entre pour rien dans l'application de la peine» (x).

A la suite des guerres dans lesquelles la Belgique fut entraînée au xx^e siècle, la peine de mort fut toutefois réintroduite pour les infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat. Actuellement douze incriminations de cette nature sont réprimées par la mort.

Citons : l'aide militaire à l'ennemi (articles 113 et 115 alinéas 2 et 3 du code pénal), les intelligences avec une puissance étrangère si des hostilités s'en sont suivies (article 114), l'aide économique à l'ennemi (article 115 alinéa 4), certaines atteintes aux secrets de la défense nationale ou de la sûreté de l'Etat (article 116), la collaboration politique et intellectuelle avec l'ennemi (articles 118 bis et 115 alinéa 5), la dénonciation à l'ennemi, si ensuite de la détention ou de traitements subis, la dénonciation a eu pour conséquence, pour une personne quelconque et sans l'intervention d'une nouvelle dénonciation, soit la mort, soit une maladie paraissant incurable, soit une incapacité permanente de travail personnel, soit la perte de l'usage absolu d'un organe, soit une mutilation grave (article 121 bis alinéa 3), le recel d'espions ou de soldats ennemis envoyés à la découverte (article 121 alinéa 1er) le recel d'agents ou de soldats ennemis ou l'aide à ceux-ci pour leur permettre de se soustraire aux autorités, commis en état de siège (article 121 alinéa 2) (2).

Le terme «ennemi» employé dans la plupart des dispositions légales prévoyant les infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat citées ci-dessus indique que celles-ci ne peuvent être commises que s'il y a état de guerre *de jure* ou *de facto* (3).

Suivant l'article 120 sexies du code pénal quelques infractions sont punies de mort si elles ont été commises en temps de guerre, c'est-à-dire depuis le jour fixé par arrêté royal pour la mobilisation de l'armée jusqu'au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur * 11

C¹) *Idem*, pp. 24 et 25, n.° 4.

(2) L'état de siège est une notion légale: il est décrété ou levé par le Roi, de l'avis conforme du Conseil des Ministres, mais uniquement durant le temps de guerre (Arrêté-loi 11 octobre 1916, article 2).

(3) «Les Nouvelles», *Droit pénal*, tome II, «Les infractions», sous la direction de R. Screvens (Bruxelles, 1967), Première partie, «Crimes et délits contre la Sûreté de l'Etat», par J. Gilissen, P. Cassiers et F. Debroux, n.° 185.

piéd de paix 0. Il s'agit d'atteintes aux secrets de la défense nationale ou de la sûreté de l'Etat pour lesquelles la loi prévoit des peines privatives de liberté si elles sont commises en temps normal.

La peine de mort ne peut être prononcée contre une personne de moins de dix-huit ans accomplis au moment du crime. L'article 77 qui édicte cette règle, prévoit que la peine de mort sera remplacée par la peine des travaux forcés à perpétuité. L'application de cette disposition est d'autant plus exceptionnelle que depuis la loi du 8 avril 1965, entrée en vigueur le 1er janvier 1966, les mineurs de moins de dix-huit ans poursuivis du chef d'un fait qualifié infraction relèvent de la compétence du tribunal de la jeunesse qui ne prononce pas de peines, mais des mesures de garde, de préservation et d'éducation. Ce n'est qu'exceptionnellement que ce tribunal peut se dessaisir et que les juridictions normalement compétentes pour connaître des faits commis peuvent être saisies (2).

2. Les lois spéciales

La loi du 27 mai 1870 contenant le code pénal militaire, modifiée à diverses reprises, punit aussi certains crimes de mort.

C'est tout d'abord le cas pour la trahison *stricto sensu*. Lorsqu'une des infractions prévues par les articles 113 à 119, 121 à 123 et 123 quater du code pénal ordinaire a été commise par un militaire la peine est aggravée; la détention perpétuelle et les travaux forcés à perpétuité sont remplacés par la mort(3).

C'est ensuite le cas de l'espionnage. Est considéré comme espion «tout militaire qui se sera introduit dans une place de guerre, dans un poste ou un établissement militaire, dans les travaux, camps, bivouacs ou cantonnements d'une armée, pour s'y procurer des documents ou renseignements dans l'intérêt de l'ennemi» (4).

Il faut y ajouter certaines infractions qui portent atteintes aux devoirs militaires, prévues par les articles 19, 20, 21, 23 et 25 du code pénal militaire, l'insubordination en présence de l'ennemi (article 28), la participation

C1) Article 58 du code de procédure pénale militaire du 15 juin 1899. — «Les Nouvelles», *op. cit.*, n.° 173.

(2) Articles 36 à 38 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse sur laquelle on consultera notamment J. Co n s t a n t, «La Protection sociale et judiciaire de la jeunesse», *Rev. dr. pén.*, 1966-1967, pp. 375 et ss.

(3) Articles 15 et 16. — «Les Nouvelles», *op. cit.* n.° 156 et ss.

(4) Article 17. — «Les Nouvelles», *op. cit.*, n.° 498 et ss.

d'un officier à une révolte en temps de guerre et à l'armée active (article 31), les violences commises avec préméditation, en temps de guerre et à l'armée active, par un militaire envers son supérieur et ayant causé la mort de celui-ci (article 39), le meurtre commis par un inférieur sur son supérieur pendant le service ou à l'occasion du service (article 40), la désertion à l'ennemi (article 52).

La peine de mort est encore prévue par la loi du 5 juin 1928 portant revision du code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime à charge des auteurs de certains homicides: les officiers ou chefs du complot qui, par fraude, violence ou menaces envers le capitaine se seront emparés du navire, si les violences ou les menaces exercées sans intention de donner la mort l'ont pourtant causée (articles 33 à 35), ceux qui auront commis un meurtre pour faciliter ce crime (article 36), le capitaine ou le pilote du navire qui, dans une intention criminelle, l'auront perdu ou endommagé gravement, causant ainsi la mort d'une ou de plusieurs personnes qui, à leur connaissance, se trouvaient dans le navire (article 67), le capitaine ou les personnes embarquées qui auront commis des actes de piraterie, s'il y a eu homicide volontaire (article 68). Sera aussi puni de mort le capitaine qui aura volontairement livré son navire aux pirates (article 69).

B. — MODALITÉS LÉGALES D'APPLICATION DE LA PEINE DE MORT

1. Mode d'exécution

La peine de mort s'exécute en principe par décapitation au moyen de la guillotine. Aux termes de l'article 8 alinéa 1er du code pénal belge, qui reproduit l'article 12 du code pénal français de 1810, «tout condamné à mort aura la tête tranchée».

L'exécution a toutefois lieu par fusillade s'il s'agit d'un crime contre la sûreté extérieure de l'Etat ou si, en temps de guerre, la condamnation a été prononcée par la juridiction militaire 0, de même que pour toute condamnation à la peine de mort en vertu du code pénal militaire (2).¹

(1) Arrêté-loi du 14 septembre 1918, article 5, formant l'alinéa 2 de l'article 8 du code pénal.

(2) Article 2 du code pénal militaire.

L'article 9 du code pénal dispose que l'exécution aura lieu publiquement dans la commune indiquée par l'arrêt de condamnation. D'autre part, suivant l'article 11, lorsqu'il est vérifié qu'une femme condamnée à mort est enceinte, elle ne subira sa peine qu'après sa délivrance.

2. *Peines et conséquences accessoires*

Les peines et conséquences accessoires de la peine de mort sont: l'affichage de l'arrêt dans la commune où le crime aura été commis, dans celle où l'arrêt aura été rendu et dans celle où se fera l'exécution, la destitution des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics dont les condamnés sont revêtus, l'interdiction légale, l'interdiction à perpétuité des droits civils et politiques, la dégradation militaire et éventuellement la destitution de l'officier (*). A l'exception de l'affichage de l'arrêt dans la commune où se fera l'exécution, elles ne sont pas spécifiques à la peine de mort. Elles interviennent ou doivent être prononcées notamment aussi en cas de condamnation aux travaux forcés à perpétuité.

3. *Circonstances atténuantes.*

Dans tous les cas où la peine de mort est comminée par la loi, elle peut être réduite par l'admission de circonstances atténuantes que le juge apprécie souverainement. Celles-ci permettent de remplacer la peine de mort par une peine privative de liberté à perpétuité ou à temps. Le minimum de la peine d'emprisonnement qui peut être appliquée est de trois ans au moins; il est réduit à un an si la peine de mort est portée pour crime contre la sûreté extérieure de l'Etat (2).

II. — L'APPLICATION DE LA PEINE DE MORT

A. — *NOMBRE DE CONDAMNATIONS*

La peine de mort n'est pas seulement une sanction figurant dans l'arsenal pénal belge; elle y est encore prononcée.

(1) Articles 18, 19, 20, 31 du code pénal, articles 3 et 7 du code pénal militaire.

(2) Articles 79 à 81 du code pénal. — P. E. Trousse, «Les principes généraux du Droit pénal belge», in «Les Nouvelles», *Droit pénal*, tome I, volume I (Bruxelles, 1956), n.° 2818 et ss., notamment 2837.

Le nombre de peines de mort prononcées par les Cours d'assises de 1931 à 1939 s'est élevé à (*):

1931	9
1932	14
1933	3
1934	8
1935	5
1936	5
1937	0
1938	2
1939	4

De 1955 à 1963, pour les crimes de droit commun jugés par les Cours d'assises et les juridictions militaires, ce nombre a été de(2):

	Cours d'assises.	Juridictions militaires	Total
1955	4	1	5
1956	2	1	3
1957	3	0	3
1958	2	0	2
1959	3	0	3
1960	2	1	3
1961	0	0	0
1962	3	0	3
1963	4	0	4

Les infractions qui ont donné lieu à ces condamnations sont toutes des crimes contre la vie. Dans deux des quatre cas de 1963, il s'agissait de meurtre commis pour faciliter le vol ou pour assurer l'impunité. Dans tous les autres cas de la période de 1955 à 1963, il s'agissait de crimes figurant au titre VIII du code pénal (crimes et délits contre les personnes).

Les condamnations à mort pour crimes contre la sûreté extérieure d'Etat ont été beaucoup plus nombreuses. De la libération (septembre 1944)

(*) Statistique judiciaire de la Belgique, 1931-1940, tableau 22, p. 91.

(2) Statistique judiciaire de la Belgique, «Activité des Cours et tribunaux», tableau 17, «Activité des tribunaux correctionnels», tableau 8.

à 1950, 1247 condamnations à mort frappant 1202 condamnés, ont été prononcées contradictoirement ou sont devenues définitives après décision sur l'opposition; 1693 condamnations à mort par défaut devenues définitives par l'écoulement des délais, ont frappé des condamnés restant défailants, qu'ils soient décédés, disparus ou cachés 0.

B. — NOMBRE D'EXÉCUTIONS

Une seule condamnation à la peine de mort pour crime de droit commun a été exécutée de 1863 à nos jours. En 1918, pendant la guerre un militaire, qui dans la région du front, avait tué pour la voler une jeune femme, fut guillotiné. Il fallait éviter, en effet, que son crime lui permette de jouir d'une situation plus privilégiée que ses compagnons au combat.

Dans tous les autres cas la peine de mort a été commué par voie de la grâce en une peine privative de la liberté généralement perpétuelle.

Le condamné peut, de ce fait, jouir de la libération conditionnelle comme les autres condamnés à une peine privative de liberté. A titre d'exemple on relève pour les années 1960 à 1966, le nombre ci-après de condamnés à mort pour crime de droit commun, libérés conditionnellement:

1960	2
1961	7
1962	4
1963	3
1964	3
1965	1
1966	0

Au contraire, beaucoup de condamnés à la peine de mort pour infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat ont été exécutés.

Il y eut une quinzaine d'exécutions au cours de la guerre 1914-1918 (2) et 242 s'échelonnant de 1944 à 1951, après la deuxième guerre mondiale (3). (*)

C¹) J. Gilissen — «Etude statistique sur la répression de l'incivisme», *dr.* 1950-51, p. 619.

(*) P. E. Trousse, *op. cit.*, n.° 689.

(³) J. Gilissen, *op. cit.*, p. 620.

Ces dernières exécutions eurent lieu dans l'enceinte d'une prison ou d'une caserne dans des conditions de publicité réduite 0.

C'est donc dans le domaine où le législateur belge de 1867 croyait avoir été un des premiers à abolir la peine de mort que celle-ci, après sa réintroduction, a reçu son application la plus importante.

Il est vrai que d'une façon générale le crime politique ne jouit plus d'un préjugé aussi favorable qu'au xix^e siècle.

Il est vrai aussi qu'en Belgique deux occupations du territoire ont permis de constater tout ce qui peut séparer le crime politique véritable de l'acte de collaboration commis sous le couvert et la protection de l'occupant (2).

III. — CONCLUSION

La Belgique a pu être rangée, à bon droit, parmi les Etats abolitionnistes de fait(3) en ce qui concerne les infractions de droit commun. Cette tendance a plus d'un siècle d'existence, l'exécution de 1918 étant uniquement une exception commandée par des circonstances particulières.

Certes, l'opinion publique réclame parfois l'exécution de condamnés à mort pour des crimes de droit commun qui, par leur caractère odieux l'ont particulièrement sensibilisée et révoltée. Mais jusqu'à présent la grâce n'en a pas moins toujours été accordée et il n'y a pas de motif de croire à une modification de cette pratique.

La question se pose donc: faut-il supprimer la peine de mort de l'arsenal de nos sanctions pour les infractions de droit commun?

Du point de vue que l'on peut, avec Donnedieu de Vabres, qualifier de sentimental (4), sans attacher à ce terme de nuance défavorable, mais que j'appellerai de préférence humain, — parce qu'il est fondé sur la

(1) p. Cornil — «La peine de mort, sanction anachronique», *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de V Université cristoteliennne de Thessaloniki*, vol. 14 p. 573.

(2) H. Bekert — *Le code du Conseil de guerre*, (Bruxelles, 1945), p. VIII.

(3) M. Ancel — «La peine de mort dans les pays européens», *Conseil de VEurope*, 1962, p. 16.

(4) *Op. cit.* y n.° 498, p. 258.

répugnance de priver un homme de la vie, — la réponse doit, à mon avis être affirmative.

On ne peut oublier toutefois que la peine de mort est une sanction intégrée dans un système pénal. Il est donc nécessaire de la remplacer par une autre peine qui ne peut être qu'une privation de liberté de longue durée, solution qui peut emporter une dégradation en particulier des peines de même durée actuellement prévues pour des infractions de gravité moindre. De plus, les partisans de la peine de mort (ou, tout au moins les adversaires de sa suppression) s'empressent de souligner que l'élimination du châtement suprême de l'arsenal pénal donnerait l'impression d'un renoncement à assurer la défense de la société de façon aussi complète et efficace que possible¹).

Ces considérations ne peuvent être ignorées malgré les légitimes tendances à assurer la rééducation et la resocialisation du condamné.

Ne faudrait-il dès lors pas songer, non pas à aggraver le mode d'exécution de la peine privative de liberté prononcée dans les cas actuellement punissables de la peine de mort, mais à rendre plus sévères les conditions dans lesquelles les condamnés pourraient être remis en liberté? Il est nécessaire en tout cas d'éviter tout automatisme plus ou moins conscient dans les libérations, de façon à ne pas permettre à un individu qui est encore socialement dangereux de recouvrer la liberté.

S'il est possible de conclure à l'abolition de la peine de mort pour les infractions de droit commun, on ne peut être aussi formel pour les infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat, spécialement quand elles sont commises en temps de guerre.

Opposé à la peine de mort en temps normal, Beccaria n'en reconnaissait pas moins la légitimité de la peine capitale dans des périodes de troubles politiques ⁽²⁾. Sans justifier pour autant cette thèse, les événements du **XX^e** siècle ont cependant démontré qu'elle correspondait à une réalité.

La Belgique est un exemple typique, et loin d'être isolé, de ce qu'en matière de peine de mort «le mouvement n'est pas irréversible» et que diverses circonstances politiques, économiques ou sociales peuvent conduire au rétablissement de cette peine ⁽³⁾. Elle y a été non seulement prononcée

¹) Notamment **Donnedieu de Vabres** — n.° 499, p. 259.

²) **Beccaria** — *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par **Maurice Chevalier** (Genève, 1963), p. 48.

Voyez aussi **H. Donnedieu de Vabres**, *op. cit.*, n.° 493, p. 255 et **M. Ancel**, *La peine capitale*, Nations-Unies, (New-York, 1962), n.° 234, p. 54.

³) **M. Ancel** — «Le problème de la peine de mort», *Rev. dr. pén.*, 1963-1964, p. 382.

mais aussi exécutée dans un nombre assez élevé de cas de trahison et de collaboration avec l'ennemi. Nombreuses sont encore les législations qui admettent la peine capitale dans ces cas exceptionnels.

Quels que soient les arguments que l'on puisse faire valoir en faveur de son abolition, oserait-on affirmer qu'elle sera acquise à brève échéance dans ce domaine?

Et que penser aussi de la répression des crimes de guerre, tels ceux qui ont été jugés à Nuremberg, et des crimes contre l'humanité, comme le génocide, voire de certaines infractions militaires?

AUCH IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
— NIE WIEDER TODESSTRAFE!

Reinhard Maurach

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

Zur Rechtfertigung meines Referates, dessen Titel Bekenntnis und Programm zugleich ist, möchte ich einige knappe Fakten voranstellen:

- Bis zum Jahre 1933 war im deutschen Strafgesetzbuch von 1870 die Todesstrafe in einem einzigen Falle angedroht — für vollendeten Mord.
- Von 1933 bis 1945, in der nationalsozialistischen Periode der deutschen Rechtsdämmerung, wurde die Zahl der relativ oder absolut todeswürdigen Straftatbestände innerhalb wie ausserhalb des Strafgesetzbuches sukzessive ins Ungemessene vermehrt.
- In der gleichen Zeit arbeiteten Beil und Guillotine auf Hochtouren. Die Zahl der auf Grund «legaler» oder «quasilegaler» Strafurteile Hingerichteten wird auf über 35 000 geschätzt. Nicht inbegriffen sind diejenigen, die in den Kellern der Gestapo erschossen oder zu Tode gefoltert und die in den Konzentrationslagern umgebracht wurden.
- Nach 1945 wurde durch die Alliierte Staatsgewalt der Zustand wiederhergestellt, der vor 1933 gegolten hatte: Todesstrafe war jetzt wieder nur bei Mord zulässig. Von 1945 bis 1949 wurden in der Bundesrepublik Todesstrafen durch deutsche Gerichte zwar verhängt, aber nie vollstreckt.
- Das vorläufige Grundgesetz der Bundesrepublik von 1949 hat die Todesstrafe abgeschafft (Art. 102).

Soviel zur Vergangenheit. Und wo stehen wir heute? Lassen Sie mich wieder einige knappe Tatsachen nennen:

- Die deutschen Strafrechtslehrer lehnen ohne jede Ausnahme die Todesstrafe ab.
- Die deutschen Strafrichter und Staatsanwälte sind zum grossen Teil ebenfalls Gegner der Todesstrafe.
- Im deutschen Bundestag besitzen die Gegner der Todesstrafe eine sichere Majorität.
- Und das deutsche Volk? Der Mann auf der Strasse? Die Tests der Meinungsforschungsinstitute sind hier eindeutig: etwa 70% der deutschen Bürger sind für die Wiedereinführung der Todesstrafe und würden — falls unsere Verfassung ein Referendum kennen würde — auch in diesem Sinne stimmen.

Das sind ernste Alarmzeichen, die es uns verbieten, uns auf den Lorbeeren der Abolition (Art. 102) des Grundgesetzes auszuruhen. Das Problem des Art. 102 ist nicht endgültig begraben. Es ist möglich, daß wir früher oder später mit ihm konfrontiert werden. Un wir müssen schon heute bereit sein, diese Probe zu bestehen und zwar vom Standpunkt der Jurisprudenz; eine Würdigung des Problems nach anderen Gesichtspunkten, die vielleicht durchschlagender und fundierter sind, als der juristische — etwa die der Moral, Religion und Ethik — muss ich mir als Unberufener versagen. Ich muss mich also auf die Prüfung der juristischen Argumente beschränken, die gegen die Aufhebung des Art. 102 sprechen. Und das ist, so paradox es auf den ersten Blick klingt, gerade für den Juristen eine höchst prekäre Aufgabe, denn auch der Jurist steht diesen Problemen letztlich ebenso unsicher gegenüber, wie das bei Vertretern aller anderen Disziplinen der Geisteswissenschaften auf diesem umstrittenen Gebiete der Fall ist. Wir Juristen sind keineswegs in der Lage, hier irgendwie mit besonderer Sachkenntnis zu glänzen und eine autoritäre Sonderstellung auf diesem Gebiete einzunehmen. Ganz im Gegenteil; ich möchte sogar sagen: Wenn ein Gebiet des Rechts vom juristischen Standpunkt aus unergiebig ist, so ist es die Diskussion um die Todesstrafe. Und zwar aus den folgenden Gründen: Es geht ja doch letzten Endes um die entscheidende Frage: Darf der Staat töten, oder darf er das nicht? Und diese Frage ist keine Rechtsfrage, sie ist eine Frage der Weltanschauung, des Glaubens, des Gewissens, persönlicher Überzeugung, des Gefühls, ganz wie Sie wollen, aber mit juristischen Argumenten kann man dieser Kardinalfrage — darf der Staat töten? —

schwerlich beikommen. Und die Heranziehung der sogenannten juristischen Argumente, um die auch ich nicht herumkommen werde, dient letzten Endes allenfalls als Versuch zur Rechtfertigung eines höchst subjektiven Standpunktes, der irrational gewonnen wird, auf andere Weise nicht gewonnen werden kann. Und zwar gilt diese Skepsis auch und gerade gegenüber den Sätzen des Verfassungsrechts, die man pro oder contra Todesstrafe bemühen könnte.

Man denke an das berühmte Worte von der Unantastbarkeit der Menschenwürde im Artikel 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. Dieses Wort kann gleichermaßen sowohl für als auch gegen die Todesstrafe ausgewertet werden. Die Gegner der Todesstrafe werden vielleicht den Artikel 1 heranziehen, um zu sagen, der Staat töte nicht, es sei denn in Notwehr; daß die Todesstrafe keine Notwehr ist, das wissen wir — Tötung des Rechtsgenossen ist daher nichts anderes als die Verletzung der Menschenwürde in höchster Potenz. Der Staat, könnte man sagen, der kein Leben zeugt, ist auch nicht in der Lage, einen apriorischen, einen absoluten Wert zu entziehen, und sei es auch auf Grund des staatlichen Richterspruches. Man kann aber auch ganz anders argumentieren, tun so den Artikel 1 zugunsten der Todesstrafe heranzuziehen. Man könnte nämlich sagen, auf den ersten Blick vielleicht in paradoxer Weise, daß die Todesstrafe sich als die höchste Ehrung der Menschenwürde, als höchste Ehrung der Persönlichkeit des Verbrechers kennzeichne. In ihr werde nämlich der Verbrecher, und darauf hat schon Kant hingewiesen, als vernünftiges Wesen geehrt. Denn die Todesstrafe sei, und hier klingen wieder Hegelsche Gedanken an, ja nichts anderes als die Negation der Negation, die der Verbrecher begangen hat, sie sei die Erfüllung seines Anspruches auf Ausgleich des von ihm frei gewählten Bösen, des Ausgleichs mit der äquivalenten Folge. Schon hier, meine Damen und Herren, zeigt sich die Problematik der juristischen Betrachtung und die absolute Abhängigkeit des Rechts von den herrschenden Wertvorstellungen. Nehmen wir einmal zwei Gegensatzpaare, denken Sie an den religiös fundierten, theokratischen Staat des Mittelalters und nehmen Sie als Gegenstück den totalitären Massenstaat des 20. Jahrhunderts. So verschieden in Ausgangspunkt und kultureller Situation diese beiden Staatenbilder sind, so gleichen sich beide in der Billigung, ja in der Forderung der Todesstrafe. Gewiss, ich bestreite nicht, daß man schon auf diesem Gebiet eine vielleicht interessante Diskussion in unserem Kreise entfachen könnte, ich glaube aber, daß diese Frage — darf der Staat töten? — nicht beantwortet werden kann, daß zumindest eine Überzeugung des Andersdenkenden mit Gründen des Verstandes bei dieser Fragestellung

überhaupt unmöglich ist. Daher müssen wir als Juristen wesentlich bescheidenere Ausgangspositionen aussuchen. Wir fragen also nicht nach der Berechtigung der Todesstrafe im Verhältnis zwischen Staat und Individuum, sondern wir fragen ganz schlicht und einfach nach der Zweckmäßigkeit und nach der Notwendigkeit dieser höchsten Strafe. Und zwar können wir als Prämisse etwa folgendes feststellen: wenn die Todesstrafe wirklich mit so einleuchtenden Funktionen zur Sicherung des Rechtsfriedens ausgestattet ist, daß sie insofern von keiner anderen Straftat übertroffen oder ersetzt werden kann, dann ist die Todesstrafe auch notwendig, und wenn sie notwendig ist, ist sie als Zweckinstitution auch geboten. Wir sehen also, daß die Untersuchung, die wir jetzt anzustellen haben, letzten Endes eine kriminalpolitische Untersuchung ist. Aber wir müssen festen Boden unter den Füßen gewinnen. Wir können daher unsere Untersuchung nicht beginnen, ehe wir uns nicht mit dem Generalbegriff auseinandergesetzt haben, der die ganze staatliche Kriminalpolitik trägt, nämlich mit dem Begriff der Strafe. Wir verstehen unter Kriminalstrafe ein Übel, eine Rechtsschmälerung, die der Staat als Sachwalter der Gesamtheit dem Verbrecher für seine schuldhaft Tat in schuldproportionaler Weise auferlegt. Das Wesen der Strafe ist untrennbar verbunden mit dem Begriff der Vergeltung. Dieser Begriff, so umstritten er ist, so ausserordentlich vieldeutig ist er. Und wir müssen daher zunächst, wenn wir das Wesen der Strafe ergründen wollen, Einigkeit erreichen über die verschiedenen Aspekte, unter denen der Begriff Vergeltung gesehen werden kann. Zunächst kann man die Vergeltung gleichsetzen mit der sog. *Talion* (*talis qualis*), d. h. dem Täter wird genau so viel an Übel zugefügt, wie er in seiner äusserlichen Rechtsverletzung an Werteinbussen für die Gesamtheit verursacht hat. Die *Talion*, verwirklicht durch das berühmte alttestamentarische, noch von Kant verfochtene Wort «Auge um Auge, Zahn um Zahn» knüpft nicht an das Maß der Schuld an, sondern an die objektive Schwere der Gutverletzung, die der Täter verursacht hat. Die *Talion* hat notwendig zur Folge, daß der Mörder, der aus dem Hinterhalt sein Opfer erschießt, genauso behandelt wird wie der Eigentümer eines Schafes, das auf dem Gebirgspfad einen Stein losgetreten hat, der einen harmlosen Wanderer tödlich trifft. In beiden Fällen haftet der Täter ohne Rücksicht darauf, ob vorsätzliche oder fahrlässige Tat vorliegt, oder ob überhaupt nur der Zufall gewaltet hat; in jedem Falle haftet nach diesen Talionsgrundsätzen der Täter nicht für das, was ihm als schuldhaftes Tun vorgeworfen werden kann, sondern für das, was er verursacht hat, und es wird ihm in folgedessen genau, buchstäblich, vergolten, was er objektiv angerichtet hat.

Dieser Begriff der Vergeltung — Vergeltung, die mit der Talion gleichgesetzt wird — hat mit unserem Kulturbegriff nichts mehr gemein, und wir wollen darauf nicht mehr zu sprechen kommen, denn wir Kriminalisten sind uns darüber einig, daß die Vergeltung im Sinne des modernen Strafrechts mit dieser Talion nichts zu tun hat. Bezeichnenderweise stand schon vor über 170 Jahren Kant mit seiner Forderung nach Talion vollkommen allein, denn etwa um die gleiche Zeit war (1771) das grosse Werk von Cesare Beccaria erschienen, in dem der Talion wohl nachdrücklich und entscheidend der Todesstoss versetzt worden war. Man kann die Vergeltung aber auch anders betrachten, nämlich als *Sühne*. Indes bestehen auch hier mehrere Begriffe der Sühne, die wir beide untersuchen müssen. Einmal können wir als Sühne betrachten das schuldproportionale (jetzt also nicht mehr das tatproportionale) Übel, das dem Täter auferlegt wird, das Erdulden einer schuldangemessenen Rechtsschmälerung. Ferner aber, und das ist zweifellos ein ethisch höherer Begriff der Sühne, kann man Sühne betrachten als aktive Entsühnung, als das sogenannte Sühneerlebnis des Verbrechers, als das freiwillige, bejahende Sich-Unterwerfen seitens des Verbrechers unter den Triumph der Rechtsordnung, als einen freiwilligen Opfergang, den der Täter auf sich nimmt. Schliesslich können wir noch einen dritten Begriff der Vergeltung ausfindig machen, den Begriff der *Rechtswahrung*, die Wiederherstellung der Majestät des an sich unverletzlichen Rechtes, das der Täter im fruchtlosen Bemühen zu verletzen versucht hat; damit begegnet dieser Vergeltungsbegriff aufs engste einer kriminalpolitisch psychologischen Forderung, nämlich der Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses der Allgemeinheit. Auch in diesem Sinne ist der Begriff der Vergeltung von Grossen im Reiche des Strafrechts vertreten worden, ich erinnere allein an den weitaus grössten Dogmatiker des deutschen Strafrechts, Karl Binding, der in seinen gewaltigen Werken über die Dogmatik des Strafrechts nicht ein einziges Wort über die Notwendigkeit, die Zweckmässigkeit und die spezialpräventiven Aufgaben der Strafe verloren hat, der sich mit kaltem, selbstherrlichem, aus dem satten Bürgertum der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts erklärbarem Stolz mit der Feststellung begnügte: Die Strafe ist und soll und kann nichts anderes sein als die Unterwerfung des Verbrechers unter die sieghafte Gewalt des Rechts als der augenscheinliche Beweis des Triumphes des an sich unverletzlichen Rechtes gegenüber allen Versuchen zu seiner Brechung. Wir werden daher diese Wesensmerkmale der Strafe am Beispiel der Todesstrafe zu prüfen haben. Vorher müssen wir uns aber noch auf etwas anderes besinnen, nämlich auf die *Zwecke* der Strafe, die logisch, begrifflich von ihrem Wesen durchaus absichtbar

sinH und auch getrennt werden müssen., wenn man den Begriff der Strafe nicht verfälschen und die Strafe nicht zu einer blossen Präventionsmaßnahme etwa im Sinne der Lisztschen oder der Ferrischen Schule oder im Sinne der modernen «Défense sociale» umdeuten oder, wenn ich mir das Wort erlauben darf, verzerren will. Sicherlich, die Strafe hat Zwecke, sie muß sie haben, es wäre traurig, wenn es anders wäre, denn die Strafe ist eine Institution des Rechts, mithin eine menschliche Institution, geschaffen zur Sicherung des friedlichen Zusammenlebens der Menschen. Wenn wir nun die Todesstrafe in Beziehung zu den denkbaren Strafzwecken stellen, so sehen wir zunächst, daß irgendeine Resozialisierungsfunktion nicht in Betracht kommt. Wohl aber erfüllt die Todesstrafe Funktionen der Sicherung, und endlich kann die Todesstrafe eine Abschreckungswirkung ausüben, und zwar in zweierlei Formen: einmal als Abschreckung des labilen, des sog. potentiellen Täters durch die Wucht der Strafdrohung (sog. Androhungsgeneralprävention), die in den ehernen Tafeln des Gesetzes niedergelegt ist und deren Kenntnis man beim Verbrecher voraussetzt; zweitens kann aber die Abschreckungsfunktion der Strafe auch in anderer Hinsicht wirksam werden, nämlich durch die sogenannte Generalprävention durch Vollzug: Hier soll die Allgemeinheit abgeschreckt werden durch das Leiden des Verbrechers, der sich von der Generalprävention durch Androhung nicht abschrecken liess, jetzt die Strafe erduldet und **Hamit** als abschreckendes Beispiel zur Einschüchterung der labilen Rechtsgenossen dienen soll. Wir sehen also auf der einen Seite das Wesen der Strafe, auf der anderen Seite die mit ihr kombinierten Zwecke, und ich darf zu diesem Punkt eines voranstellen (und das ist nicht etwa nur meine persönliche Auffassung): der Grundsatz, der das Verhältnis zwischen Wesen und Zweck der Strafe spezifiziert, geht dahin, daß die Vergeltung unter allen Umständen der Vorbeugung vorgeht. Vorbeugungszwecke, d. h. also Abschreckung und Sicherung dürfen unter keinen Umständen auf Kosten der Gerechtigkeit, auf Kosten der schuldausgleichenden Vergeltung gehen. Das ist der Richtpunkt, den wir bei dem Folgenden nicht ausser acht lassen sollten. Und nun können wir zu den einzelnen Argumenten übergehen:

Daß die Todesstrafe ihrem Wesen nach ein Strafübel ist, das ist natürlich nicht zu bestreiten, als solche ist sie von der Kulturüberzeugung seit vielen Jahrtausenden anerkannt, denn der Ursprung der Todesstrafe verliert sich ja im Dunkel der Geschichte. Aber gerade diese geschichtliche Verwurzelung der Todesstrafe birgt ihre Bedenken in sich, denn die Todesstrafe, praktisch heute nur noch auf den Mord beschränkt, ist zwingend gerechtfertigt allein aus dem Gesichtspunkt der Talion. Aber

ich sagte ja bereits, daß die alttestamentarische, kantische, buchstäbliche Vergeltung nach dem Maße des angerichteten Schadens tot ist und auch nie wieder auferstehen wird. Keiner von uns denkt heute daran, ein Gesetz einzuführen, wonach die Meineidshand des imtreuen Schwurpflichtigen abgehackt wird, nach der der Sittlichkeitsattentäter kastriert wird, nach der der Klatschvettel die Zunge mit glühenden Zangen aus dem Munde herausgerissen wird, und kein Mensch denkt heute daran, das Haus des Mordbrenners in Asche zu legen. Wäre die Talion, das erwähnte ich schon in anderem Zusammenhang, auch heute noch daseinsberechtigt, dann müssten wir folgerichtig nicht nur den Mord, sondern jede Vernichtung fremden Lebens mit der Todesstrafe belegen, also auch Totschlag, fahrlässige Tötung usw. Der Erfolg ist der gleiche, und hier wie dort verlangt der Erfolg die spiegelnde Strafe. Aber wie gesagt, die Talion ist tot, wir sprechen nicht mehr von ihr, an ihre Stelle ist die rechnerische, die symbolische Vergeltung der schuldhaften Tat getreten. Und diese ist gegenüber der Talion etwas anderes insofern, als sie nicht mehr an das Ausmass des objektiv angerichteten Schadens anknüpft, sondern an das Ausmass der Schuld des Täters. Und ausgerechnet bei der schwersten Kriminalität, also beim Mord, soll eine Straftat und eine Funktion der Strafe wirksam bleiben, die sonst überall begraben ist? Es will mir wirklich nicht einleuchten, daß gerade auf diesem Gebiete der Talionsgedanke lebendig bleiben soll.

Es bleibt also die Frage, ob sich nicht die Todesstrafe vielleicht aus anderen Gesichtspunkten, aus dem Gesichtspunkt der modernen Schuldvergeltung, also aus dem Sühnegedanken heraus rechtfertigen lassen könnte. Hierauf, meine Damen und Herren, lässt sich eine eindeutige Antwort, wie ich glaube, nicht geben. Die Antwort kann Ja, sie kann aber auch Nein lauten, je nach den verschiedenen Inhalten, die wir dem Sühnebegriff verleihen. Sicherlich lässt sich die Todesstrafe dann nicht als Sühne betrachten, wenn wir unter Sühne das aktive Sühnetun, die sog. Opferbereitschaft, die Reue des Verbrechers verstehen wollen, denn dann könnten wir ja nur den reuigen Verbrecher hinrichten, und dieser hätte es durch Verstocktsein in der Hand, sein Leben bis zum normalen Exitus zu verlängern. Ich darf Sie daran erinnern, daß die mittelalterliche Strafjustiz ängstlich bemüht war, nur den reuigen Verbrecher hinzurichten, weil nur in diesem Falle eine echte Sühne und Opferbereitschaft anerkannt werden konnte. Aus praktischen Gründen können wir also die Vereinbarkeit der Todesstrafe mit dieser Spielart der Sühne nicht anerkennen. Es verbleibt die zweite Auslegung des Begriffes der Vergeltung oder der Sühne, das Opfer, das dem Täter als Symbol der Brechung seines bösen

Willens auferlegt wird, jetzt natürlich ganz gleichgültig, ob der Täter innerlich sühnebereit ist oder nicht. Und in der Tat wird die Vereinbarkeit der Todesstrafe mit einem solchen Sühnebegriff immer wieder behauptet. Ich will dem an sich gar nicht widersprechen, obwohl sich meines Erachtens ein Bedenken gegen diese Koppelung nicht gut unterdrücken lässt. Es ist nämlich dies die Frage, ob denn nicht das Strafeiden-Müssen die Fortsetzung des Lebens voraussetzt, die Fortsetzung eines rechtlich geschmälernten, durch Ehrverlust, durch Freiheitsentzug geschmälernten, sich hinqualenden diffamierten Lebens. Man fragt sich unwillkürlich, ob es **denn** wirklich Sühne ist, wenn jemand zur Duldung der Herbeiführung eines Zustandes verurteilt wird, den wir überhaupt nicht kennen und nicht kennen können. Und es ist in der Tat so : wir verurteilen den Mörder ja gar nicht zum Tode, wir verurteilen ihn zu etwas anderem, wir verurteilen ihn zum Sterben-Müssen, zum hier und jetzt Sterben-Müssen, wir verurteilen ihn zur Duldung einer Todesangst, die weit schrecklicher ist als das Totsein. In diesem Zusammenhang fällt mir ein eigenartiges **Argument** ein, das ein durchaus prominentes Mitglied der deutschen Strafrechtsreformkommission zur Verteidigung der Todesstrafe angeführt hat. Es wurde gesagt, die Todesstrafe sei ja an sich gar nicht die Vernichtung eines Menschenlebens, sondern lediglich die Vorverlegung eines unabwendbaren Ereignisses. Und daher könnten gegen das Todesurteil, dieses Sterbenmüssen-Beschleunigungsurteil, eigentlich gar keine Einwände erhoben werden. Ich habe das Gefühl, als wenn dieser Gedanke eines der stärksten Argumente gegen die Todesstrafe ist, denn wenn dieser Beweisgrund richtig wäre, dann dürften wir keinen einzigen Mörder zum Tode verurteilen. Der Mörder hat ja nach der zitierten Ansicht gar nicht gemordet, er hat nur einem unabweisbaren Ereignis ein wenig nachgeholfen, dieses Ereignis beschleunigt. Daß dies nicht richtig sein kann, wissen wir. Mord ist auch die Tötung eines Moribundus, als vorsätzliche Tötung gilt ja auch völlig zu Recht die aktive Euthanasie. Das sind also keine Argumente, mit denen man die Todesstrafe verteidigen könnte.

Ich darf das Bisherige zusammenfassen: Trotz der heutigen Bedenken, ist, historisch gesehen, die Todesstrafe als Strafübel wohl anzuerkennen. Eine andere Frage ist es natürlich, und diese Frage ist, wie gesagt, rational gar nicht zu beantworten, ob die Gesamtheit, repräsentiert durch den Staat, berechtigt ist, ein Strafübel von solcher Wirkung zu verhängen. Ich will der Beantwortung dieser Frage nicht ausweichen und sage für meine Person: nein, m. E. ist der Staat hierzu nicht berechtigt. Aber ich weiss sehr wohl, daß meine Meinung völlig wertlos und ohne Überzeu-

gungskraft ist wie jedes irrationale, weltanschaulich bedingte Argument. Aber, und nun glaube ich der Lösung etwas näherzukommen, ich meine, daß es auf diese Schicksalsfrage — darf der Staat töten? — überhaupt gar nicht anzukommen braucht. Denn wir dürfen diese Gretchenfrage erst stellen, nachdem einwandfrei geklärt ist, daß die Todesstrafe für die Erhaltung des Rechtsfriedens absolut unentbehrlich ist. Ergibt nämlich unsere weitere Prüfung, daß die Todesstrafe nicht absolut notwendig ist, ja zeigt unsere weitere Prüfung auch nur die bloße Nichterweislichkeit der Argumente ihrer Anhänger, dann sind wir in die glückliche Lage versetzt, diese irrationale Machtfrage — Darf der Staat töten? — überhaupt nicht stellen zu müssen. Dann können wir ja die Todesstrafe als zweckwidrig, zumindest aber als zwecklos erkennen und zugleich damit auch die Frage nach der Berechtigung der Todesstrafe oder nach dem Tötungsrecht des Staates verneinend beantworten. Denn eines ist doch klar: sicherlich darf der Staat ein den Menschen auslöschendes Strafübel nicht anwenden, wenn dies nicht durch einen vernünftigen Zweck geboten ist. Damit kommen wir nun endlich zu dem pro et contra der Argumente im einzelnen, der Zweckargumente, der Nützlichkeits- und Notwendigkeitsargumente, wobei ich die weniger wichtigen Beweisgründe schneller und kürzer behandle, um den gewichtigeren etwas mehr Zeit einräumen zu können. An der Spitze steht das ja wohl nicht ganz ernst zu nehmende Argument der Kosten. Darauf sollte man nicht erst eingehen. Es ist offensichtlich, daß die Beschaffung eines Beiles oder auch einer Guillotine, zuzüglich der Kosten des Scharfrichters, immer noch sehr, sehr viel billiger ist als die lebenslängliche Bewachung und Durchfütterung eines Strafgefangenen. Trotzdem ist dieses Argument absolut indiskutabel. Wir wissen ja, wohin die Konsequenzen dieses Arguments führen: schnurgerade in die Zeit des Nationalsozialismus, zu dem berüchtigten Gesetz im Panzerschrank, dem Erlass Hitlers über die Vernichtung der unproduktiven Esser, der Irren in der Anstalt, die dem Staate nur Geld kosten und keine nutzbringende Arbeit leisten. Dieses Argument ist in einem Termitenstaat vielleicht gerechtfertigt; in einem Rechtsstaat des 20. Jahrhunderts, der seine Existenz auf den Artikel 1 des Grundgesetzes aufzubauen bemüht ist, sollte es unter den Tisch fallen.

Nicht sehr viel anders steht es mit dem zweiten Beweisgrund, dem der Volksstimmung. Immer wieder kann man hören, daß das Volk gebieterisch in seiner grossen Majorität die Todesstrafe verlange, und daß nach dem berühmten Wort «Volksstimme ist Gottes Stimme» nun auch der Parlamentarier, der Bundestag sich auf die Dauer dieser Forderung nicht widersetzen könne. Hierzu ist zu sagen, daß die Prämisse zweifellos richtig

ist, die Schlußfolgerungen, die daraus gezogen werden, falsch, zumindest aber übereilt sind. Es ist richtig, daß die Ergebnisse der sogenannten, wenn auch mit Vorsicht zu geniessenden, aber immerhin anzuerkennenden Testbefragungen des berühmten «repräsentativen Durchschnitts» der Bundesbevölkerung eine steigende Tendenz für die Todesstrafe aufzuweisen haben. 1952 sprachen sich 55 Prozent für die Todesstrafe aus, 1955 waren es bereits 72 Prozent, 1958 sogar 80 Prozent, wobei es interessant ist, daß der Unterschied der Parteien, der Konfessionen, der sozialen Schichtung ein sehr geringer war, daß man also sagen kann, daß es sich um eine durchaus ausgeglichene Progression zugunsten der Todesstrafe in der westdeutschen Bevölkerung gehandelt hat; interessant ist vielleicht auch der Hinweis, daß in Österreich, wo sich etwa 75 Prozent der Bevölkerung für die Todesstrafe ausgesprochen haben, eine ähnliche Tendenz festzustellen ist. Zweifellos wäre also, wenn das Volk zu entscheiden hätte, wenn wir ein Referendum hätten, die verfassungsmässig erforderliche Zweidrittel-Mehrheit für die Wiedereinführung der Todesstrafe gegeben. Es fragt sich aber, was das für unsere Abgeordneten, für unseren Gesetzgeber zu bedeuten hat. Heisst das nun wirklich, daß Volksstimme gleich Gottesstimme ist, daß also die Abgeordneten dieses so denkenden Volkes nun an dem eben ermittelten Barometerstand nicht Vorbeigehen dürfen, sondern sich bequemen müssen, den Artikel 102 des Grundgesetzes wieder abzuschaffen? Ich möchte das aus zwei Gründen nachdrücklich verneinen.

Zunächst geht die Volksmeinung nach den Ergebnissen sämtlicher Tests von der Annahme aus, daß die Wiedereinführung der Todesstrafe erforderlich sei, um nachdrückliche Abschreckungseffekte zu erzielen. Ich werde aber gleich ausführen, daß der angebliche Abschreckungseffekt der Todesstrafe unbewiesen und, ich möchte sogar sagen, unbeweisbar ist. Zweitens müssen Sie berücksichtigen, daß diese sog. Volksstimme immer an den einzelnen konkreten, besonders Aufsehen erregenden Mordfällen haftet. Heute sind es die Autobahnmörder, morgen ist es ein sensationeller, in der Presse breitgetretener Lustmordfall, dann kommt der periodisch wiederkehrende Mord am Taxichauffeur. Schnell entzündet sich die sogenannte öffentliche Meinung nach Lektüre der Zeitungsberichte, aber diese öffentliche Meinung legt sich keine Rechenschaft darüber ab, wie diese Bluttaten geschahen und ob es sich auch wirklich bei allen von ihnen um Mord im Sinne des nüchternen und doch so schwierig auszulegenden § 211 unseres Strafgesetzbuches gehandelt hat. Auch das Volk beschränkt seine Forderung nach Todesstrafe nur auf die Fälle des Mordes. Aber fragen Sie doch bitte einmal den sogenannten repräsentativen Durchschnitt des Volkes, was Mord eigentlich ist. Soviel Fragen Sie

stellen* soviel Antworten werden Sie bekommen* und ich brauche in diesem Kreise nun wirklich nicht darauf hinzuweisen* vor wie schwierigen, vielleicht unlösbaren Problemen Wissenschaft und Praxis* Gesetzgeber* Richter und Rechtsgelehrte bei der Erfassung des Mordtatbestandes stehen. Ich komme darauf in einem anderen Zusammenhang noch kurz zurück* hier mag der Hinweis genügen* daß es wohl nicht gut zugänglich ist* die Konsequenzen der Grenzziehung zwischen Mord und Totschlag einem so zweifelhaften Gesetzgeber zu überantworten* wie es die Volksstimme ist.

Es ist eine uralte Erfahrung* daß jede gesetzliche Regelung eines umstrittenen Sachverhaltes den Widerspruch der öffentlichen Meinung hervorruft. Es ist bekannt* daß in den Staaten* in denen die Todesstrafe besteht* eine ebenso leidenschaftliche Mehrheit für deren Abschaffung kämpft* wie in den Staaten* in denen die Todesstrafe nicht besteht* um deren Wiedereinführung gestritten wird. Zumal dann, wenn es sich um Prozesse in solchen Staaten handelt* die die Todesstrafe kennen und anwenden* um Prozesse* die die Öffentlichkeit bis in die Grundtiefen aufwühlen; ich dachte an das Jahr 1928/29* an den Sturm der Erregung, die die ganze Weltpresse erfasste* als die beiden Italiener Sacco und Vanzetti in Sing-Sing hingerichtet werden sollten und auch hingerichtet wurden* trotz eines Proteststurmes der gesamten Öffentlichkeit. Denken Sie an das Schicksal des Ehepaares Julius und Ethel Rosenberg* der Atomspione* die ebenfalls trotz einer Flut von Bittgesuchen und Empörung der öffentlichen Meinung hingerichtet wurden; denken Sie auch an den Fall der Engländerin Evans* bei deren Hinrichtung die Volksmengen draussen* während das Arme-Sünder-Glöckchen läutete* um die Rettung dieser Frau beteten. Sie sehen also* daß das Pendel der öffentlichen Meinung durchaus auch nach der gegenteiligen Seite auszuschlagen geneigt ist. Ich darf also in diesem Zusammenhang (und hier möchte ich mich dem ersten Bundesjustizminister Thomas Dehler vorbehaltlos anschließen) sagen* daß das Parlament sich zu gut sein soll* um sich zum Exekutor der labilen öffentlichen Meinung zu machen. Der Parlamentarier sollte wirklich seine Beschlüsse von höherer Warte treffen* die Sache nicht von der Ebene des Taxichauffeurs her sehen* der an der Bahre seines ermordeten Kollegen steht und nun in verständlicher* ehrlicher Verbitterung und mit geballter Faust nach Rache ruft — dieser impulsive Racheruf sollte den Parlamentarier nicht erreichen.

Das dritte Argument* mit dem die Todesstrafe gerechtfertigt wird* ist das der Ablösung des Rachetriebs. Dieser Beweisgrund hängt aufs engste zusammen mit dem bisher Gesagten. Man behauptet* die Todesstrafe sei notwendig als Mittel zur Verhinderung der Selbstjustiz durch das

Volk, die Todesstrafe diene sozusagen der Abreaktion von Trieben, deren Stauungen leicht gefährlich werden könnten. Ich glaube, daß dieses Argument für uns in Deutschland nur sehr letztrangige Bedeutung hat. Sehr viel häufiger hört man allerdings dieses Argument aus den Vereinigten Staaten, und hier wird oft zur Verteidigung der Todesstrafe darauf hingewiesen, daß dadurch, daß der Staat Verhängung und Vollzug dieser Strafe in seine Hände nehme, Selbstjustiz und andere Exzesse verhindert würden. Aber gerade die aus den USA vermittelten Berichte begründen diesem Argument gegenüber erhebliche Skepsis. Eines steht trotz aller Unzuverlässigkeiten der Statistik doch wohl fest, daß nämlich in den Staaten der USA, in denen die Todesstrafe zugelassen, und vor allen Dingen, in denen sie öffentlich vollzogen wird, die Zahl der Lynchmorde erheblich grösser ist als in den Abolitionsstaaten. Wie wir später sehen werden, ist das kein Zufall, sondern wahrscheinlich ursächlich bedingt, denn der öffentliche Vollzug der Todesstrafe stachelt ja die Instinkte der Masse an, es dem Staat schneller und sicherer vorzumachen. Unterstellen wir nun aber einmal, daß die Todesstrafe wirklich deshalb gerechtfertigt ist, weil sie dem Rachetrieb, dem durchaus verständlichen Genugtuungsbedürfnis der erregten Volksmasse, entgegenkommt. Bei dieser Argumentierung wird stets ein wichtiger Punkt geflissentlich übersehen, nämlich der, daß der Rachetrieb des Menschen niemals von gleichbleibender Intensität ist und es auch Gott sei Dank nicht sein kann. Rachetrieb und Strafbedürfnis sind vergängliche Werte, sie sinken ab mit dem heilenden Faktor der Zeit. Dem trägt, wie wir ja wissen, das in allen Kulturstaaten anerkannte Institut der Verjährung Rechnung. Nach Ablauf bestimmter Fristen erlischt die Strafbefugnis des Staates. Es darf überhaupt nicht mehr gestraft werden. Für den frischen Mord verlangt die Volksstimme heute imbedenklich die Todesstrafe aus Rache. Fragen Sie den gleichen Durchschnitt, den gleichen guten Bürger nach drei, fünf, ja zehn Jahren, nach einer Zeit also, in der juristisch die Verjährung noch nicht vollendet ist, fragen Sie ihn, wie er über diesen Fall denkt, fragen Sie ihn, ob er auch jetzt noch wünscht, daß der Täter dieses damals so aufregenden Verbrechens wegen nun auf das Schaffott gebracht wird. Jetzt denkt man sehr viel ruhiger, die Intensität des Vergeltungsbedürfnisses hat nachgelassen, und der Staat, der in solchen Fällen die Todesstrafe verhängen und vollziehen wollte, würde hier einen Volkswillen vollstrecken, der in Wirklichkeit infolge Absinkens des Vergeltungsbedürfnisses überhaupt nicht mehr besteht.

Ich komme jetzt zu dem wohl wichtigsten Argument der Anhänger der Todesstrafe, nämlich zu ihrer sogenannten Abschreckungswirkung.

Früher war es zweifellos das am ernstesten zu nehmende Argument: die Gewissheit des Todes sei für den Mörder das wirkungsvollste und ernsteste Menetekel. In Wahrheit (gestatten Sie mir, daß ich so apodiktisch vorgehe) handelt es sich hier um ein Argument, das erstens nicht richtig gegliedert, zweitens nicht folgerichtig durchdacht, drittens nicht bewiesen und m. E. überhaupt nicht beweisbar ist. Theoretisch (ich erwähnte es bereits eingangs) kommt die Abschreckungswirkung der Todesstrafe in zwei Spielarten zum Zuge: 1. als Abschreckung der Gesamtheit durch den Vollzug der Todesstrafe und 2. als Abschreckung des potentiellen Täters durch die gesetzliche Androhung der Todesstrafe. Über das erstgenannte Argument, Abschreckung durch Vollzug, sind die Akten heute wohl endgültig geschlossen. Ganz gleichgültig, ob die Hinrichtung intramuran erfolgt, wie in den meisten Kulturstaaten, oder ob sie öffentlich vollzogen wird, wie in einzelnen Staaten der USA, ihre abschreckende Wirkung auf die Öffentlichkeit ist gleich Null. Denken Sie (auch Dickens hat es uns überliefert) an die zahlreichen Schilderungen der Volksfeste am Galgenhügel, die noch bis in die fünfziger Jahre in England üblich waren, wenn jemand wegen eines Diebstahl im Werte von über 5 Schilling gehängt wurde. Schulen wurden hingeführt, das Volk umlagerte die Galgenhügel, Würstelverkäufer, Chiromanten, Losverkäufer drängten sich durch die interessierte, aufgeputzte Menge, in deren Kreisen Wetten darüber abgeschlossen wurden, in welcher Haltung der Hinzurichtende zum Schafott gehen, ob der Strick reißen, ob die Hinrichtung fachgemäss oder nicht fachgemäss durchgeführt würde usw. Darüber hinaus wissen wir zum mindesten aus amerikanischen Berichten, daß im Anschluss an öffentliche «Hinrichtungsfeste» die Kurve der schweren Bluttaten emporging, und bezeichnenderweise waren in den überwiegenden Fällen diejenigen die Mörder, die kurz vorher Zeugen des öffentlichen Hinrichtungsvorganges gewesen waren. Aber auch bei der intramuranen Hinrichtung tritt ein Abschreckungseffekt der Öffentlichkeit kaum ein, im Gegenteil, bei starkem Gebrauch bedingt dies eine erstaunliche Abstumpfung. Ich denke an das Deutschland der Jahre 1943/44, an die Anschlagssäulen, die bepflastert waren mit kleinen roten Zetteln, vom Oberstaatsanwalt unterzeichnet: Heute wurden hingerichtet 10 Volksschädlinge, 12 Gewaltverbrecher usw. Namen, Namen, Dutzende von Namen. Unser Blick glitt schließlich doch nur gelangweilt über diese Kolonnen, um mit größtem Interesse nach der nächsten Eierzuteilung oder nach einem anderen Ereignis zu forschen, das uns viel mehr anging, als die zur Routine gewordenen Todesurteile und Hinrichtungen von Leuten, unter denen sich auch zweifellos Mörder befunden haben. Unbewiesen ist aber auch

die verbreitete Behauptung, daß die sogenannte Generalprävention durch Androhung, also durch Kenntnis der Todesstrafdrohung, den einzelnen labilen Rechtsgenossen, also auch den potentiellen Mörder, von seinem Tun abhalten könnte. Der Kardinalfehler dieses so beliebten Gedankenganges ist nämlich der, daß der gute Bürger der an die Abschreckungsfunktion glaubt, den potentiellen Verbrecher mit seinen eigenen gutbürgerlichen Maßstäben mißt. Der Gedankengang ist höchst primitiv. Der Verbrecher weiss vor Tatbegehung (denn jeder Verbrecher trägt bekanntlich ein Strafgesetzbuch in der Tasche), daß er dem Tode verfallen sein wird. Also wird er die nicht mehr lohnende Tat doch bestimmt unterlassen. Wir sehen hier einen doppelten Denkfehler. Vor oder bei Tatbegehung denken nämlich die wenigsten Mörder überhaupt an die Strafdrohung. Sie taten es nicht einmal unter der Herrschaft des § 211 alter Fassung, die die Tötung, die mit Überlegung ausgeführt war, als Mord beurteilte. Wir sehen also, daß der Täter praktisch nicht daran denkt, was ihm blüht. Eine Ausnahme hiervon machen vielfach die fanatischen Mörder, die Überzeugungsverbrecher, die politischen Attentäter — und zwar wirkt bei ihnen die Todesstrafdrohung genau umgekehrt als gewünscht, nämlich als zusätzliches Stimulans zu ihrer Tat. Es bleiben also die relativ seltenen Fälle, in denen der Täter sich die ihm drohende Todesstrafe genau vorstellt. Aber auch in diesen Fällen ist die Todesstrafe von nur ganz untergeordneter Abschreckungswirkung. Denn auch der Mörder ist Optimist. Der Mörder sieht ja nicht die Todesstrafe vor sich als ein unentrinnbares Fatum («wer mordet, wird mit dem Tode bestraft»), sondern als eine Potentialität, als eine nur entfernte Möglichkeit — und von seiner Geschicklichkeit hängt es ab, ob er der Strafe entgeht: «Viele andere Mörder werden gehängt, aber *ich* nicht, *mir* gelingt es, der Polizei ein Schnippchen zu schlagen, *ich* begehe den Mord mit Handschuhen, die die Spuren verwischen, *ich* werde mir ein Alibi verschaffen, *ich* habe ja Zeugen, die aussagen werden, daß ich gar nicht am Tage der Tat am Mordort gewesen bin, *ich* komme schon durch». Und dieser Optimismus überwindet hemmungslos die Strafdrohungen des papiernen Gesetzes und lässt den Mörder trotz Kenntnis der Strafdrohung zu seiner Tat schreiten. Wir sehen also, daß als Abschreckungsstrafe die Todesstrafe nur dann notwendig und gerecht wäre, wenn ihre Verfechter wirklich den exakten Nachweis erbringen könnten, daß die Morde dort abnehmen, wo die Todesstrafe besteht, und daß sie dort zunehmen oder gleichbleiben, wo die Todesstrafe abgeschafft, ist. Und dieser Nachweis ist nun trotz erdrückenden statistischen Zahlenmaterials nicht erbracht worden. Die Mordkurve verläuft vollkommen unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen der

Todesstrafe in den einzelnen Staaten. Ich will Sie nicht mit endlosen Zahlenkolonnen langweilen, die in jahrzehntelangen Übersichten zusammengestellt sind, ich möchte Ihnen nur einen Hinweis auf die beiden Arbeitsmethoden geben, die hierbei angewendet werden. Wir unterscheiden Zeitstatistiken und geographische Statistiken. Zeitstatistik: Die Mordkurve solcher Länder, die die Todesstrafe eingeführt bzw. wieder abgeschafft haben, wird mit den entsprechenden Zeitabschnitten der Geltung bzw. Nichtgeltung der Todesstrafe verglichen. Aufschlussreich ist z. B. Italien, aufschlussreich auch die Schweiz, die ja 1941 die Todesstrafe absolut abgeschafft hat, nachdem sie in einzelnen Kantonen der Schweiz bis dahin noch gegolten hatte, aufschlussreich auch Finnland und Schweden. Wir sehen hier überall das gleiche Bild: Weder ist in den Abolitionsstaaten die Mordkurve höher, noch ist in den Staaten, die mit Gaskammer und Strang arbeiten, die Kurve der Morde irgendwie flacher oder absinkend. Wir kennen ferner die geographische Statistik. Man nimmt innerhalb von Bundesstaaten solche vergleichbare Teilstaaten, benachbarte Staaten möglichst, mit ähnlicher Bevölkerungszusammensetzung, ähnlicher sozialer Schichtung, von denen der eine Teilstaat die Todesstrafe abgeschafft hat, während sie der andere Teilstaat beibehalten oder eingeführt hat. Und hier sehen wir nun das folgende Bild: In souveräner Nichtachtung des Bestehens oder des Nichtbestehens der Todesstrafe verläuft die Mordkurve, ihren eigenen Gesetzen folgend. Ich glaube also sagen zu können, daß die Androhung oder Nichtandrohung der Todesstrafe für die Mordkriminalität irrelevant ist, oder daß es zumindest nicht bewiesen und nicht beweisbar ist, daß die Todesstrafe die Mordkurve günstig beeinflusst — und schon dieses «non liquet» geht ja zu Lasten der Befürworter der erneuten Einführung der Todesstrafe.

Nun zum nächsten Argument, der Sicherungsfunktion der Todesstrafe. Dieser letzte Beweisgrund für die Todesstrafe ist, grob gesagt, zugleich das erste und besonders bedeutsame Argument dagegen. Der Gedanke ist bestechend, daß die Gesellschaft mit Sicherheit und endgültig vom Mörder befreit wird, ohne daß eine vorzeitige gnadenweise Entlassung der zu lebenslänglichen Zuchthaus Verurteilten zu befürchten ist. Aber welcher Art ist denn diese radikale «Sicherung der Gesellschaft»? Es soll zunächst hierbei völlig auf sich beruhen, daß, so merkwürdig es klingt, dem grossen Prozentsatz der Mörder gegenüber eine Sicherungsfunktion entbehrlich ist. Der Mörder ist kein sogenannter Tätertyp, der einer entsprechenden Neigung nachgeht und damit Wiederholungsgefahr befürchten lässt. Die Fälle, in denen wir Serienmorde finden, gehören zu den ausgesprochenen Ausnahmen und nicht nur deswegen, weil der Mörder, nachdem er gemordet

hat, geköpft wird oder ins Zuchthaus kommt, sondern auch bei den lange Zeit unentdeckt gebliebenen Mördern stellen wir in der grossen Mehrheit der Fälle die Einmaligkeit der Mordtat fest mit dem Ergebnis, daß der Mörder gewiss gesündigt hat, daß aber die Wiederholungsgefahr und damit die Vorbeugungsnotwendigkeit, die allein die Sicherung rechtfertigen könnte, bei ihm viel geringer ist, wie etwa beim Heiratsschwindler oder bei dem internationalen Taschendieb. Entscheidend ist aber etwas ganz anderes. Sicherlich, die Todesstrafe hat eine vorzügliche, sichernde Wirkung. Sie sichert nicht hundertprozentig, sondern hundertzehnprozentig, und das ist der Fehler, der in ihr hegt. Mit anderen Worten, sie ist zugleich irreparabel, und die überschüssenden zehn Prozent sind Opfer von Justizmorden, die auch im Wiederaufnahmeverfahren nicht wieder lebendig gemacht werden können.

Meine Gegner könnten mir nun sofort mit zwei Argumenten begegnen und sagen: Irren ist menschlich, Fehlerurteile sind unvermeidlich, Fehlerurteile betreffen auch Freiheitsstrafen, wer das Risiko eines Fehlerurteils nicht einkalkulieren will, der darf sich das Recht zum Strafen überhaupt nicht anmassen, ganz gleichgültig, ob er auf Todesstrafe oder Zuchthausstrafe erkennt. Nun, meines Erachtens ist es doch ein ziemlich gewaltiger Unterschied, ob ein Unschuldiger nach 5, 10 oder 15 Jahren im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen, rehabilitiert, nach Möglichkeit finanziell entschädigt wird oder ob diese Art von Rehabilitierung nach Auslöschung der physischen Existenz überhaupt unmöglich gemacht wird. Denken Sie doch an die Tragikomödien in der UdSSR, in Bulgarien, in der Tschechoslowakei und in Ungarn u. a., an die posthumen Rehabilitierungen der Opfer einer vorzeitigen, zweckbedingten, politischen Gewaltjustiz. Man könnte ferner einwenden, daß die Gefahr von sog. Justizmorden, also von Fehlerurteilen, nicht so gross sei, brauche also ihre Gefahr nicht zu überschätzen. Wir wollen nicht so stolz sein darauf, wie herrlich weit wir es gebracht haben. Ich kenne allein aus Bayern mehrere Fälle von Fehlerurteilen in den letzten Jahren, von rechtskräftigen Entscheidungen, die mit der Verurteilung des Täters zum Tode geendet haben würden, wenn wir die Todesstrafe gehabt hätten; jetzt aber konnten die Verurteilten drei oder vier Jahre später rehabilitiert und der Freiheit wiedergegeben werden. Aber von diesen Fällen ganz abgesehen — wir können wirklich nicht darauf stolz sein, wie herrlich weit wir es gebracht haben, wie wunderbar perfekt unsere Gesetze sind. Und sogar wenn sie es wären: Fehlerurteile kann auch eine mit allen denkbaren Garantien ausgestattete Prozessordnung nicht ausschalten, denn sie wird ja von Menschen gehandhabt, die fehlsam sind, ihrer Natur nach fehlsam sein müssen.

Übrigens kommt noch etwas hinzu, und dieser Punkt wird oft übersehen. Unter «Fehlurteil» versteht man üblicherweise meistens doch den Fall, daß der Nichttäter als Täter verurteilt wird. Die Fälle, das gebe ich zu, mögen selten Vorkommen. Wie zahlreich waren und sind aber auch die Fälle, in denen ein Unzurechnungsfähiger, also ein schuldlos Handelnder, ein Kranker aufs Schafott gebracht worden ist, weil die Psychiatrie nicht in der Lage war, die krankheitsbedingten Verbrechenstribe zu erkennen. Und es ist m. E. kein grosser Unterschied, ob ein Nichttäter unschuldig aufs Schafott gebracht oder ob ein bemitleidenswerter Kranker, ein Unschuldiger im Sinne des Gesetzes, da er ja nicht schuldhaft handeln konnte, dem Henker überantwortet wird.

Ich komme nun zum Schluss, indem ich noch einige Punkte hervorheben möchte, die ausschliesslich und allein gegen die Todesstrafe auswertbar sind.

Die gesetzliche Regelung der Todesstrafe würde die Richter vergewaltigen. Wie soll ein Richter entscheiden, der gewissensmässig die Todesstrafe ablehnt? Aber nicht nur das: die gesetzliche Zulassung der Todesstrafe würde die Richter zu eingestandener oder uneingestandener Unehrllichkeit in ihren Sprüchen zwingen. Ich darf Ihnen hierzu eine aufschlussreiche Statistik bekanntgeben: Kanada kennt die Todesstrafe für Mord in Sinne des § 211 unseres StGB, während der Totschlag und andere schwere Bluttaten nur mit Freiheitsstrafen bedroht sind (also die gleiche Situation wie bei uns vor 1949). Die Statistik sieht nun folgendermassen aus: Wegen schwerer, aber nicht todeswürdiger Bluttaten endeten 77 Prozent aller Anklagen mit Verurteilungen. Bei Mordanklagen, bei denen also dem Täter der Galgen drohte, endeten nur 38 Prozent aller Prozesse mit Verurteilungen, im übrigen erfolgten Freisprüche. Die Folgerungen, die daraus zu ziehen sind, sind eindeutig: Wir sehen, daß der Richter aus Abscheu gegen die Todesstrafe unter Beschwichtigung oder Vergewaltigung seines Gewissens lieber zu Unrecht freispricht, als daß er sich entschliessen kann, einen wirklichen Mörder auf das Schafott zu schicken. Wir sind uns ferner darüber einig, daß die Todesstrafe, wenn sie überhaupt eingeführt wird, nur für den Mord im Sinne des § 211 gelten soll. Aber Sie kennen die ungeheuren Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Mordes vom Totschlag, einer Abgrenzung, die bei Wiedereinführung der Todesstrafe zugleich die Grenzlinie zwischen Tod und Leben des Angeklagten ist. Das zeigt schon allein die bisherige Wandlung unseres Mordparagrafen. Ich verweise auf den § 211 alter Fassung des StGB, wie er bis 1941 gültig war. Hier galt als Mord die vorsätzliche Tötung, die mit Überlegung ausgeführt war. Mord beging

der Ehemann, der seine unheilbar kranke Frau mit einer Morphiumspritze nach heftigen Gewissenbissen von ihrem Leiden erlöste; Mord beging die Mutter, die von ihrem Ehemann im Stich gelassen, mit ihren beiden kleinen Kindern in den Fluss watete, in der Absicht, sich und die Kinder umzubringen, wobei sie das Unglück hatte, gerettet zu werden, während ihre Kinder ertranken. Es bestand hier keine Möglichkeit, die Mordanklage zu vermeiden, in beiden Fällen hatte der Täter oder die Täterin vorsätzlich und mit Überlegung gehandelt, und damit war der Mordtatbestand eindeutig erfüllt. Man hat dann 1941 den Mordtatbestand geändert, man ist zu der alten deutschen Betrachtung des Mordes, der sog. ethischen Betrachtungsweise, übergegangen. Mord ist heute die vorsätzliche Tötung, die unter ethisch besonders verwerflichen Motiven begangen wird. Aber auch hier bleiben fast unüberwindliche Schwierigkeiten. Nur ein Beispiel dafür. Als Mord gilt heute u. a. die heimtückische vorsätzliche Tötung. Vor **einiger** Zeit ist folgender Fall entschieden worden: Ein Ehemann tötete seine schwerleidende Frau aus Mitleid, während sie neben ihm schlief, indem er eine Pistole gegen ihre Schläfe abdrückte. Die Frau war sofort tot. Der Mann kam vor Gericht. Er hätte nach der bisherigen Rechtsprechung eigentlich wegen Mordes bestraft werden müssen, und erst das Dazwischentreten des Bundesgerichtshofes hat dem Begriff der Heimtücke eine neue, kriminalpolitisch erwünschte, dogmatisch nicht unbedingt befriedigende Auslegung gegeben: Heimtücke heisst nicht bloß heimliches Handeln unter Ausnutzung der Arglosigkeit und der Wehrlosigkeit des Opfers, sondern Heimtücke verlangt Handeln in «feindlicher Willensrichtung». Wir sehen also überall die Kämpfe zwischen Theorie und Praxis, innerhalb der Praxis, innerhalb der Theorie, um die Formulierung des Mordtatbestandes, die in der Lage wäre, diesen unheimlich schmalen Grenzpfad zwischen Mord und Totschlag und — bei Wiedereinführung der Todesstrafe — für den Angeklagten zwischen Zuchthaus und Tod zu fixieren. Es ist dies eine kaum zu meisternde Aufgabe.

Ich komme nun zum Schluss. Ich weiss nicht, ob es Clémenceau war oder ein anderer französischer Jurist und Politiker, der anlässlich der Beratungen über die Abschaffung der Todesstrafe in Frankreich die Worte gesprochen hat: «Abschaffung der Todesstrafe? Aber mit Vergnügen, vorausgesetzt, daß die Herren Mörder den Anfang machen» — ein bitteres und ein übles Wort im Munde eines Juristen. Soll sich der Staat wirklich so weit erniedrigen, daß er sich auf eine Stufe mit dem Verbrecher stellt? Nein, ich glaube, daß etwas anderes im Verhältnis zwischen Staat und Verbrecher zu überlegen ist. Man mag

über die Milieutheorie in der Kriminologie streiten und sie mit Recht als viel zu einseitig kritisieren. Aber eines ist unbestreitbar, daß nämlich die Struktur unserer Gesellschaft, jeder Gesellschaft, nicht etwa der sog. kapitalistischen oder der nicht kapitalistischen Gesellschaft, auf die seelische Entwicklung des konkreten Täters Einfluss genommen haben kann. Aber schon diese Möglichkeit genügt, um die potentielle Mitschuld der Gesellschaft an der Entfaltung des Mörders, die Mitschuld der Gesellschaft an der Begehung des Mordes, deutlich zu machen. Geteilte Schuld, davon müssen wir jetzt ausgehen, verlangt aber zumindest eine teilbare Strafe. Und mit dieser Feststellung komme ich dann wieder auf den Boden des positiven Rechts zurück, indem ich die Todesstrafe innerhalb unseres Strafsystems zu fixieren suche und damit Schiffbruch erleiden muss. Die Todesstrafe ist ein durch keine Manipulationen assimilierbarer Fremdkörper in unserem Strafsystem. Von Geldstrafe zu Haft, von Haft zu Gefängnis, von Einschliessung zu Zuchthaus, vom zeitlichen zu lebenslänglichem Zuchthaus gibt es Übergänge, Stufen, die eine Graduierung ermöglichen. Die Todesstrafe kennt das alles nicht. Als isolierte Grösse, oder richtiger gesagt, als etwas Irrationales, Unbekanntes, für den Menschen Unbegreifbares, Unerfassbares steht sie ausserhalb des Systems jedes Strafrechts und würde, falls man sich zu ihrer Wiedereinführung entschliessen sollte, diese unheimliche, irrationale Aussenseiterstellung wieder für sich in Anspruch nehmen.

(Página deixada propositadamente em branco)

BEYOND CAPITAL PUNISHMENT

Sheldon and Eleanor Glueck

I. TWILIGHT OF CAPITAL PUNISHMENT

Sheldon Glueck

At the outset we wish to congratulate Portugal and the Portuguese on their humanitarian and wise pioneering in having abolished the death penalty as far back as a hundred years ago. This is an achievement they have every right to be proud of.

Had the present Conference been held three or four decades ago, we might have concentrated this paper on the arguments for and against the death penalty. But during the past few years there has been a notable decline, in the jurisdictions of the United States of America, both in the number of states which still provide for the death penalty and in the number of executions actually carried out in those where capital punishment still exists on the statute books.

This reduction in resort to the death penalty reflects a remarkably rapid change in public opinion. The well-known Gallup Poll indicates that in 1953, 25% of a fair sample of the adult population who were questioned by the pollsters expressed themselves as opposed to capital punishment; in 1960 the opposition had risen to 36%, by 1965 to 43%; and today evidently less than half the adult population of the United States are in favor of the death penalty⁽¹⁾. There are at the present 13 of

C¹) H. A. Bedau, «A Social Philosopher Looks at the Death Penalty», 123, *The American Journal of Psychiatry*, 1967, p. 1361, citing American Institute of Public Opinion, Princeton, N. J., release of February 5, 1965. See, also, H. A. Bedau (Ed.), *The Death Penalty in America*, New York, Anchor Books, Doubleday, Inc., 1964.

the 50 American states *without* provision for capital punishment in their penal codes; and it may be expected that, if the present trend continues, the number which abolish the death penalty will increase. Executions have also steadily declined: Throughout the United States there were 47 executions in 1962, 21 in 1963, 15 in 1964, seven in 1965, one in 1966. One authority states that, «by 1970 we may have the first year in which no one is put to death as punishment for crime under civil authority in the United States» (x). There are, to be sure, occasional official signs of clinging to the view that the death penalty serves a useful social purpose, based on the **familiar** arguments of deterrence and «just retribution» for extreme crimes. For instance, the Governor of California a few months ago refused to intervene in a case, and the offender was executed by use of lethal gas; and later he refused to intervene in another case awaiting the death penalty. Even as I wrote this a murderer in the state of Colorado was executed in the gas chamber. Some of you may also have heard of the sentencing to death in the electric chair of a young man in the state of Illinois. The crime involved aroused great indignation because the offender had successively murdered eight student nurses. One may predict that this sentence for such a crime will surely be carried out. In other states, including our own Commonwealth of Massachusetts, there are criminals who have long been incarcerated in «death row» awaiting execution. However, the Governor has sought legislation to appoint a commission of legislators and laymen to study the deterrent role of capital punishment; and it is not likely that, pending such appointment and the report of the commission, the convicts awaiting the death penalty will be electrocuted. Some 400 men in America today await execution in the «death rows» of prisons.

In the meantime, *opposition to removal* of the death penalty provisions from the statute books is today gaining its strongest support from certain dramatic facts regarding crime and criminal justice in the United States. A respectable and careful news medium recently published a striking article with the title, «Crime Up — Punishment Down» (2). This journal sketches the contemporary picture in the United States in these disturbing words: «More murders, but fewer executions. ... More crime, but fewer **criminals** in prison. ... What these official figures indicate is a trend toward less severe punishment for crime. The death penalty appears to be on its way out.»

C¹) *Ibid.*

(2) *U. S. News & World Report* April 10, 1967, p. 72.

Although, therefore, the trend in the United States seems to be toward abolition of capital punishment, it remains a fact that the death penalty is steeped in emotion; and this blinds legislators and the public to its complex ramifications and leads them to a gross oversimplification of the causes of crime and the effectiveness of punishment. In the American states — not only those which still retain the death penalty, but those which have abolished it — a single murder case can arouse so much feeling in the public mind as to dredge up primitive impulses of fear, hatred, prejudice and vengeance. This is a chief reason why the presence of the death penalty in the statute books of a state tends to bedevil all the other provisions and suggestions that may be founded on the theory that ultimately the best results for the welfare of society are to employ methods of therapy and rehabilitation for wrongdoers and to keep the hopelessly incurable imprisoned yet usefully employed, instead of exterminating them.

There are some indications, even in states which still retain the death penalty, that thoughtful persons are beginning to recognize that mere punishment as an end in itself is in general not getting the kind of results society has the right to expect from its apparatus of criminal laws. In a number of jurisdictions a constructive philosophy has seeped into the legal blueprint of their basic institutions for dealing with delinquency and crime, although it must be admitted that they are far short of having adequately implemented the theory in their courts and penocorrectional facilities and personnel. Let me give a few illustrations of the fact that a number of American states have made specific commitments in their constitutions, to a forwardlooking philosophy of the criminal law; although sometimes, ironically, some of them have nevertheless retained capital punishment. For example, the constitution of Indiana states : «The penal code shall be founded on the principles of reformation, and not of vindictive justice» (1). In Montana, the constitution provides that «laws for the punishment of crime shall be founded on the principles of reformation and prevention» (2). The Oregon constitution states that «laws for the punishment of crime shall be founded on the principles of reformation, and not of vindictive justice» (3). In Wyoming, the constitution provides that the «penal code shall be framed on the humane principles of reformation

C¹) **Indiana Constitution, I, 18.**

(²) **Montana Constitution, III, 24.**

(³) **Oregon Constitution, I, 15.**

and prevention» (1). And yet, of these four examples of states with forward-looking penocorrectional philosophies embodied in their basic document of government, the Constitution, only Oregon has abolished capital punishment.

Are the framers and enforcers of criminal justice in the other jurisdictions to be charged with hypocrisy? I do not believe so. It is rather a matter of the inherent inconsistency or ambivalence in the administration of criminal justice. While paying tribute to the views of many citizens regarding the need of capital punishment as the supreme penalty in such crimes as the slaying of a police officer attempting an arrest, or a prison guard interfering with an escape, they have sought to make it clear, by a constitutional directive, that the penocorrectional agencies and techniques *in general* should be liberalized; this, from both a humanitarian motivation and from a growing recognition that, since the vast majority of prisoners must be returned to society, it is far wiser to educate them, give them opportunities to learn trades, rehabilitate them socially and economically in the community, than to return them empty of everything except a consuming grudgeful attitude.

However we interpret the constitutional provisions I have cited, and however we may recognize that their Uberai aims are inconsistent with retention of the death penalty, they do express a forward-looking *Leitmotiv* for the great body of criminal justice. It is necessary that the criminal law should, as nearly as possible, have such a leading aim, to integrate more or less conflicting objectives and to minimize contradictions and inconsistencies in a state's management of its offenders. In our opinion, reformation through therapy and aid in rehabiUtation in the community, should deherberately be the *prime* or integrative aim of the criminal law to which such objectives as retribution, deterrence of the individual offender and prospective offenders, and re-enforcement of moral lessons should be recognized as subordinate, auxiUary aims.

This will not materially lessen whatever value there may be in deterrence. For example, in certain American states the adoption in the penal code of broad-zoned indeterminate sentences does not carry with it the danger that there will be no deterrence whatsoever. Indeed, there may thereby be more deterrence than under a regime of fixed sentences; for a prospective offender, under a wide-zoned indeterminate sentence law, wisely administered, will not know in advance of this crime just how long he will have to be under penal restraint. In fact, certains offenders ⁱ

i¹) Wyoming Constitution, I, 15.

may have to remain under correctional control for a longer term than if the sentence had been legislatively fixed or narrowly restricted in advance. Again, incarceration in an advanced correctional and therapeutic institution, with up-to-date psychological, psychiatric, and social treatment; with facilities for acquisition of useful trades, with recreational outlets, with active religious guidance, and other aids to self-understanding and social rehabilitation, does not necessarily mean that there will be less deterrence than there is in incarceration in the traditional type of prison. Conversations with both prisoners and prison officials must convince one that *any* kind of enforced restraint is a hurtful deprivation of freedom, and to that extent, specifically distasteful and therefore deterrent.

As to the criminal law's aim of retribution, neither the victim of the crime nor the state gains anything by emphasizing this element which, in effect, is socialized revenge. And, since it tends more to the development of a grudgeful frame of mind than a friendly attitude open to reformation, which a sympathetic corrective-therapeutic regime would encourage, retributive justice is to that extent defeative of the state's prime and ultimate objective — the effective protection of society.

As for the general moral-educational aim of the criminal law — its public definition and continued re-emphasis of what constitutes prohibited behavior — a regime motivated essentially by therapy and rehabilitation would not measurably reduce this. If the aim be to use the penal law to drive home the ancient lesson that «the wages of sin» are punishment, it is doubtful whether the criminal law as administered today in the modern metropolis, and involving hundreds of cases daily with only a few especially sordid ones given publicity, is the best teacher of general morality. That had better be left to the home, the school, and the church. But to the extent that the criminal law can inculcate standards, the emphasis on correction through therapy will not materially reduce the effectiveness of the lesson sought to be inculcated. It is not necessary, nowadays, to resort to the thumbscrew, dungeon or guillotine as teaching materials in a course on public morality.

I now turn to *implementation* of the advanced therapeutic philosophy in coping with offenders.

First, as to sentence. After conviction for a major crime, sentence should be decided upon only when public agitation has died down sufficiently, so as not to have such inflamed public opinion as to distort calm analysis of the essential elements in the case from the point of view of effective therapy and correction. The crime itself seldom tells much about the true motivations of the offense, or about the individual offenders

potentiality for reform or recidivism, or about the most promising type of sentence and treatment for him. These matters require intensive, time-consuming social investigation and the testing of various aspects of the total personality by persons trained in relevant behavioral and motivational disciplines.

Considerations of this kind long ago led me to recommend the separation, in both personnel and technique, of the guilt-determining function of the court from the sentence-imposing and succeeding steps. These latter involve institutional and extramural therapy, education, the teaching of usable skills, and the re-establishment of the offender in the community industrially, socially, religiously. I do not know enough about the training and selection of judges in Europe, but certainly in America, while the typical law-trained judge can adequately perform the technical legal function involved during the trial process, his education and habit of mind have not specially qualified him for the delicate task of determining and guiding the type of treatment most suitable to the individual offender on the basis of reports of scientific observations, tests, and investigations. As far as the sentence and its implementation are concerned, the modern judge ought really to be a sort of social physician. A great many years ago, Aristotle recognized the true role of the sentencing judge in these wise words:

The knowing of what is just and what unjust, men think no great instance of wisdom, because it is not hard to understand those things of which the laws speak. They forget that these are not just acts except accidentally. To be just, they must be done and distributed in a certain manner. And this is a more difficult task than knowing what things are wholesome. For in this branch of knowledge it is an easy matter to know honey, hellebore, cautery, or the use of the knife; but the knowing how one should administer these with a view to health, and to whom, and at what time, amounts in fact to being a physician (x).

It would thus seem wise to provide that the work of the criminal court should cease with the finding of guilt or innocence. The procedure thereafter should be guided by a professional «*Treatment Tribunal*» to be composed, say, of a psychiatrist, a sociologist or cultural anthropologist, an educator, a clergyman and a judge with long experience in criminal trials and with special interest in the protection of the legal rights of the offender. Such a tribunal should begin to function, beyond the point to which the substantive and procedural criminal law has carried the case, in order to determine the sentence and to plan and supervise its implementation.

0) *The Nicomachean Ethics*, Book V, VIII, 1137a.

How shall the proposed Treatment Tribunal function?

The primary duty of such a sentencing and **treatment-guiding** body would be to determine the therapeutic plan appropriate to the individual offender as a member of a type whose past responses to various forms of sentence have been systematically investigated and studied. The Treatment Tribunal would determine not only which offenders can safely be allowed to be on probationary oversight in the community, but also the institution and the tentative and ultimate duration of imprisonment in the individual case. It would perform its functions on the basis of intensive psychiatric, psychologic, and social reports based on examination of each offender at a *Diagnostic and Classification Center* to which the trial judges would first commit criminals without fixing either the institution or length of sentence. The place, duration and type of therapeutic and corrective treatment decided upon by the Treatment **Tribunal** would of course call for modification in the light of the progress of the individual offender under the program of psychologic, characterial, and social therapy prescribed in each case by the Treatment Tribunal, whose recommendations and mandates would be carried out by a staff of trained assistants. The Tribunal would require and examine periodic reports upon the progress of each offender, to be used as a basis for modifying the original therapeutic and corrective plan and for determining the most **promising** time for parole and release of the inmate (1).

In the work of a Treatment Tribunal it would soon be recognized that one cannot effectively «individualize» (2) the treatment of any offender without assessing him, in relevant particulars of personality and background, on the basis of a *standard* derived from scientific study of thousands of previous offenders. By systematically comparing the individual offender with composite portraits of types of other offenders in respect to characteristics previously demonstrated, through follow-up studies, to be really relevant to future reform or recidivism under various forms of therapy and correction, the Tribunal would have a chance realistically to individualize treatment. But by what means can such comparisons of the instant

0) Such a system has been recommended in a report I drafted as a member of a legislative committee in Massachusetts, the Commonwealth of Massachusetts, *Report of the Unpaid Special Commission Relative to* House No. 2198, January 1953.
Some of the features of the special sentencing and classification program discussed above have been in operation in the State of California for a number of years. See appropriate sections of California Penal Code.

(2) See R. Sallieles, *The Individualization of Punishment*, Boston, Little, Brown & Co., 1913; W. Healy, *The Individual Delinquent*, Boston, Little, Brown & Co., 1915.

case with an organized picture of prior cases be achieved? This important adjunct to sentencing, classifying and releasing procedures is now available in the form of pioneering « *p r e d i c t i o n* », various types of w in recent years been developed by intensive research. Those of you who are interested in this development are invited to consult our book, *Predicting Delinquency and Crime* (1), to which Chief Justice Earl Warren of the United States Supreme Court wrote the Introduction. The book presents a collection of prognostic devices based on many years of follow-up of a variety of large samples of delinquents and criminals. There are tables indicating the relevant factors and the statistical probabilities of success or failure under the ordinary regime of probation, under probation accompanied by a suspended sentence of imprisonment, under incarceration in a boys⁵ correctional school, or in a reformatory for young-adult male offenders, in a reformatory for women, in a jail or house of correction, in a prison for long-term criminals. There are also tables covering behavior ou post-institutional supervision on parole, as well as during extensive post-parole periods.

It is of course not intended that judges, at present, or Treatment Tribunals in the future, should mechanically and unreflectively dispose of individual cases solely on the mass statistical indications as to which form of treatment has most promise to reform and rehabilitate a particular offender with the personality and character traits and home background of the type to which he is found to belong. The predictive table is not a substitute for, but rather an aid to, the judge or Tribunal charged with exercise of discretion. At all events, it is far superior to making judgments in the individual case without aid of the results of a systematic intercorrelation of relevant traits and factors with varieties of post-sentence conduct involving hundreds of prior cases (2).

It would require too extensive a discussion to describe and illustrate in detail the predictive devices developed for sentencing in various types of imprisonment, for placement on probation with or without a suspended sentence to an institution, for release on post-imprisonment parole supervision in the community, and for predicting the post-parole conduct of

(1) S. and E. Gluek, *Predicting Delinquency and Crime*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1959.

(2) One basic factor is still missing in prediction devices for use in penology; and that is the *time element*. The systematic intercorrelation of the time element (that is, the *length* of probation, incarceration, parole) with the response of offenders of varied make-up and background to different techniques of treatment and correction could add a valuable ingredient to prediction tables. We are now at work on this.

former prisoners over a considerable span of time. Our various publications render full account of the techniques of prediction (1).

While it would help a great deal to have a Treatment Tribunal and to employ predictive instruments to deal more discriminatingly with individual offenders, a basic need is the enrichment of correctional and post-correctional techniques and instrumentalities.

Correctional facilities must be improved to conform with a philosophy of treatment and rehabilitation. In recent years, there has been a growing interest in America in «workrelease» programs for correctional institutions, so that selected prisoners can be allowed to do useful work in the community during the day, returning to the place of imprisonment at night. This would keep them in the stream of legitimate work and reduce the need of the community looking after the family whose breadwinner has been incarcerated. There has also been a growing interest in «half-way» houses, homes in the community in which selected ex-prisoners, while on parole, may be reintroduced into legitimate social life.

These and other constructive devices are indispensable implementations to a corrective-therapeutic philosophy designed to reach out and take the initiative in teaching offenders how to live constructively and satisfyingly, without resort to violations of law.

In our view, it is not the fact that the presence of the death penalty has never been conclusively proved to be an effective deterrent to certain crimes and its absence a stimulant to them, nor the idea that murderers and rapists are such a disgrace to and drag upon society that they should be destroyed like wild and dangerous animals, that constitute the strongest

0) S. and E. T. Glueck, *500 Criminal Careers*, New York, Knopf, 1930. reprinted by Kraus Reprint Corporation (16 East 46th Street, New York, N. Y. 10017), 1965; *One Thousand Juvenile Delinquents*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1934 (New York, Kraus Reprint, 1965); *Five Hundred Delinquent Women*, New York, Knopf, 1934 (New York, Kraus Reprint, 1965); *Later Criminal Careers*, New York, The Commonwealth Fund, 1937 (New York, Kraus Reprint, 1966); *Criminal Careers in Retrospect*, New York, The Commonwealth Fund, 1943 (New York, Kraus Reprint, 1966); *After-Conduct of Discharged Offenders*, London, Macmillan, 1945 (New York, Kraus Reprint, 1966); *Unraveling Juvenile Delinquency*, Cambridge, Mass., Harvard University Press for the Commonwealth Fund, 1950. For a scholarly survey of many predictive studies in the United States (not, however, including the prognostic devices developed in *Unraveling Juvenile Delinquency* and results of the validations by the New York City Youth Board and by the Maximum Benefits Program of the Commissioner's Youth Council of Washington, D. C.), see El io D. Mo n a c h e s i, «Prediction of Criminal Behavior», *Encyclopedia of Criminology*, p. 324, and «American Studies in the Prediction of Recidivism», 41 *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1950, p. 269.

argument against capital punishment; it is rather that its presence as the crown of the penal code runs counter to the aims of prevention, treatment and rehabilitation of the offender.

That is why, as you note, we have decided to use this pleasant, scholarly occasion to express certain views regarding the sound common sense embodied in affirmative aid to prisoners and ex-prisoners, but, even more important, the need to increase understanding of the *étiologie* factors in *delinquency* so as to reduce the number of future criminals. In one of the *Satires* of the Roman Poet, _____, he wisely asserts that «no **man** becomes bad all at once». It is this oft-neglected truism that must ultimately lead to a fundamental change in society's point of view toward **criminalism** by adults. The majority of adult prison inmates show early danger signals of maladaptation and delinquency in childhood; and these have largely been neglected or not coped with understanding[^], sympathetically and sufficiently early in life. Thus, all the elaborate apparatus of suppressing crime and punishing adult criminals add up to a locking of the barn door after the horse has been stolen.

★

★ ★

II. FUNDAMENTAL EFFORTS TO PREVENT DELINQUENCY AND CRIMINALISM THROUGH TIMELY RECOGNITION AND TREATMENT OF POTENTIAL AND EARLY DELINQUENTS

Eleanor Glueck

The crucial fact that society deals with delinquents and criminals too late and too superficially has been borne out largely in two of our recent major researches. Some of you may be familiar with the first of these, *Unraveling Juvenile Delinquency* (*). This volume encompasses the results of a systematic comparison of 500 persistently delinquent boys, **ranging in** age from 9 to 17 (with an average of 14 years), and 500 nondelinquent boys. Each of the delinquents was first matched with a nondelinquent in respect to residence in economically and culturally deprived

C¹) *Op. cit.*

areas of Greater Boston, in global intelligence (derived from the Wechsler-Bellevue Test), in ethnic origin (a delinquent of Italian parentage with a nondelinquent of Italian parentage, Irish with Irish, and so on). The two sets of boys were also matched for age (a ten-year-old delinquent with a ten-year-old nondelinquent, etc.), permitting leeway of a few months in either direction. By thus controlling the general neighborhood economic and cultural backgrounds of the two sets of boys and equalizing them essentially in respect to age, intelligence, and ethnic derivation, it was possible to focus attention on numerous variables — constitutional neurologic, medical, psychiatric, psychologic, family background and history, school history, and so on. The incidence of the resulting variables (402 in all) among the 500 delinquents and 500 nondelinquents were compared statistically. Detailed account of the techniques and results is presented in *Unraveling* for anyone who may be interested.

It is important to stress that some very marked differences between the delinquents and the nondelinquents were discovered; but, before proceeding to describe their implications for the development of a means of very early identification of potential delinquents, one **finding** concerning the young delinquents ought to be stressed. The research revealed that 88% of all the 500 juvenile delinquents had shown their first signs of clear antisocial behavior at less than eleven years of age, and 48% at eight and under. This striking revelation immediately focuses attention on the early age-spans in which *preventive* work has to be initiated if there is to be any hope of stemming the development of criminal careers.

Another major finding in regard to delinquents and criminals that had already arisen from a prior research — 500 *Criminal Careers* (C¹) — long ago indicated to us that 75% of young-adult offenders had earlier been juvenile delinquents. These two findings and those stemming from a follow-up into the early thirties of the young men originally included in 500 *Criminal Careers* and in *One Thousand Juvenile Delinquents* and a new and a recently completed and soon to be published work, *Delinquents and Nondelinquents in Perspective* (J), strengthens our conviction that, if there is to be an effective approach to the management of criminalism, this must begin in the very early years.

Because analysis of the results of the study of the 402 traits and factors involved in *Unraveling Juvenile Delinquency* showed very marked differ- * (*)

O *Op. cit.*

(*) *Later Criminal Careers, op. cit.*; *Criminal Careers in Retrospect, op. cit.*-, *Juvenile Delinquents Grown Up, op. cit.*

entiation between the delinquents and the nondelinquents in certain of the traits and factors, we were spurred to a consideration of the idea that it might be possible, through a clustering of some of the major differences, to develop an instrumentality which, if validated on another sample of cases, could be used at school entrance — say at 5¹/₂ to 6 years to identify *potential* delinquents. This was the hope, and we set about to develop the appropriate instruments. Apart from their scientific interest, their use can, of course, be justified only if there are methods of preventive treatment available to stem the predicted course of the delinquent career. Very little has yet been done along these lines in the United States, but there is a developing interest in the possibility of setting up varied treatment experiments to encompass the entire family group, whether the orientation be clinical or community wide; because it is coming to be recognized that in the treatment of a very young child, his parents and perhaps other members of the family become very important to any hope of successful results.

It may be that some of you are familiar with one of our earliest devices to identify potential delinquents, which originally comprised five factors: *Affection of father for boy, affection of mother for boy, discipline of boy by father, supervision of boy by mother, and family cohesiveness* (*). This device was subjected to test, beginning in 1953, by the New York City Youth Board, a public agency charged with the prevention of juvenile delinquency. The Youth Board set itself to study 301 boys at the point of school entrance in high delinquency areas in New York City and to follow them until each became 17, in order to ascertain whether the predicted behavior did in fact result. In the course of the study many difficulties emerged and it became necessary to modify the original prediction table to incorporate only three factors: *Supervision of boy by mother, discipline of boy by mother, and family cohesiveness*, the reason being that social workers of differing psychological persuasions found it difficult to agree on ratings of affection of the parents for the boy; and it was found that in the samples used in New York City there were a considerable number of situations in which a father had never been a part of the family group, or had deserted the family, or in other ways really played no significant role in the family life, and therefore a rating could not be made of his affection for the child or of his disciplinary practices. In order to avoid these complications, therefore, the abbreviated table I mentioned, was developed and has been proven entirely satisfactory.

(*) *Unraveling Juvenile Delinquency* op. cit., pp. 261, 262.

Those of you who are interested can find the results of the Youth Board's efforts to validate the table in *A Manual of Procedures for Application of the Glueck Prediction Table* (1). Briefly however, the result showed that of the 301 boys, 243 were identified at school entrance as *unlikely to become juvenile offenders*. A follow-up of their behavior to the 17 th birthday, with careful checking of police, court, school, and welfare agency records, showed that 97. 1% had indeed not become delinquents. At the other extreme were 33 boys identified at 5½ — 6 years of age as *potential delinquents*, and of these 84. 8% did indeed become serious delinquents before the 17 th birthday and most of them much earlier. In a third group, identified at 572 — 6 years as having about an *even* chance of becoming delinquent or remaining nondelinquent, 64% did not become offenders, 36.0% did. Any of you who are interested in the findings of the New York City Youth Board study are urged to consult the following writings, in addition to the already mentioned *Manual* : Maude M. Craig and Selma J. Glick, «Ten Years' Experience with the Glueck Social Prediction Table, « *C and Delinquency*, July 1963, pp. 249-261; and Craig and Glick, «Application of the Glueck Social Prediction Table on an Ethnic Basis», *Crime and Delinquency*, April 1965, pp. 175-185.

I will have more to say later about other developments in regard to the early identification of potential delinquents, but at the moment I want to revert to our conviction that it is indispensable that delinquents be identified early in life if the growing problem of criminalism (certainly in the United States) is to be brought under control. As already suggested, we had drawn this conclusion from our findings in *Unraveling Juvenile Delinquency*. But we went on with this study, and even before the actual publication of *Unraveling*, we undertook to follow up the delinquents and nondelinquents into adulthood. Though this is obviously not the place to report on the findings of this basic work (as yet unpublished) which has encompassed every major aspect of the lives of the delinquents and nondelinquents, it can be said that in all of life's major activities, *not merely in criminal or noncriminal behavior*, the men who as boys comprised the sample of delinquents, continued on a path markedly divergent from those who as boys had been in the nondelinquent group. This divergence is reflected in the standards of academic education and vocational training they ultimately achieved; in the industrial accomplishment of the two

0) Maude M. Craig and Selma J. Glick, New York, New York City Youth Board, 1964.

sets of men (in terms of skills, work habits, and illicit occupations); in economic status (including incidence of self-support, dependency, debts incurred, and so on); in the various aspects of their domestic relations (including differences in the number of illegitimate children, attitudes and practices involving family responsibilities, and attachment to their parents); in use of leisure (including family group recreations, out of home recreations, unwholesome habits) ; in companionships (including membership in anti-social gangs); in fulfillment of religious duties; in service in the Armed Forces (including incidence of military deferments and discharges for psychiatric reasons and moral unfitness, and discharges following General Court Martial); in ambitions and aspirations, and in many other respects.

In brief, the original divergence of our subjects as boys continued through the years into young manhood. Certainly, the efforts of both juvenile and adult courts, of probation departments, of penocorrectional institutions, of parole departments — none of these made much difference in the outcome as regards the delinquents; for while the great majority of the originally nondelinquent boys remained law-abiding throughout the years, the great majority of the originally delinquent boys continued their criminal careers in the age span 17 — 25. Such «settling down» as did occur was in the age span 25 — 31, when a considerable proportion became nonoffenders or minor offenders. This is in accord with the findings of our prior follow-up researches, that the natural process of maturation may explain the change in behavior in the later years and should be taken into account in the work of a Treatment Tribunal discussed by Professor Glueck.

The **findings** of *Unraveling Juvenile Delinquency* and of our newer work clearly show the prime importance of a more intelligent attack on the *roots* of *adult* criminalism by focusing on the early identification and treatment of potential delinquents as children.

Encouraged by the result of the New York City Youth Board's validation of one of our instruments for the early identification of potential delinquents and by another experiment carried on in Washington, D. C., under the auspices of the Commissioners' Youth Council, in which the same device was applied to 279 boys and girls already showing signs of anti-social behavior in school, and in which comparable results were obtained,^ we continued our efforts to improve these instruments and

(1) Nina B. Trevett, «Identifying Delinquency-Prone Children», *Crime and Delinquency* y April, 1965, pp. 186-191.

to develop new ones for even earlier identification of potential delinquents.

Meanwhile, it should already be obvious that if we have an effective screening device for application at school entrance, this should serve as a highly useful instrument in preventive activity at a stage when behavior is still malleable. The problem remains, however, of building this and similar devices (and I will mention others briefly) into a community-wide program of prophylaxis and therapy designed to provide timely intervention at an age sufficiently early to permit delinquency-prone children to be deflected from the predicted course; for we are long since convinced that, in delinquency, we are dealing *not with* *but with destination.*

Among the devices that are now available and that have grown out of our various efforts to improve the original five-factor device is one which incorporates three of the factors (*discipline by mother, supervision by mother, family cohesiveness*) and two traits (*destructiveness, lack of submissiveness to authority*). This has resulted in a predictive device even sharper than the original one. Its great value is that it takes account of our findings in *Family Environment and Delinquency Q*, that children react selectively to the environment — that is, those possessing certain traits are more likely to become delinquent in a social background such as is represented by our cluster of social prediction factors than are children from similar background who, however, do not have certain traits. Any of you who are interested are invited to look at the original article describing the development of this instrument. (2).

0) *Op. cit.*, p. 155: «A third general finding of the analysis is that the influences of the home environment, even when they are criminogenic, operate *selectively* to propel toward maladjustment and delinquency certain children who are characterized by specific traits which enhance their vulnerability. Some of these traits are of an essentially constitutional orientation and are therefore relatively rigid ; others are predominantly the product of sociocultural conditioning and are therefore more plastic and modifiable; still others — those for which evidence exists that they are brought about by the considerable influence of both genetic endowment and environmental stimulation — have been referred to the central area of our postulated biosocial continuum and may, in some measure, respond to reeducation. Individuals differ in the degree of permeability or affinity to the elements in the social and cultural milieu in which they find themselves and to which they are subjected. It is the *concatenation in the particular individual* of the factor-trait interpenetrations of these influences from divergent sources that determines whether, at a certain point of pressure, resistance to antisocial self-expression will break down.

In other words, it is differential *contamination* rather than differential *association*, that is a at the core of the *étiologie* process; and contamination depends not merely on exposure but also on susceptibility as opposed to immunity.

(a) E l e a n o r T. G l u e c k, «A More Discriminative Instrument for the Identification

In addition to experiments with improving the predictive device, which has come to be known in the literature of criminology as the Glueck Social Prediction Table, we have in recent years explored the possibility of identifying potential delinquents at 2 to 3 years of age. The basis for this experimentation derived from the materials of *Unraveling* and is reported in a paper, «Identification of Potential Delinquents at 2 — 3 Years of Age»¹). Here the factors involved in the predictive device, which are highly discriminative of delinquents and nondelinquents in these very early years, are *emotional pathology in one or another parent indifference or hostility of parents to child, extreme restlessness of child, nonsubmissiveness of child to parental authority, destructiveness of child*. It will be noted that these last two traits are the same as those incorporated into the improved predictive instrument for identifying potential delinquents at 5½ to 6 years. Although none of these devices has been validated on new samples of cases, the status of the boys of *Unraveling Juvenile Delinquency* on these new devices, as compared with their status on the original tables developed in connection with *Unraveling* and which has since been validated, shows these newer instruments to be trustworthy and usable predictive instruments.

There has, of course, been some objection to the utilization of such devices, on the ground of interfering with the «civil rights» of children and their parents. There has been much discussion in the United States about the value of identifying a potential condition considerably in advance of overt evidences of antisocial behavior. It is not our purpose to enter into this discussion here. We have made reply to the critics on numerous occasions⁽²⁾. Our purpose here is merely to present the possibility of early identification and its significance in any program of crime prevention

of Potential Delinquents at School Entrance», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Voi. 57, No. 1, pp. 27-30. Steps in our efforts to improve the predictive device might also be consulted in Eleanor T. Glueck, «Toward Improving the Identification of Delinquents», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Voi. 53, No. 2, pp. 164-170; and the article by Eleanor T. Glueck, «Toward Further Improving the Identification of Delinquents», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Voi. 54, No. 2, pp. 178-180.

C¹) Eleanor T. Glueck in *The International Journal of Social Psychiatry*, Vol. XII, No. 1, 1966, pp. 5-16; reprinted with slight modifications in *Excerpta Criminológica*, Vol. 6, No. 3, 1966, pp. 309-314.

(2) Sheldon Glueck, «Ten Years of *Unraveling Juvenile Delinquency*», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Voi. 51, No. 3, Sept.-Oct., 1960, pp. 283-308. See also S. and E. Glueck, *Predicting Delinquency and Crime*, *op. cit.*

and control, and to continue to improve these devices; so that if and when there is readiness to accept them as a necessary cornerstone of preventive programs they will be ready for use. Judging by the many inquiries that have come to the New York City Youth Board since the validation by it of the Social Prediction Table, we can only say that in the United States, at least, there is a growing interest in the possibility of utilizing them.

Bearing in mind, however, the opposition to the «labeling» of children as pre-delinquents, we have also spent some time in developing a more acceptable device — to differentiate delinquents from «pseudo-delinquents» among children in a school population *who are already showing some signs of antisocial behavior* and for whom it would be desirable for teachers and school clinicians to make a determination of true delinquency in order that treatment may be applied to the right cases. The report on this device will be found in a paper entitled «Distinguishing Delinquents from Pseudodelinquents» (1). In this, two tables are presented which appear to be highly promising. One is based on four behavioral manifestations — *recreational preferences, attitude toward school, age of companions, frequency of truancy*. The other is based on five activities which reflect adventuresome interests (so characteristic of delinquents) — *keeping late hours, stealing rides, running away from home, smoking at an early age, sneaking into theaters, subways, etc.* It would certainly not be necessary to utilize two tables, and my own preference is for the first one of the two. This table has actually been used in a program known as the Newton-Baker Project in Newton, Massachusetts, which was designed by the Judge Baker Guidance Center of Boston to identify and treat potential and young delinquents in certain public elementary and high schools of Newton. We have been advised that the table has been quite successful in assisting clinicians to identify true delinquents in an «acting-out» school population.

Cross-correlation between the status of the 500 delinquents and 500 nondelinquents of *Unraveling* on the original Social Prediction Table and these newer devices again has shown that the newer tables designed to discriminate between true and pseudodelinquents are likely to perform well the objective for which they were designed.

So much for the instrumentalities themselves. Their chief value, of course, is their focus on the possibility of large-scale preventive efforts to control criminalism.

C1) Eleanor T. Glueck in *Harvard Educational Review*, vol. 36, No. 2, Spring 1966, pp. 119-130.

In the United States a number of criminologists have been urging — and to a considerable extent the Federal Government has responded to this — that broad, all-embracing programs of general economic and social welfare are the answer to delinquency and crime. This approach ignores the fact that whether we look at neighborhoods, or classes, or cultures, or sub-cultures, only certain *individuals* are chosen for or select themselves for careers of crime. It ignores the fact already stressed, that social pressures are indeed selective, not universal, and that individuals vary in their responses to quite similar social influences (1). To cite one illustration that it is not the general influence of poverty in urban slums that is the major «cause» of delinquency, there has been in the United States in recent years a marked rise in delinquency among children and adolescents from middle and upper class economic levels. In short, the all-out massa attack on delinquency prevention and crime control overlooks the fact that in maladjustment we are dealing with *differential contaminationi* and with *individual immunity and vulnerability*.

It seems to us that although generalizations have some usefulness, greater precision is necessary in analyzing the vast and complex sociocultural web, and that we should make use of any methods that give promise of guiding delinquency prevention programs into specific directions. Predelinquency is one of the most significant and vital of such specific problems and can no longer be left explicitly to the untutored and frequently planless or desperate efforts of parents. The time has come for the development of programs that are specifically designed for preventive and early therapeutic efforts. In our latest work, *Delinquents and Nondelinquents in Perspective* (to appear in the Spring of 1968) we have defined the following areas of preventive and early therapeutic effort:

- (1) Those mainly designed to cope, through conditioning, education and psychotherapy, with the traits and characteristics of the delinquent himself.
- (2) Those emphasizing parent-child relations and other aspects of family life.
- (3) Those dealing with school curricula and teacher-training.
- (4) Those concerned with the wholesome and constructive use of leisure.

C¹) S. & E. T. Glueck, *Family Environment and Delinquency*, *op. cit.*

These suggestions are based on the facts that emerged from the original comparison of the delinquent and nondelinquent boys of *Unraveling* and from the striking evidence of our follow-up of these boys in major aspects of life to age 31.

We suggest that pilot projects be set up in a number of cities, both in the United States and abroad, designed to use predictive devices to determine at an early age which school children are in substantial danger of developing into persistent delinquents because of faulty parental attitudes and conduct; *b*) to develop techniques for informing parents of necessary modifications in their child-rearing practices; *c*) to give practical aid to child guidance clinics attached to school systems, in bringing about such modifications. One aspect of the proposed pilot project would be to develop school counselors and family guidance workers, both to assess home conditions and to carry out clinical instructions with tact and sympathy. The pilot project should, of course, include competent clinicians in a position to devote time and effort to furnishing necessary prophylactic and therapeutic advice and aid to children shown to be in substantial danger of developing harmful attitudes and behavior tendencies.

Surely it is better to assist vulnerable parents and children not to drift into attitudes and practices that might result in antisocial behavior, than to let them drift into delinquency and later criminalism, and in some instance, to experience the death penalty. ^{III}.

III. SUMMATION

Sheldon Glueck

To some of you it may seem that we have strayed far away from the topic of this Conference, capital punishment; but we have deliberately taken this road. Crimes involving the death penalty are very few. We have shown at the outset that the number of American states still having capital **punishment** is going down. Much time, thought and emotion have been focused on this issue, when the energy might more realistically have been diverted into more constructive channels. As an outstanding American judge said a

few years ago, «The Law Schools of the country and the lawyers and we judges have spent too little time in the adopting of techniques for *improving* the human race as distinguished from punishing it» (x).

Mrs. Glueck and I have suggested in this paper, the role of other professions than the legal. But, for better or for worse, society has entrusted the leading role in the administration of criminal justice to lawyers — not to psychiatrists, not to sociologists, not to cultural anthropologists. Nevertheless, if criminal justice is to be substantially bettered, its administrators must be equipped with more than a knowledge of traditional law. They must have an acquaintance with the basic concepts of the motivational and human relational disciplines, to bring into play the insights these may offer in the more effective control of aberrant human behavior. Further, the administrators of justice must have the motivation to conceive their job in terms of a dedicated vocation employing not only the verbal tools of legal logic but the dynamisms involved in the understanding and modification of human attitudes, motives, and conduct.

Today, the graduate of a good American law school, if indeed he can at all be induced to practice what is often conceived to be the «shady business» of criminal law, possesses the training which, with some experience, enables him, as prosecutor or defense counsel, to do an acceptable job; or, as judge, to preside over a trial fairly under the rules of procedure and evidence. But when it comes to juvenile court proceedings, or to such discretion-exercising and crucially important functions as are involved, for example in determining whether to prosecute or to resort to commitment proceedings, or in selecting the most promising sentence from the point of view of both the individual offender and the safety of society, the typical lawyer is likely to be more or less at sea. Moreover, the information supplied in the reports of probation and parole officers, psychiatric clinicians and personnel of correctional establishments, even when available, can have but limited meaningful significance to prosecutor, defense counsel or judge unless those officials have derived some necessary interpretative insights offered by the *relevant extralegal* disciplines.

For such reasons I recommended, a few years ago, the establishment in the United States of a series of special Academies of Criminal Justice dedicated to raising both the vision and standards of police officials, prosecutors, defense counsel, judges, correctional administrators and others concerned with and others concerned with all aspects of criminal justice

(i) J. BIRGESS, JR., *The Guilty Mind: Psychiatry and the Law of Homicide*, New York, Harcourt, Brace Y Co., 1955, p. XI.

widely and deeply conceived (x). The establishment of such nationally financed educational institutions is designed, also, to serve as a public symbol of the importance of criminal justice and of the dignity and social significance of dedicate and informed practice of the law.

In the proposed Academies of Criminal Justice simultaneously with the teaching of legal topics, the students would also be giyen relevant insights from such disciplines as psychiatry, psychology, sociology, cultural anthropology.

I am glad to say that bills for establishing the proposed multidisciplinary Academies of Criminal Justice have been introduced into the United States Senate by Senator Edward M. Kennedy of Massachusetts, and into the American House of Representatives by Congressmen James C. Corman of California and Spark M. Matsunaga of Hawaii. While it is a long way from the introduction of a bill to its enactment into law, I am optimistic that the rising tide of criminalism in America will finally influence passage of one or another of the bills in question.

★
★ ★

Beginning with a statement of reasons why we prefer, at this learned Conference, to speak on the opportunities presented to modern society for effective effort *beyond* capital punishment, we have presented brief samples of the climate and the implications of fundamental work in the early identification and timely treatment of young delinquents, and of a basic need to rear a new profession of comprehensively trained and dedicated criminal lawyers.

C¹) S. Glueck, «Law and the Stuff of Life», 14 *Harvard Law School Bulletin*, 1963 pp. 3-6.

(Página deixada propositadamente em branco)

TODESSTRAFE UND POLITISCHER MORD

EINE HISTORISCH — KRIMINOLOGISCHE STUDIE

Wolf Middendorff

In der Meinung der Laien wie auch zuweilen in der Fachliteratur werden politischer Mord und Todesstrafe in enger Verbindung **miteinander** genannt und zwar in dem Sinne, als ob sie naturnotwendig aufeinander folgten. Die Einstellung des Betrachters kann dabei diejenige sein, daß er die Todesstrafe als die selbstverständliche Sühne für den politischen Mord ansieht, oder aber auch die, daß er den politischen Mörder nach seinem Tod feiert und betrauert, weil er als Märtyrer für irgendein Ideal gestorben ist.

Für den Kriminologen, der sich mit diesem Problem beschäftigt, ist die oben genannte Schlußfolgerung nicht selbstverständlich, sondern sie bedarf einer näheren Untersuchung und kritischen Überprüfung. Aus einer Liste von etwa 270 politischen Morden — versuchten und gelungenen—, die Wilde im Anhang seines Buches anführt, habe ich deshalb 30 herausgesucht, um sie im einzelnen zu überprüfen. Um zu klareren Ergebnissen zu kommen, habe ich solche Fälle gewählt, in denen ein Einzeltäter gehandelt hat und zwar entweder aus eigenem Entschluß (echter Einzeltäter) oder aber, wie Langemann es nennt, als «vorgeschobene(r) Einzeltäter», der zwar die Tat alleine ausführt, der aber entweder Befehlsausführer ist oder im Auftrage einer ganzen Gruppe den Mord ausführt. Die Grenzen zwischen beiden Täterformen können sich verwischen.

Was die Methodik dieser Studie anlangt, so kann sie nicht mit den Maßen des Soziologen gemessen werden, der empirisch-naturwissenschaft-

lieh forsch, sondern mit den Maßen des Historikers, dem weitgehend statistisches Material fehlt. Die Zahl von 30 Fällen kann und soll deshalb nicht den Anspruch erheben, statistisch repräsentativ zu sein. Die Auswahl der 30 Fälle hat vielmehr in erster Linie unter dem Gesichtspunkt stattgefunden, über welche Fälle genügend Material vorhanden ist, das sich sowohl auf die Tat als auf den Täter bezieht. Der Kriminologe, der sich auf das Gebiet des Historikers begibt, ist genau wie dieser weitgehend auf seine eigene Intuition angewiesen, mit deren Hilfe er das spärlich vorhandene Material auswertet 0). Es ist erstaunlich festzustellen, wie wenig Fleiß und Sorgfalt der normale Historiker auf Tat und Täter eines politischen Mordes verwendet. Die folgenden 30 Fälle wurden untersucht, sie sind chronologisch geordnet.

1.	Paris	13.7.1793	Die 21 - jährige Charlotte Corday erstach Jean Paul Marat.
2.	Wien	12.10.1809	Der 18-jährige Friedrich Staps versuchte, Napoleon I. zu erstechen.
3.	Mannheim	23.3.1819	Der 23-jährige stud. theol. Carl Ludwig Sand erstach August von Kotzebue.
4.	Washington	30.1.1835	Der 35-jährige Anstreicher Richard Lawrence schoß auf Präsident Andrew Jackson.
5.	Berlin	26.6.1844	Der 50-jährige Bürgermeister a. D. Ludwig Tschech schoß auf König Friedrich Wilhelm IV.
6.	Baden-Baden	14.7.1861	Der 22-jährige stud. iur. Oskar Becker schoß auf König Wilhelm I. von Preußen.
7.	Washington	14.4.1865	Der 26-jährige Schauspieler John Wilkes Booth erschöß Präsident Abraham Lincoln.
8.	Petersburg	5.2.1878	Die 27-jährige Vera Sassulitsch schoß auf den Stadthauptmann General Trepow.
9.	Berlin	11.5.1878	Der 21-jährige Klempnerlehrling Max Hödel schoß auf Kaiser Wilhelm I.
10.	Berlin	2.6.1878	Der 30-jährige Dr. phil. Carl Nobiling schoß auf Kaiser Wilhelm I.
11.	Washington	2.7.1881	Der 29-jährige Anwalt und Evangelist Charles Guiteau erschöß Präsident James Garfield.
12.	Lyon	24.6.1894	Der 20-jährige Arbeiter Santo Caserio erstach Präsident Sadi Carnot.
13.	Genf	10.9.1898	Der 25-jährige berufslose Luigi Luccheni erstach Kaiserin Elisabeth von Österreich.

(^x) Middendorff, «Probleme und Aufgaben der historischen Kriminologie», *Kriminalistik*, 8, 1967.

- | | | | |
|-----|-------------|------------|---|
| 14. | Buffalo | 6.9.1901 | Der 28-jährige Handwerker und Bauer Léon F* Czolgosz erschöß Präsident McKinley. |
| 15. | Milwaukee | 14.10.1912 | Der 36-jährige Berufslose Johann Nepomuk Schrank schoß auf Präsident Th. Roosevelt. |
| 16. | Paris | 31.7.1914 | Der 28 - jährige arbeitslose Ingenieur Raoul Villain erschöß den Sozialistenführer Jean Jaurès. |
| 17. | Wien | 31.10.1916 | Der 37 - jährige Politiker Dr. Friedrich Adler erschöß den Ministerpräsidenten Graf Stürgkh. |
| 18. | München | 21. 2.1919 | Der 21 - jährige Student Anton Graf Arco erschöß den Ministerpräsidenten Kurt Eisner. |
| 19. | Berlin | 26.1.1920 | Der 20-jährige Primaner Oldwig von Hirschfeld schoß auf den Zentrumsolitiker Mathias Erzberger. |
| 20. | Paris | 6.5.1932 | Der 37-jährige berufslose Paul Gorguloff erschöß Präsident Paul Doumer. |
| 21. | Miami | 15.2.1933 | Der 32-jährige berufslose Giuseppe Zangara schoß auf Präsident Franklin D. Roosevelt. |
| 22. | Marseille | 9.10.1934 | Der 36-jährige berufslose Welitschko Kerin erschöß König Alexander I. von Jugoslawien. |
| 23. | Baton rouge | 8.9.1935 | Der 29-jährige Arzt Dr. Carl Weiss erschöß Senator H. P. Long. |
| 24. | Davos | 4.2.1936 | Der etwa 20-jährige Student David Frankfurter erschöß den Landesgruppenleiter der NSDAP Wilhelm Gustloff. |
| 25. | Paris | 7.11.1938 | Der 17-jährige Herschel Grynsplan erschöß den deutschen Botschaftsrat Ernst vom Rath. |
| 26. | München | 8.11.1939 | Der 36-jährige Tischler Georg Elser verübte ein Sprengstoffattentat auf Adolf Hitler. |
| 27. | Mexico City | 20.8.1940 | Der 27 - jährige berufslose Ramon Mercader erschlug Leo Trotzki. |
| 28. | Algier | 24.12.1942 | Der 20-jährige Student Fernand Bonnier erschöß Admiral Darían. |
| 29. | München | 15.10.1959 | Der 27 - jährige Agent Bodgan Staschynskij erschöß den ukrainischen Exilolitiker Stefan Bandera. |
| 30. | Dallas | 22.11.1963 | Der 24-jährige berufslose Lee Harvey Oswald erschöß Präsident Kennedy. |

Die Tat

Von den 30 geschilderten Attentaten führten 19 entweder sofort oder später zum Tode des Opfers, das der Attentäter beabsichtigt hatte zu ermorden. In mehreren Fällen wurden auch andere Personen getötet, so erschöß Zangara den Oberbürgermeister von Chicago, Czermak, der

sich in der Gesellschaft Präsident Roosevelt's befand. Kerin erschoss ausser dem König von Jugoslawien auch den französischen Außenminister Barthou, Oswald verwundete den Gouverneur von Texas, Connally. Bei dem Sprengstoffattentat von Elser wurden 7 Personen getötet und 63 verletzt. Die Zahlen der Quellen schwanken leicht.

Bei den Mitteln, die der Täter anwandte, steht weitaus an erster Stelle, nämlich in 23 Fällen, die Schußwaffe, und zwar in 20 Fällen Pistole oder Revolver, in einem Fall (Staschynskij) eine Pistole mit einer Giftladung und in 2 Fällen eine Flinte. (Nobiling und Oswald). In 5 Fällen wurden Messer oder Dolche verwandt, in je einem Fall ein Schlaginstrument (ein Eispickel durch Ramon Mercader) und Sprengstoff (Elser).

Ein Vergleich der erfolgreichen und erfolglosen Taten ergibt in bezug auf die angewandten Mittel keine wesentlichen Unterschiede.

Für das Gelingen des politischen Mordes ist es entscheidend, daß und wie die letzte Entfernung zwischen Täter und Opfer überbrückt wird. Da es normalerweise für den Täter nicht möglich ist, das beschützte Opfer mit den Händen zu erreichen, werden beim politischen Mord im Gegensatz zum sonstigen Mord in stärkerem Umfange Schußwaffen bevorzugt. Die weit überwiegende Zahl der Täter benutzte eine Pistole, was auch bedeutet, daß der Täter einen hohen persönlichen Einsatz wagen muß und ihm kaum eine Chance des Entkommens bleibt. Er muss auch damit rechnen, sofort an Ort und Stelle durch die erste Reaktion der Abwehrgorgane getötet zu werden. Erstaunlich ist es, daß eine Reihe von Attentätern trotz nächster Nähe zum Opfer danebengeschossen haben. So befand sich Oskar Becker in allernächster Nähe von König Wilhelm I. und brauchte nicht zu befürchten, daß irgendein Mensch ihn an seiner Tat hindern könnte. Obwohl Becker auch fleissig mit seiner Pistole geübt hatte, schoß er zweimal daneben und verletzte den König nur leicht. Dasselbe gilt für das Attentat Hirschfelds auf Erzberger. Hirschfeld war als früherer Soldat ein geübter Schütze. Der Grund dieser Fehlschüsse mag darin liegen, daß die Täter trotz aller äusseren und inneren Vorbereitung doch im letzten Augenblick zu aufgereggt und unsicher waren und vielleicht auch instinktiv vor ihrer Tat zurückschreckten. Es mag mit der später noch zu erörternden Persönlichkeit des Täters Zusammenhängen, daß nur so wenige Täter ein Gewehr verwandten, mit dem sie eine viel größere Entfernung zum Opfer hätten überbrücken können. Diese weitere Entfernung vom Opfer bietet dem Täter allerdings nicht immer einen besseren Schutz: als Nobiling aus dem Hause «Unter den Linden» mit einer Schrotflinte auf Kaiser Wilhelm I. schoß und ihn schwer verwundete, stürmte die Menge sofort das Haus, und Nobiling beging Selbstmord.

Beim Sprengstoffattentat, bei dem ein Zünder auf einen bestimmten Zeitpunkt eingestellt wird, kann der Täter im Augenblick der Explosion schon entkommen sein. Die Schwäche dieser Attentatsform liegt darin, daß jede spätere Änderung des Zeitplans durch das Opfer den Erfolg vereitelt. So verließ Hitler den Bürgerbräukeller in München früher als vorgesehen, und kurz nach seiner Abfahrt ereignete sich die Explosion. Elser hätte zu diesem Zeitpunkt längst im Ausland in Sicherheit sein können, er war aber noch einmal zurückgekehrt, um sich vom richtigen Funktionieren des Uhrwerks zu überzeugen, und wurde dann in der Nähe der Schweizer Grenze verhaftet.

Die Verwendung von Hieb- und Stichwaffen beim politischen Mord setzt voraus, daß es dem Täter gelungen ist, in die unmittelbare Nähe des Opfers zu gelangen und vielleicht sonst vorhandene Abwehrmechanismen zu schwächen oder ausser Betrieb zu setzen. Früher galt das Attentat durch Stichwaffen als die klassische Form des politischen Mordes, nach dem Aufkommen von Schußwaffen und der immer stärkeren Bewachung von Staatsoberhäuptern und führenden Politikern trat die Schußwaffe an die Stelle der Hieb- und Stichwaffe, v. Hentig glaubt, die Wahl einer Hieb- und Stichwaffe geschehe nicht nur aus praktischen Gründen, sie lasse uns vielmehr «tief in das Gefühlsleben eines Mörders hineinschauen» (1).

Beim gemeinen Mord verteilen sich die Tatorte etwa gleichmäßig auf den Tatort im Freien und den in geschlossenen Räumen (2). Für den politischen Mord gilt etwa das gleiche; bei den 30 untersuchten Fällen wurde vierzehn mal die Tat im Freien begangen; politisch hochstehende Opfer können wesentlich leichter auf der Strasse angegriffen werden, da die Schutzmaßnahmen in geschlossenen Räumen in der Regel wirkungsvoller sind. Selten sind die Opfer Fußgänger wie beispielsweise Erzberger, König Wilhelm I. und Eisner.

Die Attentate in geschlossenen Räumen wurden vor allem bei offiziellen Anlässen verübt. Der französische Staatspräsident Doumer wurde ebenso wie der amerikanische Präsident McKinley bei der Eröffnung einer Ausstellung getötet, Lincoln wurde in seiner Theaterloge erschossen, Jaurès und Graf Stürgkh wurden im Restaurant ermordet, Kotzebue und Trotzki wurden zu Hause getötet und Marat wurde in der Badewanne erstochen.

C¹) V. Hentig, *Zur Psychologie der Einzeldelikte*, II — *Der Mord*, Tübingen. 1956, S. 119.

(²) V. Hentig, *a. a. O.*, S. 92.

Die Opfer

Die Opfer politischer Morde waren keineswegs immer Staatsoberhäupter oder politisch führend in ihren jeweiligen Ländern. Nur ganz selten waren die Opfer das, was wir heute und von alters her Tyrannen nennen. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, daß das Land, das als eines der demokratischsten gilt, nämlich die USA, bis heute siebenmal erleben mussten, daß ihr Präsident Opfer eines politischen Attentates wurde. In vier Fällen gelang das Attentat. Kein politischer Mord war von der Stellung des Opfers her sinnloser als der an Kaiserin Elisabeth. Auf der anderen Seite ist es verständlicher, wenn Staps in Kaiser Napoleon I. einen nationalen Feind sah.

In einigen Fällen war das Opfer nur ein Symbol, durch dessen Tod pian sich an einem Staat, dessen System oder dessen Oberhaupt rächen wollte. Dies gilt z.B. für die Morde an vom Rath und Gustloff, durch die man auf die Verfolgung der Juden im Deutschland Hitlers hinweisen wollte. Durch den Mord an Kotzebue wollte Sand ein Symbol der Unfreiheit treffen. Erzberger hatte den Waffenstillstand 1918 unterzeichnet und galt als Symbol einer schmachvollen und ungerechtfertigten Niederlage. Selbst im Exil können Politiker noch gefährlich sein oder gefährlich erscheinen ; so wurden Trotzki und Bandera durch Agenten derselben Macht getötet.

Die Täter — Opfer — Beziehung

Viele Kriminologen haben in den letzten Jahren die Person und das Verhalten des Opfers eines Verbrechens häufiger als früher in den Mittelpunkt ihrer Untersuchungen gestellt. Die Victimologie hat sich als besonderer Zweig der Kriminologie entwickelt. Hierbei hat man immer wieder gefunden, daß es zwischen Täter und Opfer gewisse Beziehungen gibt, so sind z.B. Täter und Opfer eines Betrugers oft einander wert. Auch beim Mord hat man derartige Beziehungen ermittelt, so meint Jesse, zwischen dem Mörder und dem Ermordeten gebe es eine «gemeinsame Wellenlänge» (x). V. Hentig ist diesen Beziehungen näher nachgegangen (2). Während das Strafrecht im allgemeinen ein Werturteil über das Opfer nicht zulässt, haben die Kriminologen eine derartige Wertung des beider-

0) Jesse, *Murder and Its Mot*, London, 1958, S. 63.

(2) A.a. O., S. 265 ff.

seitigen Verhaltens oft vorgenommen. So hat man davon gesprochen, daß das Opfer sein Geschick geradezu herausforderte. Die Geschichte eines 1931 in Cleveland, Ohio ermordeten Politikers beginnt mit den Worten: «Vielleicht war William E. Potter eine von den stürmischen Seelen, die geboren sind, ermordet zu werden». «Das Opfer ist nicht nur ein regloses Objekt, sondern ein aktives Element in der Dynamik der Mordtat», (v. Hentig) An anderer Stelle bringt v. Hentig die Formulierung, Täter und Opfer paßten oft zusammen wie Schloß und Schlüssel. Brückner fand, «daß die Opfer vielfach an ihrem Geschick nicht ganz frei von jeglicher Schuld waren und durch ihr eigenes Verhalten vor der Tat, wenn auch manchmal unbewusst, mehr oder minder selbst mit dazu beigetragen haben»^(*).

Manche Berufe bringen eine besondere Opfersituation mit sich, wie z.B. der Beruf des Polizeibeamten. Man mag darüber diskutieren, ob zu diesen Berufen auch der des Politikers zu zählen ist.

im übrigen fragt es sich, ob es beim politischen Mord auch ähnliche Beziehungen zwischen Täter und Opfer gibt wie beim gemeinen Mord. Bei der Prüfung dieser Frage ist zwischen direkten und indirekten Beziehungen zu unterscheiden. Eine direkte Verbindung, wie sie beim Familienmord besteht, also eine Verwandtschaft oder Bekanntschaft, gibt es beim politischen Mord normalerweise nicht. Eine Ausnahme bildet die lockere Bekanntschaft zwischen Mercader und Trotzki. Im allgemeinen kennt der politische Attentäter sein Opfer nicht persönlich. Der Grund hierfür mag u.a. darin liegen, daß bei keinem anderen Deükt der Abstand zwischen Täter und Opfer so groß ist wie beim politischen Mord. Hierbei handelt es sich um soziale und kulturelle Unterschied — die Täter sind zuweilen z.B. Ausländer —, meist auch um moralische Unterschiede. Diese moralischen Unterschiede mögen sich verschieben, wenn das Opfer selbst durch Gewalt und Revolution zur Macht gekommen ist und dann vielleicht als grausamer Tyrann getötet wird.

Nach einem politischen Mord mag sich zwischen dem Täter oder seinen Angehörigen auf der einen und den Angehörigen des Opfers auf der anderen Seite eine gewisse persönliche Beziehung ergeben. Wir kennen eine Reihe von Beispielen, in denen nach einem mißglückten Attentat die Opfer selbst Schonung für die Attentäter verlangten, oder auch nach einem geglückten die Angehörigen dem Täter nachher verziehen oder gar für ihn um Gnade baten.

(*) *Zur Kriminologie des Mordes, Hamburg, 1961, S. 57.*

Eine indirekte Beziehung zwischen Täter und Opfer ergibt sich beim politischen Mord schon daraus, daß das im Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit stehende Opfer erfahrungsgemäss eine große Anziehungskraft auf psychisch kranke Menschen ausübt. Nicht umsonst hat man beispielsweise bei dem Besuch des Papstes Anfang 1964 in Jordanien aus den Dörfern, durch die die Wagenkolonne des Papstes fuhr, alle Geistesgestörten entfernt.

Eine weitere indirekte Beziehung zwischen Täter und Opfer ergibt sich beim politischen Mord oft auch durch die Nachlässigkeit des Opfers oder seiner Umgebung oder der für seine Sicherheit Verantwortlichen, wodurch die Ausführung des Attentats erleichtert wird. Fast alle Opfer eines politischen Mordes waren in irgendeiner Form vorher gewarnt worden, oft sogar besonders eindringlich dadurch, daß vorher bereits ein oder mehrere Attentate auf sie versucht worden waren. Psychologisch werden Nachlässigkeiten im Verhalten des Opfers oder seiner Umgebung dadurch entschuldbar, daß das Opfer schon lange unter Todesdrohungen lebte und sich an diesen Zustand allmählich gewöhnt hat, wie ein Soldat an der Front sich an die tägliche Nähe des Todes gewöhnt und in wachsendem Maße leichtsinnig wird.

Einer besonderen Untersuchung wäre es wert, die Rolle der Frauen der Opfer zu untersuchen, ihr Ehrgeiz mag in manchen Fällen ein Attentat erleichtert haben.

Durch gelungene Attentate wurden die Fehler in der Bewachung bekannt. Wieviele Attentate jedoch durch eine gute Bewachung schon verhindert worden sind, wird man wohl nie erfahren. Auch von Oswald würde die Welt vielleicht nie etwas gehört haben, wenn es bei der Ankunft von Präsident Kennedy auf dem Flughafen von Dallas noch ebenso geregnet hätte wie vorher in Fort Worth, und wenn man dem Wagen des Präsidenten Hann das kugelsichere Verdeck aufgesetzt hätte.

Die Persönlichkeit des Täters

Wer die Persönlichkeit des politischen Mörders untersuchen will, ist in einer schwierigen Lage, da es, wie oben schon betont, in vielen Fällen an dem notwendigen Tatsachen- oder Aktenmaterial mangelt, insbesondere dann, wenn es niemals zu einem Strafverfahren gekommen ist, weil der Täter entweder Selbstmord begangen hat oder von den Bewachern niedergeschlagen wurde und mit seinem Opfer starb. Andere Täter überlebten ihre Opfer nur kurze Zeit und wurden bei ihrer Verhaftung

getötet. Immerhin lässt sich — mit großer Vorsicht — einiges über die Täter politischer Morde aussagen. Der jüngste der 30 Täter war Grynspan mit 17 Jahren, der älteste der 50-jährige Tschech. Das Durchschnittsalter aller 30 Täter liegt bei 28 Jahren. Mehr als zwei Drittel, nämlich 21 Täter, standen im Alter bis zu 30 Jahren, 13 davon bis zu 25 Jahren. 8 waren 36 bis 40 Jahre alt und nur einer älter. Langemann kam in seinem Buch zu dem Ergebnis, daß von 58 Attentätern und unmittelbaren Tathelfern, deren Altersangaben ermittelt werden konnten, allein 24 im Alter zwischen 18 und 23 Jahren standen und nur 3 über 40 Jahre alt waren. Langemann glaubt, daß «das sich um 20 Jahre bewegende Alter... besonders attentats-trächtig» ist.

Auch in der allgemeinen Kriminalität sind die sogenannten Heranwachsenden (18 bis 20 Jahre) und die Jungerwachsenen (bis 25 Jahre) die Altersgruppen, die die höchste Kriminalität entfalten.

Es ist kein Zufall, daß in der von mir untersuchten Gruppe nur zwei Frauen sind, der politische Mord wird im allgemeinen nur von männlichen Tätern begangen, in größeren Verschwörergruppen sind jedoch zuweilen auch Frauen an der Vorbereitung eines Attentats beteiligt, auch in den Nihilistengruppen in Rußland standen Frauen an führender Stelle. Der weibliche Anteil am politischen Mord liegt noch weit unter dem weiblichen Anteil an der allgemeinen Kriminalität, wahrscheinlich deshalb, weil die Frau allgemein personaler und konkreter ist als der Mann und für abstrakte Ideen wie Vaterland, Freiheit oder Religion weniger aktiv zu begeistern ist. Wenn Frauen bei der Planung oder Durchführung eines politischen Mordes mitwirken, tun sie dies im allgemeinen weniger, um unmittelbar für eine bestimmte Idee zu kämpfen, sondern weil sie einem Mann helfen wollen, der zufällig gerade diese Idee vertritt.

Einer besonderen Untersuchung ist die Frage wert, wann und wodurch Attentäter zum erstenmal auf den Gedanken des später von ihnen verübten Mordes gekommen sind. Aus der Kriminologie des gemeinen Mordes wissen wir, daß die Mörder später oft gar nicht mehr in der Lage sind, über das erste Auftauchen von Mordgedanken auszusagen (*). Für den politischen Mord dürfte vielfach dasselbe gelten. Allgemein kennen wir in der Kriminologie das Gesetz der Nachahmung, daß nämlich irgendeine besonders hervorstechende Straftat zu irgendeinem Zeitpunkt von anderen Tätern wiederholt wird. Von einigen politischen Tätern wissen wir, daß sie ihr nachahmenswertes Vorbild in Literatur und Geschichte gefunden haben. Becker las viel über den Tyrannenmord, Staps liess sich von

C¹) V. Hentig, a. a. O., S. 208.

Gedanken hinreißen, die er bei Kleist gelesen hatte. Czolgosz fand die erste Anregung zu seiner Tat in dem Mord an König Humbert I von Italien. Zangara wollte den Spuren des Lincoln-Mörders folgen, Charlotte Corday hatte in ihrer Jugend mit Begeisterung Plutarch gelesen und ihr Idol war Brutus. Auch sie hatte sich, wie viele andere Täter, schon längere Zeit vorher mit dem Gedanken des Tyrannenmordes beschäftigt.

Manchmal kommt es zu einer Kettenreaktion von Morden. Arco z.B. faßte den Entschluß, Eisner zu töten, als er aus Berlin die Nachricht von der Ermordung Karl Liebknechts und Rosa Luxemburgs gehört hatte.

Mehrfach finden wir auch, daß ein Attentäter eine sich ihm bietende günstige Gelegenheit aus irgendwelchen Gründen nicht ausnützt und den Anschlag noch einmal verschiebt. Vielleicht wird hier eine letzte innere Hemmung wirksam. Beispiele hierfür sind Villain, Guiteau und Schrank. Gorguloff irrte vor seinem Attentat den ganzen Tag in Paris umher, sprach immer wieder Polizisten an und stellte törichte Fragen, «in der dumpfen Hoffnung, daß der eine oder andere Polizist ihn nach seinen Papieren fragen und ihn dann verhaften möge, weil diese nicht in Ordnung sind. Auf diese Weise brauchte er dann das Verbrechen nicht zu begehen»¹⁾).

Während von allen von Strafgerichten verurteilten Personen in der Regel etwa 50 Prozent rückfällig werden, waren die von Brückner untersuchten Mörder zu 70 Prozent wegen irgendeines Deliktes vorbestraft²⁾. Bei den 30 politischen Mördern konnten nur bei Hödel erhebliche Vorstrafen wegen allgemeiner Kriminalität ermittelt werden³⁾. Dieser geringe Anteil von Vorstrafen mag mit der großen Jugend der meisten Täter zusammenhängen; soweit sie aus Patriotismus gehandelt haben, sei auf eine Bemerkung von Hoffer hingewiesen, wonach glühender Patriotismus sowie religiöser und revolutionärer Enthusiasmus oft als Refugium auf der Flucht vor einem schlechten Gewissen dienen. Hoffer geht noch weiter und zitiert die «hämische Bemerkung, daß der Patriotismus die letzte Zuflucht aller Schurken sei»⁴⁾. Hoffer will sich damit wohl auf die alte Erfahrung der Kriminologie beziehen, wonach eingetragene Vorstrafen allein kein abschliessendes Bild der Persönlichkeit ergeben, und jemand ein Schurke sein kann, auch wenn er nie von einem Gericht bestraft wurde.

¹⁾ Sieburg, *Eine Maiwoche in Paris*, Frankfurt/Main 1961, S. 16.

²⁾ A. a. O., S. 72.

³⁾ Langemann, *Das Attentat*, Hamburg, 1957, S. 192.

⁴⁾ *Der Fanatiker*, Hamburg, 1965, S. 49.

Eines der eindeutigsten und klarsten Ergebnisse der Untersuchung der 30 Täter ist es, daß ihre berufliche Situation und ihr beruflicher Werdegang selten oder nie in Ordnung sind. In den meisten Fällen sind die Täter beruflich gescheiterte Existenzen. Der einzige Täter, der einen sogenannten gehobenen bürgerlichen Beruf ausgeübt hat, war der Arzt Dr. Weiss, und in diesem Fall weiß man bis heute nicht eindeutig, ob Weiss tatsächlich auf Senator Long geschossen hat oder ob er schon vorher von der Leibgarde des Opfers erschossen wurde und deren Kugeln auch den Senator getroffen haben. Es hat sich nachher niemand die Mühe gemacht, die Kugeln in den Körpern von Dr. Weiss und Huey P. Long daraufhin zu untersuchen, aus welchen Waffen sie stammten.

Wenn wir Motive und Ursachen der politischen Morde untersuchen, befinden wir uns auf besonders unsicherem Boden. Inwieweit beim politischen Mörder der eine oder andere der traditionellen kriminologischen Faktoren, Erbanlage, Umwelt und bisherige Lebensentwicklung entscheidend zum Tatentschluss beigetragen haben, ist für den heutigen Betrachter oft unentwirrbar. Sicher spielen in den meisten Fällen irrationale Motive eine entscheidende Rolle. Als Idealisten möchte man vielleicht Staps, Sand, Becker, Arco und die beiden Frauen Vera Sassulitsch und Charlotte Corday bezeichnen. Als Anarchisten fühlten sich Caserio, Luccheni und Czolgosz. Reine Befehlsempfänger und Ausführer waren Kerin, Staschynskij und Mercader, die aber auch, wie besonders Mercader, von der Weltanschauung ihrer Befehlsgeber überzeugt waren. In einigen Fällen spielten nationale und patriotische Motive eine Rolle, die sich zuweilen auch mit religiösen Motiven zu einer besonders gefährlichen Mischung zusammenfanden. Caserio hatte früher Priester werden wollen, Booth's Vater war ein polykonnessioneller Frömmigkeitsfanatiker gewesen, bei seinem Sohn schlug die Schwärmerei ins Politische um (*). Alberty hat uns die Persönlichkeiten von Guiteau, John Wilkes Booth und Nobiling einprägsam geschildert.

«Ein Musterbeispiel aufgeblähter Eitelkeit liefert *Guiteau*, der «Commis von Jesus Christus und Cie.», der angab, im Weinberge des Herrn zu arbeiten und daher auch seine Hotelrechnungen schuldig bleiben durfte, und der noch unmittelbar vor seinem Tode von sich sagte, «er habe im Dienste Gottes gearbeitet und keinen Grund, seine Tat zu bereuen». Seine größte Genugtuung und schönste Stunde seines Lebens war sein Prozeß; «als er die Möglichkeit vor dem Gerichtshof fand, einen Abschnitt seiner Abhandlungen über den Apostel Paulus vorzutragen, war er augenscheinlich

0) **Al b e r t y**, *Königs- und Präsidentenmörder* — Dissertation, Münster, 1942.
S. 34.

so entzückt und vergnügt, daß jede andere Empfindung für ihn ausgelöscht war. Während er das Urteil erwartete, war er ganz ruhig und beschäftigte sich mit der Korrektur eines Zeitungsartikels, in dem fälschlich von ihm behauptet wurde, er verkaufe 100 seiner Autogramme statt eines Dutzend für 9 Dollar». Seine grenzenlose Eitelkeit äußerte sich nach Lombroso auch in seinen Wünschen, man solle dem Publikum darüber Nachrichten zukommen lassen, daß er zu Weihnachten besonders gut gespeist habe und **ihn** von Damen reichlich Obst und Blumen und rund 800 Liebesbriefe **zugegangen** seien. Als er zum letzten Gang sich rüsten sollte, machte er sorgfältig Toilette und verlangte, man solle ihn in einem weissen Anzug an den Galgen hängen. Für die Hinrichtung selbst hatte er ein sehr sorgfältiges Zeremoniell ausgearbeitet. Zunächst sollte der Prediger für **ihn** beten, **dann** wollte er der Menge aus dem Johannesevangelium das 10. Kapitel vorlesen, anschliessend beten und als letzte Krönung eine autobiographische Dichtung zum besten geben, deren Letzten Worte sein Tod folgen sollte. Er bedauerte nur, daß seine Verse nicht vertont seien, der Eindruck würde mit Musik noch besser sein» (1).

«*Booth* ist väterlicherseits stark belastet, Régis bezeichnet seinen Vater als einen «véritable aliéné), dessen Leben eine unaufhörliche Folge von «excentricités, impulsions et actes de folie» war. Er konnte weder sehen, daß man ein Tier mit Grund züchtigte oder auch tötete, noch aß er selbst Fleisch und verbot den Genuß desselben auch seinen Familienangehörigen. Als polykonfessioneller Frömmigkeitsfanatiker war er in allen möglichen Religionen zu Hause, las den Talmud und hielt besonders große Stücke auf den Koran, von dem er Auszüge immer bei sich trug. Er brachte ganze Stunden im Gebete zu, und zwar auch das in Kirchen aller Konfessionen. Er war ein Phantast, dessen Krankheit schon mehr an religiösen **Wahnsinn** grenzte. Von ihm hatte sein Sohn den Hang zur Schwärmerei und theatralischen Pose. Der religiös-mystische Wahn des Vaters zeigte sich — im Grunde nichts als eine Umwandlung von einem Typ in den anderen — als politische Schwärmerei und Phantasterei beim Sohne, dessen Hauptidee der unerschütterliche Glaube war, eine glorreiche Mission erfüllen zu müssen. Und so warf er nach Pelman in seinem Tagebuch «grübelnd und in krankhaftem Gedankengange« die Frage auf, «warum er wie ein Wild gehetzt würde, während Brutus und Wilhelm Teil als Helden der Weltgeschichte gefeiert würden». Diese Erwägungen zeigen uns klar den geistig krankhaften Schwärmer und Phantasten» (2).

(1) Al b e r t y, a. a. O., S. 26-27.

(2) Al b e r t y, a. a. O., S. 34.

«*Nobiling* war 30 Jahre alt, als er 1878 auf Kaiser Wilhelm I. einen Anschlag verübte. Er war der Sohn eines exaltierten Frömmigkeitsapostels., der seinen Sohn streng religiös erzogen hatte und durch Selbstmord endete, wie auch *Nobiling*, nachdem er auf den Kaiser geschossen hatte, den zweiten Schuß seines Gewehres in selbstmörderischer Absicht gegen sich richtete. Er war ein krankhafter Phantast, bei dem Lombroso zahlreiche Degenerationszeichen, wie Hydrophalie und Gesichtsasymmetrie festgestellt hat. Wie viele Königsmörder blieb er zeitlebens ein fahrig, unsteter Geselle; nacheinander Doktor der Philosophie, Landwirt, Angestellter in einem staatlichen, statistischen Büro und stellenloser Interimsarbeiter trieb er sich in der Welt umher, unfähig zu irgendeiner selbständigen Arbeit und in ewigem Hader mit sich und der Umwelt. Er war ein eigensinniger und egoistischer Mensch und seine Bekannten bezeichneten ihn vor Gericht als einen unverbesserlichen, aber sanften Phantasten, befangen in spiritistischen Träumen und sozialistischen Theorien, die er bei jeder Gelegenheit herauskramte, das verschaffte ihm die Spitznamen *Petroleur* und *Kommunist*. Régis bezeichnet seinen Geisteszustand als «*délire sous la forme d'idées de socialisme et d'anarchie*». Wie fast alle typischen Königsmörder hatte er sein Attentat von langer Hand vorbereitet. Obwohl er von Haus aus ein guter Schütze war, unternahm er auf dem Schießplatz in Dresden exakte Schießübungen, bevor er den Schuß auf den Kaiser abzugeben wagte» (1).

In allen Fällen, in denen von Ursachen und Motiven gesprochen wurde und diese auch bezeichnet werden, ist der Vorbehalt zu machen, daß wir heute nicht mehr klar ermitteln können, welche Täter Psychopathen waren und welche im Sinne der heutigen strafrechtlichen Vorschriften teilweise oder ganz unzurechnungsfähig waren.

Von den 30 untersuchten Tätern hatten nur 2 ein klares, rationales Ziel: Elser wollte seinem Lande den von Hitler entfachten Krieg ersparen, Dr. Weiss hatte für seine Familie von dem allmächtigen und rücksichtslosen Senator Long zu fürchten.

Einige Attentäter haben gleich nach ihrer Tat Selbstmord begangen, wie **Z.B.** *Nobiling*. Ob in dem Verhalten von Staps, der nach dem mißglückten Attentat auf Napoleon I. gar nicht den Versuch machte, sein Leben zu retten, ein indirekter Selbstmord liegt, läßt sich heute nicht mehr beurteilen. Es ist dem Kriminologen bekannt, daß immer schon Täter, sei es eines politischen Mordes, sei es eines gemeinen Verbre-

0) Alberty, a. a. O., S. 31-32.

chens, ihre Tat deshalb verübt haben, um damit ihre eigene Hinrichtung herbeizuführen. Mitbestimmend für diese Handlungsweise war die Überlegung, daß man durch den indirekten Selbstmord die schimpflichen Folgen vermeiden könne, die sonst mit einem normalen Selbstmord verbunden sind und auf deren Einhaltung die Kirchen beider Konfessionen achteten. Nach dem Morde konnte man beichten und die Absolution erhalten, beim Selbstmord starb man ohne diese Absolution. Ob unbewusst heute noch derartige Vorstellungen nachwirken, ist fraglich. Der politische Mörder, der sein eigenes Leben wegwirft, ist um so gefährlicher, weil ihn neben dem Selbstmordwunsch u.U. auch noch der Gedanke zur Tat bewegt, als Märtyrer in die Geschichte einzugehen. Zur Zeit des Hohenstaufen Kaisers Friedrich II. gab es ein geflügeltes Wort: «Wer sterben will, ist Herr über das Leben des Königs». Bei der Untersuchung vieler politischer Morde ist es auffallend, wie erstaunlich leicht die Attentäter nicht nur über das Leben anderer Menschen verfügten, sondern auch mit dem eigenen Leben abgeschlossen hatten.

Nicht nur beim politischen Mord als Einzeltat, sondern auch bei Revolutionen hat man davon gesprochen, daß sich alle Unzufriedenen um die Freiheitskämpfer scharen und viele dann im Kampf den Tod finden, die ihn sich sonst selbst gegeben hätten. «So betrachtet, erscheine die Revolution als ein indirekter Massenselbstmord, als eine Art gewalt-samer Reinigung vom Lebensüberdruß» Q.

Duffy erlebte es auch bei den gemeinen Mördern, die in San Quentin eingeliefert wurden, mehrfach, daß die Täter nur getötet hatten, um selbst hingerichtet zu werden. Duffy nennt dies eine der «größten Tragödien der Todesstrafe» (2).

Welche psychischen Krankheitserscheinungen bei den direkten oder indirekten Selbstmördern Vorlagen, lässt sich heute nicht mehr mit Sicherheit feststellen, da in früheren Zeiten in vielen Fällen keine psychiatrischen Gutachten erhoben wurden. Neueste Untersuchungen über die Selbstmordhäufigkeit verschiedener Berufe ergaben, daß es ein eigenes Krankheitsbild «ekklesiogener Neurosen» gibt. Thomas, der die Erfahrungen aus der Lebensmüdenbetreuung Berlins wiedergibt, fand, daß kirchliche Amtsträger besonders häufig die Lebensmüdenbetreuung in Anspruch nahmen (3).

C¹) Wulff en, *Kriminalpsychologie*, Berlin, 1926, S. 441.

(2) 88 men and 2 women, New York, 1963, S. 148.

(3) *Handbuch der Selbstmordverhütung*, Stuttgart, 1964, S. 304.

Ein Faktor scheint beim politischen Mord viel gewichtiger als beim gemeinen Mord zu sein: der Täter ist häufig im Land seiner Tat ein Ausländer oder ein Fremder, zuweilen ist auch das Opfer ein Ausländer oder Fremder. Unter dem Begriff «Fremden) ist ein Täter zu verstehen, der zwar die Staatsangehörigkeit des betreffenden Landes haben mag, aber entweder im Ausland geboren und erzogen wurde oder sich lange im Ausland aufgehalten hat, oder, wie bei den Attentätern in den USA, Sohn von Einwanderern oder selbst Einwanderer ist und sich noch nicht in die Verhältnisse des Landes eingefügt hat. Man kann unter den Begriff des Fremden wohl auch diejenigen Täter einordnen, die sich Zeit ihres Lebens herumgetrieben haben und nirgendwo heimisch geworden sind. Louwage hat auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen und betont, daß die politischen Verbrecher selten selbst sind. «Ihr Haß ist universell und kennt keine Grenzen... Man kann tatsächlich feststellen, daß die anarchistischen und terroristischen Verbrechen fast immer von Ausländern ausgeführt werden»¹).

Man hat früher versucht, einen besonderen Typ des «Königsmörders» herauszuarbeiten. Lange-Eichbaum/Kurth führen eine Definition von Régis an, die auf viele der oben beschriebenen Täter zutrifft:

- «1. Alter: 20 bis 25 Jahre.
2. Herkunft: Selbstmörder oder Epileptiker in der Aszendenz.
3. Natur: krankhafte Instabilität, religiöser, politischer, oder sozialer Mystizismus.
4. Geisteszustand: Wahn, der sich durch den Glauben, eine Mission zu erfüllen, verrät. Zuweilen bestehen traumhafte Halluzinationen.
5. Attentat: keine Komplizen, lange Planung, Benutzung eines schneidenden Gegenstandes, festes Zuschlagen, kein Fluchtversuch nach dem Attentat.
6. Prozeß: sie versuchen nicht, ihre Schuld zu leugnen, im Gegenteil rühmen sie sich ihres Verbrechens.
7. Bestrafung : wird mit Mut, Unempfindlichkeit und in theatralischer Pose ertragen.
8. Haltung der untersuchenden Ärzte: Beeindruckt von der Schwere des Attentates schließen sie auf Verantwortlichkeit, trotzdem der Königsmörder ein nicht verantwortlicher Geistesgestörter ist». (2).

Strafverfahren und Urteil

Nicht in allen der 30 Fälle kam es überhaupt zu einem Strafverfahren : Dr. Weiss und Kerin wurden sofort getötet, Oswald und Booth später,

0) *Psychologie und Kriminalität*, Hamburg, o. J., S. 383.

(2) *Genie, Irrsin und Ruhm.*, 6., völlig umgearbeitete, um weitere 800 Quellen vermehrte Auflage, München/Basel, 1967, S. 442.

und Nobiling beging Selbstmord. Der Prozeß gegen den an Deutschland ausgelieferten Grynspan war zwar geplant und vorbereitet, fand aber nie statt. Über das spätere Schicksal Grynspans besteht keine Klarheit. Elser befand sich bis kurz vor Kriegsende im Konzentrationslager Dachau und wurde befehlsgemäss bei einem Fliegerangriff erschossen. Staps wurde auf Befehl Napoleons — anscheinend ohne Urteil — erschossen. Die amerikanischen Attentäter Lawrence und Schrank wurden sofort in eine Irrenanstalt eingeliefert. Das bedeutet also, daß 10 Täter gar nicht erst vor Gericht kamen.

In den übrigen Fällen ist es bemerkenswert, und daran zeigt sich die Besonderheit des politischen Mordes, daß man immer wieder auf Sondergerichte, Ausnahmegerichte oder Militärgerichte stößt. So wurde Adler von einem Ausnahmesenat verurteilt, Arco vom Bayerischen Volksgericht, Bonnier von einem Militärgericht, Charlotte Corday von einem Revolutionstribunal, Czolgosz hingegen, dessen Verfahren besonders angreifbar ist, von einem ordentlichen Gericht. Wir haben zu wenig **Zahlenmaterial**, um sagen zu können, ob beim politischen Mörder ein ordentliches Gericht oder ein Ausnahmegericht schlechtere Urteile fällt. Hervorzuheben ist, daß es in der Regel gegen Urteile von Sondergerichten und Militärgerichten keine Rechtsmittel gibt.

Von den 20 vor Gericht gestellten Tätern wurden 10 zum Tode verurteilt und auch hingerichtet. Carl Ludwig Sand und Charlotte Corday wurden öffentlich hingerichtet, Tschsch und Hödel wurden hingerichtet, obwohl ihre Opfer nicht einmal verletzt waren. Eine Untersuchung des Revolvers, mit dem Hödel geschossen hatte, ergab, daß er «mit diesem 6-Mark-Revolver gar nicht hätte treffen können» (x). Gorguloff wurde wahrscheinlich hingerichtet, weil er ein Fremder war, es bestehen stärkste Bedenken, ob er überhaupt zurechnungsfähig war. Bonnier wurde auffallend schnell, nämlich schon zwei Tage nach seiner Tat, erschossen; man weiss nicht, ob dadurch die Belastung anderer Persönlichkeiten vermieden werden sollte. Die amerikanischen Attentäter Guiteau, Czolgosz und Zangara wurden hingerichtet, ebenso Caserío in Frankreich.

Einer besonderen Untersuchung wäre es wert, wie sich der politische Mörder in der Zeit zwischen seiner Verurteilung und der Hinrichtung verhalten hat und ob Unterschiede zum Verhalten sonstiger zum Tode verurteilter Verbrecher festzustellen sind. Ohm hat in den Jahren 1935

(1) Langemann, a. a. O., S. 193.

bis 1945 einige hundert zum Tode Verurteilter gesprochen und untersucht und kommt zu dem Ergebnis, daß auch bei den politischen Tätern — es befand sich allerdings kein politischer Mörder darunter — nur ein Teil unter dem Druck des Todesurteils kompromißlos bleibt und bewusst auf Gnade verzichtet. Es ist vielmehr so, daß die überstarke Belastung auch «Anschauungen und Überzeugungen, Werturteile und Wertbindung verändert» 0.

Ohm glaubt, die Bereitschaft, für eine Idee zum Märtyrer zu werden, sei heute beträchtlich geringer als früher. Ideologische Bindungen würden heute eher durch den elementaren Lebenstrieb verdrängt. Ohm kommt zu dem Ergebnis: «Erst im Sterben wird das wahre Wesen des Menschen offenbar» (2).

Laurence hat in seinem Buch über die Geschichte der Todesstrafe auch ein Kapitel über das Verhalten der zum Tode Verurteilten in der Todeszelle eingefügt und an einer Reihe von Beispielen gezeigt, daß es unmöglich ist, eine Prognose zu wagen, wie sich ein Mensch in dieser Ausnahmesituation verhalten wird. v. Hentig hat die «Biologie der Todesfurcht» beschrieben und in diesem Zusammenhang auf den Einfluss der Religion hingewiesen: «Von allen Zwangsgewalten, die wir über uns errichtet haben und die zu höherer Entwicklung führen, kann Religion aufs Tiefste in die Falten unseres Wesens greifen» (3). Wem indessen in seiner letzten Stunde die Religion zu helfen vermag, kann auch nicht vorhergesagt werden (4).

Adler wurde zwar zunächst zum Tode verurteilt, dann aber begnadigt, und er gewann mit dem Umsturz von 1918 seine Freiheit wieder. Auch Arco's Todesurteil wurde in eine Freiheitsstrafe umgewandelt, und er wurde 1924 entlassen.

Gegen 6 der 30 politischen Täter wurden Freiheitsstrafen verhängt. Ramon Mercader wurde in Mexico City zu 20 Jahren Zuchthaus verurteilt, die er auch voll verbüßte. Oskar Becker wurde zu derselben Strafe verurteilt, 1866 aber bereits wegen seines fortschreitenden Krankheitszustandes begnadigt und aus dem Zuchthaus Bruchsal entlassen. Staschynskij wurde vom Bundesgerichtshof nicht als Täter, sondern als

0) Ohm, *Das Todesurteil in seiner Auswirkung auf die Persönlichkeit*, Stuttgart, 1956, S. 36.

(2) Ohm, *a. a. O.*, S. 40.

(3) *Der Mordbrandy* 1965, S. 160.

(4) Ro s s a, *Todesstrafen*, Oldenburg, 1966, S. 158.

Gehilfe angesehen und erhielt für zwei Morde — er hatte noch einen anderen ukrainischen Exilpolitiker erschossen — 8 Jahre Zuchthaus. Hirschfeld erhielt dagegen für den Anschlag auf Erzberger nur eineinhalb Jahre Gefängnis und verbüßte auch diese nicht vollständig. David Frankfurter wurde von dem Schweizer Schwurgericht in Chur zu der gesetzlich zulässigen Höchststrafe von 15 Jahren Zuchthaus verurteilt und nach Ende des zweiten Weltkrieges begnadigt. Luccheni wurde in Lausanne zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurteilt und erhängte sich 12 Jahre später in seiner Zelle.

Sowohl beim gemeinen wie beim politischen Mord stellt sich immer wieder das Problem der Zurechnungsfähigkeit. Es ist einer der wichtigsten, international anerkannten Grundsätze des Strafrechts, daß nur ein Täter verurteilt werden kann, wenn er für seine Tat verantwortlich ist. In der Bundesrepublik Deutschland haben wir die Regelung, daß nach § 51 StGB eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist, wenn der Täter wegen Bewusstseinsstörung, krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geisteschwäche unfähig war, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Nicht in allen Strafrechtsordnungen sind in der dem § 51 unseres StGB entsprechenden Bestimmung beide Kriterien, das Unterscheidungs- und das Hemmungsvermögen des Täters, enthalten. Die im englischen und weithin auch im amerikanischen Rechtsbereich herrschende M'Naghten-Rule enthält nur das Kriterium des Unterscheidungsvermögens. Außerdem muss nicht die Anklage dem Täter nachweisen, daß er für seine Tat verantwortlich ist, sondern der Angeklagte muß den Beweis dafür führen, daß er zur Zeit des Verbrechens an einem solchen psychischen Defekt litt, der ihn unfähig machte, das Strafbare seines Tuns zu erkennen.

Die M'Naghten-Rule verdankt ihre Existenz einem politischen Mord. **Am** 20. Januar 1843 wurde von Daniel M'Naghten ein Attentat auf den Privatsekretär des englischen Ministerpräsidenten Peel verübt; das Opfer starb an den erlittenen Wunden. M'Naghten wurde von einem der berühmtesten Anwälte seiner Zeit, Sir Alexander Cockburn, verteidigt, der später Lord Chief Justice wurde. Es gelang ihm, die Richter dazu zu bringen, sachverständige Ärzte über den Geisteszustand des Täters zu hören und das Verfahren dann auszusetzen, weil der Täter offensichtlich im Verfolgungswahn gehandelt hatte.

Die **Empörung** der englischen Öffentlichkeit darüber, daß M'Naghten nicht verurteilt wurde, war so groß, daß das Oberhaus in Anwendung eines alten, ihm zustehenden Rechtes die Richter aufforderte, ihre Meinung

zu dem Fall zu präzisieren und bestimmte Fragen zu beantworten; aus diesen Antworten entstand die AFNaghten-Rule 0.

Unter den gemeinen Mördern befinden sich nach kriminologischer Erfahrung «überraschend viel geistig-seelische Abnormitäten und erbliche Belastungen» (2). In England wurden innerhalb von 50 Jahren 3130 Personen wegen Mordes angeklagt. Von ihnen wurden erst im Laufe des Verfahrens 428 als geisteskrank erkannt, nach dem Urteil wurden noch 48 von den Ärzten als psychotisch befunden. 55 Prozent aller wegen Mordes Angeklagten litten unter geistigen Störungen (3). Der Gedanke liegt nahe, daß eine unbekannte Anzahl von Mördern verurteilt wurde, obwohl sie ganz oder teilweise unzurechnungsfähig waren.

Noch schärfere Kritik als beim gemeinen Mord ist bei den Verurteilungen wegen politischen Mordes angebracht. Donovan wirft der amerikanischen Justiz vor, Guiteau, Czolgosz und Zangara seien unzurechnungsfähig gewesen und seien trotzdem zum Tode verurteilt und hingerichtet worden (4). Es läßt sich heute nicht mehr nachprüfen, inwieweit etwa Gorguloff, Caserio, Hödel, Becker und Sand ganz oder teilweise unzurechnungsfähig waren. Sie alle wurden, bis auf Becker, zum Tode verurteilt und hingerichtet. Langemann bezeichnet Tschsch als wahnsinzig.

Die Fehler, die mit der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit Zusammenhängen, können daran liegen, daß die rechtliche Regelung der Unzurechnungsfähigkeit zu eng ist und nicht alle möglichen Fälle psychischer Krankheiten erfasst. Außerdem ist gerade beim politischen Mord die Erregung der Öffentlichkeit oft so groß, daß die Gerichte glauben, sie müßten möglichst schnell zu einem Urteil, und zwar zu einer Verurteilung kommen. Wenn ein Verteidiger die Frage der Zurechnungsfähigkeit seines Klienten aufwirft, sind Richter und Geschworene leicht mißtrauisch, es könne sich nur um einen Trick des Verteidigers handeln (5). Juristen, Medizinern und Laien muß sich die Frage aufdrängen, ob derjenige Mensch genau so normal wie andere Menschen sein kann, der ohne reale Aussicht auf Erfolg sein Leben so leichtfertig aufs Spiel setzt, wie es die meisten politischen Mörder getan haben. Aus den

C1) Hierzu Go d w i n, *Criminal Man*, New York, 1957, S. 157; Ha l l - M u e l l e r, *Criminal Law and Procedure*, 2. Aufl., Indianapolis, 1965, S. 467 ff.

(2) B l ü h m, *Die Kriminalität der vorsätzlichen Tötungen*, Bonn, 1958, S. 69.

(3) V. H e n t i g, *Die Strafe*, II, Berlin, 1955, S. 123.

(4) *The Assassins*, New York, 1962, S. 232; siehe auch H i r s c h b e r g, *Das Fehlurteil im Strafprozess*, Stuttgart, 1960, S. 58.

(5) G o d w i n, a. a. O., S. 185.

Untersuchungen vieler Selbstmörder wissen wir, daß diese meistens Psychopathen waren. Der Begriff des Psychopathen ist allerdings sehr unscharf, es ist im Einzelfall zuweilen ausserordentlich schwer festzustellen, wann bei einem Psychopathen die Unzurechnungsfähigkeit anfängt (*). Jesse drückt diesen Gedanken kurz so aus: «Aber obgleich kein Mörder normal ist, ist er nicht notwendigerweise unzurechnungsfähig» (2).

Ein weiterer Fehler in der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit **kann darin** liegen, daß die erstatteten psychiatrischen Gutachten unzutreffend sind. Dies gilt für den gemeinen wie für den politischen Mord. «Zahlreich sind auch die falschen psychiatrischen Gutachten, die oft zur Verurteilung und Hinrichtung von offensichtlich Geisteskranken geführt haben» (3). Die falsche Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit ist nur ein Teil der Problematik von Todesstrafe und Fehlurteil, die nicht ernst genug genommen werden kann(4).

Der politische Fanatiker (angenommen, er sei in diesem Zustand noch zurechnungsfähig) lebt in dem Glauben, und er vertritt diese Anschauung auch vor Gericht, daß er im Auftrage Gottes getötet oder sein Vaterland vom Tyrannen befreit habe; jedenfalls ist er der Überzeugung, er habe sich nicht strafbar gemacht. Die schwierigste Frage, die sich beim politischen Mord stellt, ist die, ob der Täter als ein Held oder als ein Verbrecher anzusehen ist. Der Kriminologe kann bei der Beantwortung dieser Frage zu einem anderen Ergebnis kommen als der Politiker oder Historiker. In der neuesten Auflage des «Staatslexikons» schliesst der Abschnitt über den Tyrannenmord mit der Feststellung, in der Gegenwart sei der **Tyrannenmord** so umstritten wie je zuvor. «Das Problem des **Tyrannenmordes** lösten weder Vergangenheit noch Gegenwart, jede Antwort überschattet menschliche Tragik». (Spalte 1104).

Die Theorien um die Rechtfertigung des Tyrannenmordes oder des «Mordes aus Überzeugung» (5) finden sich immer wieder in den Plädoyers der Verteidiger, die politische Mörder vertreten. So sprach 1919 der Verteidiger Villain's von einem «crime passionnel politique». In Weiterführung dieser Gedanken hat man in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg im französischen Recht den Begriff der «force majeure morale» als Schuldauusschließungsgrund herausgearbeitet. Als besonderen Fall

C¹) Hierzu Langemann, a. a. O., S. 118 ff.

(2) *Murder and Its Motives*, London, 1958, S. 8.

(3) Hirschberg, a. a. O., S. 58.

(4) Siehe Middendorff, *Todesstrafe — Ja oder Nein?* Freiburg-Br., 1962, S. 49 ff. und Bedau (Herausgeber), *The Death Penalty in America*, New York, 1964, S. 434 ff.

(5) Jesse, a. a. O., S. 38.

dieser «höheren moralischen Gewalt) hat man im französischen Recht das Handeln aus Patriotismus angesehen, das man nicht bestrafen soll Q.

Wenn der Kriminologe Anlage, Umwelt, Tатаausführung und sonstige Faktoren bei gemeinen Mördern und politischen Mördern miteinander vergleicht, sind die festgestellten Gemeinsamkeiten stärker als die Unterschiede. Der grösste und beherrschende Unterschied hegt im Motiv, beim politischen Mörder ist dieses aber sehr häufig rein negativ, nämlich ein glühender Haß, der sich gar nicht überlegt, was mit dem beabsichtigten Attentat politisch erreicht werden kann. Wenn diese Täter vorher ruhig die Folgen ihrer Anschläge überdacht hätten, hätten sie zu dem Ergebnis kommen müssen, daß praktisch durch den Tod des Opfers keine wesentlichen politischen Fortschritte erzielt werden könnten. Wenn sie dies überlegt haben und dennoch töten, sind sie als rein kriminelle Mörder anzusehen. Wenn sie überhaupt nicht überlegt haben und töten, gilt für sie das gleiche. Es muss auch in diesem Zusammenhang wieder auf die Unbedenklichkeit hingewiesen werden, mit der die Attentäter Gesundheit und Leben anderer, oft ganz unbeteiligter Menschen mit in Gefahr gebracht haben. Nach alledem bleibt heute wenig Raum für eine Anerkennung eines politischen Mörders als Held.

In die Geschichte zurückbückend, finden wir zuweilen eine zwiespältige Beurteilung des politischen Mordes, wie sie niemand besser ausgedrückt hat als Lamartine, der über Charlotte Corday schrieb: «Wenn wir für diese erhabene Freiheitsheldin und hochherzige Tyrannenmörderin einen Namen finden wollten, der die gerechte Bewunderung mit dem ernstesten Urteil über ihr Vorgehen verbindet, würden wir sie den Engel des Mordes nennen und in einem Worte Bewunderung und Schauer vereinen» (a).

In Ausnahmefällen kann sich der politische Mörder für die Zukunft die Anerkennung als Held und Patriot erringen, wenn er durch seine Tat eine notwendige Revolution einleitet, die Aussicht auf Erfolg bietet.

Das Dilemma, das für den Täter, der Blut vergossen hat, ganz gleich aus welchem Motiv dies geschehen ist, immer entsteht, hat Camus in seinem Schauspiel «Die Gerechten» dadurch gelöst, daß der Mörder freudig sein eigenes Leben als Sühne anbietet, da er die Tat nicht bereuen kann. Camus konfrontiert in seinem Schauspiel den politischen Mörder mit dem gemeinen Mörder, ähnlich wie es Schiller tat, der die Tat Teüs der des Johannes Parricida gegenübersteute (3).

C¹) Grimm, *Mit offenem Visier*, Leoni-Starnberger See, 1961, S. 33.

(2) Zitiert bei Alberty, a. a. O., S. 20.

(3) Siehe Kilian, *Der politische Mord*, Zürich, 1936, S. 12.

Jesse weist in diesem Zusammenhang ganz richtig auf ein Wort von Pascal hin, daß es dem Opfer gleichgültig ist, aus welchem Grunde oder Motiv es sein Leben lassen muss 0.

Die Aufgabe des Verteidigers im politischen Verfahren ist wegen der aufgeputschten Emotionen besonders schwer. Der Verteidiger kann sogar persönlich gefährdet sein⁽²⁾. Als Grimm in Chur die Nebenklage im Prozess gegen David Frankfurter vertrat, wurde er schärfer bewacht als der Angeklagte und dauernd durch einen Polizeikommissar begleitet und auf Umwegen in das Gerichtsgebäude gebracht ⁽³⁾.

Bei der Darstellung der Fehlurteile im politischen Prozeß weist Hirschberg mit Recht darauf hin, daß es keine grössere Aufgabe für den Verteidiger gibt, als gerade politische Täter zu vertreten. In manchen Fällen haben die Verteidiger politischer Mörder versagt. Die Verteidiger Sands beispielsweise hätten versuchen müssen, mildernde Umstände zu erreichen und Sand wenigstens das Leben zu retten. Statt dessen forderten sie alles, nämlich den Freispruch, und verloren alles ⁽⁴⁾.

Das spätere Leben

V. Hentig hat früher schon in seiner Studie «Probleme des Freispruchs beim Morde», gezeigt, daß diejenigen, die von dem Verdacht des Mordes freigesprochen wurden, nachher nicht mehr imstande sind, ein normales Leben zu führen, sondern daß der Verdacht weiterhin auf ihnen lastet und sie zu ruhelosem Leben, wenn nicht gar zu frühem Selbstmord verdammt. Ähnliches gilt auch für den politischen Mörder. Von den 30 Tätern führten vielleicht nur zwei später ein normales, bürgerliches Leben; Dr. Adler war nach dem ersten Weltkrieg führend in der Sozialdemokratischen Partei Österreichs tätig und starb als Emigrant in den USA in hohem Alter. Graf Arco bewirtschaftete sein Gut und starb 1945 in Salzburg. Es ist allerdings einschränkend zu sagen, daß wir andere Täter aus den Augen verloren haben, wie z.B. Vera Sassulitsch, die ihr Opfer indessen nur verwundet und nicht getötet hatte. Ramon Mercader verschwand nach seiner Freilassung hinter dem Eisernen Vorhang.

(1) *A. a. O.*, S. 39.

(2) Siehe Ullers, *Der Strafverteidiger* > Hamburg, 1962, S. 35 ff.

(3) Grimm, *a. a. O.*, S. 159 ff.

(4) *Der neue Pitaval* /, hrsg. von Hitzig und Häring, Leipzig, 1942, S. 97

Ergebnis

Als Ergebnis der vorliegenden Studie ist festzustellen, daß die aufgeworfene Frage, inwieweit politischer Mord und Todesstrafe Zusammenhängen, dahingehend zu beantworten ist, daß zwischen beiden nur eine sehr schwache Verbindung besteht. Nur ein Drittel der 30 untersuchten politischen Mörder wurde tatsächlich zum Tode verurteilt und hingerichtet. In einer Anzahl heute nicht mehr genau feststellbarer Fälle waren die Täter nach unseren heute geltenden Vorstellungen unzurechnungsfähig; nicht nur deshalb, sondern allgemein ist die Gefahr eines Fehlurteils beim politischen Mord infolge der erregten Emotionen besonders groß. In den Ländern, in denen die Todesstrafe heute noch eine gesetzliche Strafe ist, sollte sie allgemein und ganz besonders nach politischen Morden mit größter Sorgfalt verhängt werden; der beste Schutz gegen ein irreparables Fehlurteil ist jedoch für die allgemeine Kriminalität wie für den politischen Mord die Abschaffung der Todesstrafe.

- Al b e r t y — *Königs- und Präsidentenmörder* — Dissertation, Münster, 1942.
B e d a u (Herausgeber) — *The Death Penalty in America*, New York, 1964.
B l ü h m — *Die Kriminalität der vorsätzlichen Tötungen*, Bonn, 1958.
B r ü c k n e r — *Zur Kriminologie des Mordes*, Hamburg, 1961.
D o n o v a n — *The Assassins*, New York, 1962.
D a f f y — *88 men and 2 women*, New York, 1963.
G o d w i n — *Criminal Man*, New York, 1957.
G r i m m — *Mit offenem Visier*, Leoni-Starnberger See, 1961.
H a l l - M u e l l e r — *Criminal Law and Procedure*, 2. Auflage, Indianapolis, 1965.
V. H e n t i g — *Die Strafe II*, Berlin, 1955.
V. H e n t i g — *Probleme des Freispruchs beim Morde*, Tübingen, 1957.
V. H e n t i g — *Zur Psychologie der Einzeldelikte, II — Der Mord*, Tübingen, 1956.
V. H e n t i g — *Der Mordbrand*, Neuwied, 1965.
H i r s c h b e r g — *Das Fehlurteil im Strafprozeß* Stuttgart, 1960.
H o f f e r — *Der Fanatiker*, Hamburg, 1965.
J e s s e — *Murder and Its Motives*, London, 1958.
K i l i a n — *Der politische Morde* Zürich, 1936.
L a n g e - E i c h b a u m / K u r t h — *Genie, Irrsinn und Ruhm*, 6., völlig umgearbeitete, um weitere 800 Quellen vermehrte Auflage, München-Basel, 1967, S. 442.
L a n g e m a n n — *Das Attentat*, Hamburg, 1957.
L a u r e n c e — *A History of Capital Punishment*, New York, 1960.
L o u w a g e — *Psychologie und Kriminalität*, Hamburg o. J.
M i d d e n d o r f f — *Todesstrafe — Ja oder Nein?*, Freiburg-Br., 1962.
M i d d e n d o r f f — «Probleme und Aufgaben der historischen Kriminologie», *Kriminalistik*, Nr. 8, 1967.

- Ohm — *Das Todesurteil in seiner Auswirkung auf die Persönlichkeit*, Stuttgart, 1956.
- ...Pitaval I — *Der neue...*, hrsg. von Hitzig und Häring, Leipzig, 1942.
- Rossa — *Todesstrafen*, Oldenburg, 1966.
- Sieburg — *Eine Maiwoche in Paris*, Frankfurt, Main, 1961.
- Staatslexikon — *Recht — Wirtschaft — Gesellschaft*. Hrsg. von der Görres-Gesellschaft.
6. Auflage. 7. Bd. Freiburg im Br. 1962.
- Thomas — *Handbuch der Selbstmordverhütung*, Stuttgart, 1964.
- Ullers — *Der Strafverteidiger*, Hamburg, 1962.
- Wilde — *Der politische Mord*, München, 1965.
- Wulffen — *Kriminalpsychologie*, Berlin, 1926.

ALGUNS DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE O HOMICÍDIO EM PORTUGAL

Maria Rosa Crucho de Almeida

Há 100 anos que foi abolida em Portugal a pena de morte. Cremos não errar dizendo que essa decisão proveio mais do entusiasmo generoso dos seus autores e da sua confiança optimista na natureza humana do que de uma análise crítica e desapaixonada do homicídio ou da necessidade da pena de morte. Um século volvido, a melhor homenagem que poderia ser prestada aos pioneiros dessa medida — pela qual lutam ainda tantos indivíduos e organizações em outros países — seria tentar mostrar empiricamente que porventura tiveram razão.

Sucedeu entre nós, como tem sucedido noutros países, que a abolição legal da pena de morte em 1867 foi precedida por um período, no nosso caso de 21 anos, em que se não levou a cabo nenhuma execução. Por conseguinte, para se conhecer o efeito da abolição da pena de morte sobre o crime de homicídio (que sempre foi o mais frequente dos crimes capitais) conviria idealmente ter informações sobre o número de homicídios capitais cometidos durante uma série de anos anterior a 1846, durante os anos de 1846 a 1867, e finalmente durante outra série de anos posterior a 1867. Aceitando como parece correcto que a eficácia intimidativa da pena de morte — a existir — esteja mais dependente da sua execução do que da sua cominação legal em abstracto, o período entre 1846 e 1867 requer tuna análise separada. Com efeito, os 21 anos decorridos constituem tun tempo suficientemente longo para que se tenha criado a partir de determinado momento uma expectativa de não-execução, capaz de reduzir qualquer valor intimidativo que a pena de morte pudesse ter. Em rigor, a investigação da força dissuasora da pena de morte deveria partir apenas dos homi-

cídios capitais. Mas, na falta de dados estatísticos sobre eles, costuma aceitar-se que os homicídios em geral reflectam o movimento dos homicídios capitais, ou seja, que estes representem uma fracção relativamente constante daqueles.

Posto isto, e dizendo que não existem informações estatísticas gerais para o período anterior a 1846, fica comprometida a possibilidade de se tirarem conclusões sobre o efeito da abolição da pena de morte na taxa do homicídio. Os poucos dados que existem referem-se ao período em que a pena de morte já se não executava, embora continuasse a existir teoricamente. Assim, um mapa publicado no *Boletim do Ministério dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça* indica para 1859 um total de 146 homicídios, 30 infanticídios e 15 crimes de propinação de veneno, e para o ano anterior os números de 139, 33 e 20, respectivamente. Intitula-se este mapa «Estatística Criminal do Continente do Reino e Ilhas Adjaentes no ano de 1859, organizada por distritos administrativos, segundo os documentos que existem na Secretaria de Estado dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça» 0. Porém, no relatório que acompanhou a portaria de 9 de Novembro de 1861 sobre a reforma das estatísticas criminais reconhece-se que todas as informações até então publicadas eram de pouco valor, não só por não abrangerem todas as comarcas como por não serem executadas segundo um critério uniforme.

O novo sistema estatístico previa um mapa geral que partiria do crime e um mapa especial que partiria do criminoso. Mas apenas se publicaram os mapas gerais relativos a 1861 e 1862. Registou-se em 1861 um total de 266 homicídios tentados ou consumados chegados ao conhecimento das autoridades judiciais, dos quais 7 haviam sido involuntários. Em 1862 houve 256, dos quais 14 involuntários. Estes elementos estatísticos foram invocados por Barjona de Freitas num passo do relatório que acompanhou o projecto de lei sobre a abolição da pena de morte. Diz-se em certo ponto (2): «A estatística criminal desde 1850 até 1860 não pode deixar de considerar-se defectiva e imperfeita. A estatística de 1861, já publicada, e que deve supor-se mais perfeita e exacta, acusa bastante aumento da criminalidade em relação ao ano anterior; mas, se se comparar o número de homicídios voluntários e consumados cometidos naquele ano, que foram 215, com o dos crimes praticados contra as pessoas, que foram 4 052, teremos que a proporção daqueles para estes pouco excede 5%, ao passo que em 1860 se cometeram 142 crimes de homicídio e 2 467 contra as pessoas,

C¹). *Boletim* n.º 2, 1860, p. 21.

(2) *Diário de Lisboa* de 28 de Fevereiro de 1867, p. 594.

o que dá diferença para mais entre uns e outros. Em 1862 ainda é mais favorável a proporção. A estatística dá 195 homicídios voluntários e consumados e 4 330 crimes contra as pessoas. A proporção entre aqueles e estes pouco excede 4%. E deve advertir-se que tendo aumentado os crimes contra as pessoas em 1862 com relação ao ano anterior, sofreram sensível diminuição os homicídios, a que mais geralmente é aplicável a pena de morte».

O número de homicídios indicado para 1861 e 1862, respectivamente 215 e 195, refere-se a homicídios voluntários consumados, sem excluir os infanticídios. Duvidamos, porém, de que os elementos estatísticos citados justifiquem a conclusão de Barjona de Freitas. Desde logo, porque o movimento do homicídio não deve ser traçado a partir da sua proporção para com os crimes contra as pessoas, uma vez que as duas espécies de crimes podem ter variações independentes. Além disso, porque a diferença de 1585 correspondente aos crimes contra as pessoas entre 1860 e 1861, comparada com a de 278 entre 1861 e 1862, faz desconfiar que em 1860 o volume desses crimes tenha sido obtido por um critério diferente do dos dois anos posteriores. Mas, mesmo admitindo qu nesse ano o critério de definição estatística do homicídio fosse idêntico ao de 1861 e 1862, a série seria ainda demasiado curta para que dela se pudesse deduzir qualquer tendência.

Só voltamos a ter informações estatísticas sobre o homicídio onze anos depois da abolição da pena de morte. Ainda assim, Inácio Silveira da Motta, autor do relatório que acompanha a nova publicação intitulada *Estatística da Administração da Justiça Criminal nos Tribunais de Primeira Instância do Reino de Portugal e Ilhas Adjacentes para o Ano de 1878*, crê que elas permitem afirmar não ter resultado da abolição da pena de morte um aumento do número de homicídios. Diz-se a certo passo do relatório: «Se ainda existisse entre nós a pena de morte, seria ela aplicável a 21 crimes dos 10 472 que foram julgados no transcurso ano; o que aliás está longe de significar que a todos seria aplicada, porque sempre tiveram os jurados decidida propensão para impedir essa punição extrema. Todavia o algarismo a que aludo abre campo a profundos receios e só comparando os homicídios julgados em cada um dos anos anteriores a 1867 com os que foram julgados em 1878 é que pode reconhecer-se que o grande pensamento de civilização e de justiça, traduzido na reforma da legislação penal, não tem de modo algum contribuído para o incremento dos crimes de suma gravidade. Em cada um daqueles anos o número de homicídios nunca foi inferior a 140 e por vezes excedeu 220; no ano de 1878, não obstante o acréscimo da população, foi de 139, devendo, além disso, observar-se que a prisão celular, que a meu ver é o instrumento mais poderoso

de quantos se poderiam inventar para coibir atentados, não tem podido até hoje ser executada».

Os 139 homicídios voluntários de 1878 referem-se a crimes julgados, correspondendo-lhes 207 réus julgados e 91 condenados. Não incluem 13 crimes julgados de infanticídio, pelos quais houve 20 réus julgados e 2 condenados, nem um crime julgado de parricídio, a que correspondeu um réu condenado. Silveira da Motta compara favoravelmente estes 139 homicídios com os correspondentes a anos anteriores a 1867. Porém, uma vez que não indica a sua fonte de informação nem concretiza os anos a que se refere, não são descabidas duas reservas. Primeiro, a de que as estatísticas anteriores, pelo menos as elaboradas segundo as instruções de 9 de Novembro de 1861, partiam do número de homicídios chegados ao conhecimento das autoridades e não do número de crimes de homicídio julgados. Aquele valor será necessariamente maior do que este, visto que inclui crimes de autores ignorados e crimes cujos autores se suicidaram, faleceram antes do julgamento ou foram desde logo reconhecidos como irresponsáveis. Segundo, a de que a amplitude da categoria homicídio depende de se incluir ou não nela formas especiais, nomeadamente o infanticídio. Ao passo que os números citados por Barjona de Freitas incluem os infanticídios, os 139 homicídios referidos por Silveira da Motta em 1878 excluem-nos.

Entre 1878 e 1886 publicaram-se ainda alguns dados estatísticos sobre homicídios: houve 110 em 1880, 43 em 1881 e 86 em 1886. Todos estes valores dizem respeito a homicídios voluntários dos quais se excluem parricídios e infanticídios, e a crimes julgados ⁽¹⁾. Só em 1900 volta a publicar-se tuna nova série de estatística criminal, desta vez com outro critério: o homicídio voluntário refere-se agora ao número de condenados por esse crime, independentemente de ter ou não havido consumação. Simplesmente, as diferenças de critério estatístico e o número de anos decorridos tornam impossível utilizar a nova série para concluir do efeito da abolição da pena de morte sobre as taxas de homicídio.

Chegados sempre à conclusão negativa de que os dados que conhecemos não permitem afirmar se o homicídio diminuiu, cresceu ou se manteve constante depois da abolição da pena de morte, fica explicado o tema do trabalho que se segue, que consiste essencialmente num estudo descritivo do homicídio visto através da estatística dos condenados. (*)

(*) Conhecem-se ainda dados para o período entre 1891-1895, recolhidos por Alfredo Luís Lopes através de questionários dirigidos aos agentes do Ministério Público (*Estudo Estatístico da Criminalidade em Portugal nos Anos de 1891 a 1895*).

★

★ ★

Antes de falarmos na evolução do homicídio voluntário é lógico que comecemos por delimitar-lhe o conceito. Entendemos por ele todas as formas de homicídio voluntário, incluindo as qualificadas como o parricídio e o envenenamento, mas com excepção do infanticídio. Ocupando o infanticídio um lugar tão à parte dentro dos crimes contra a vida, justifica-se que os dados que se lhe referem não sejam misturados com os dados sobre o homicídio em geral. As informações estatísticas sobre o homicídio incluem tanto os crimes consumados como os tentados e frustrados, não só porque do ponto de vista criminológico eles constituem uma unidade, mas também por uma razão prática decisiva: anteriormente à *Estatística Judiciária*, que começou a publicar-se em 1936, o *Anuário Estatístico*, então o único repositório de informações estatístico-criminais, não distinguia graus de execução. Para se não sacrificar a comparabilidade dos dados anteriores e posteriores a 1936 era portanto necessário que o critério de definição fosse idêntico em ambos os períodos (1).

Num ponto ou noutro servir-nos-emos das informações estatísticas sobre as causas de morte, onde as mortes atribuídas a homicídio aparecem discriminadas entre os anos de 1931 e 1951, e de 1955 em diante. Normalmente, porém, utilizaremos a estatística dos condenados, exprimindo as variações do homicídio através das variações do número de condenados por homicídio nos tribunais comuns, expresso como coeficiente por 100 000 indivíduos de todas as idades. Fica-nos sem dúvida tuna visão incompleta (mas a única possível) do quadro total. Ignoramos, por exemplo, quantos autores ou supostos autores de homicídios foram julgados irresponsáveis antes do momento do julgamento e quantos se suicidaram em seguida ao crime. Verificou-se na Dinamarca que ao longo de 28 anos 41% dos homicidas suspeitos haviam posto termo à vida a seguir ao seu crime. Em Inglaterra e Gales a percentagem correspondente foi de 33% entre 1950 e 1959. Em contrapartida, uma investigação sobre o homicídio em Filadélfia encontrou uma associação de homicídios com suicídios que não

C¹) Pela mesma razão de assegurar a comparabilidade dos dados tivemos de excluir o roubo com homicídio, que só aparece discriminado nos anos de 1942, 1944 e 1948, entre 1950-1954, em 1956 e 1958, e de 1960 em diante. Limitar-nos-emos a dizer a seu respeito que os condenados por esse crime não ultrapassavam 1,9% e 2,8% do total dos condenados por homicídio, respectivamente entre 1950-1954 e entre 1960-1966.

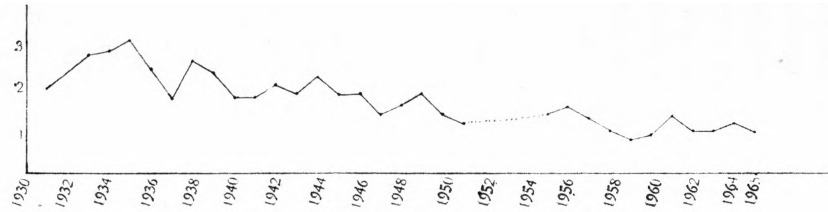
ultrapassava 4% do total ('). Ignoramos também o número de homicídios cujos autores não foram descobertos, ainda que o presumamos pequeno. Quer dizer: do fenómeno homicídio que nos propomos estudar temos uma visão mais jurídica do que propriamente sociológica.

O período que consideramos estende-se de 1903 a 1966, ressalvados uns poucos anos cujos dados não são conhecidos. Não houve durante ele alterações na definição legal do homicídio, embora a curva dos condenados possa mim ou noutro momento ter sofrido a influência da legislação processual. Em Dezembro de 1927 foi abolido o júri no julgamento dos crimes de homicídio. É impossível dizer com segurança se esta modificação processual será responsável por uma subida no número de condenados em 1928 e especialmente em 1929. Se, como então se disse, os jurados tendiam a ser indulgentes na qualificação dos homicídios, compreende-se que a sua substituição por juízes possa ter feito subir o número legal destes crimes, melhor dizendo, de indivíduos por eles condenados. Mas, como a subida se não mantém para lá de 1929, afigura-se mais provável uma outra explicação : aquele aumento do número de condenados terá pura e simplesmente resultado da aceleração dos processos conseguida com a supressão do júri. 1936 regista uma baixa não continuada na curva dos homicídios, que deverá talvez corresponder à fase de adaptação ao novo sistema de notação estatística introduzido pelo decreto-lei 26 030, de 9 de Novembro de 1935.

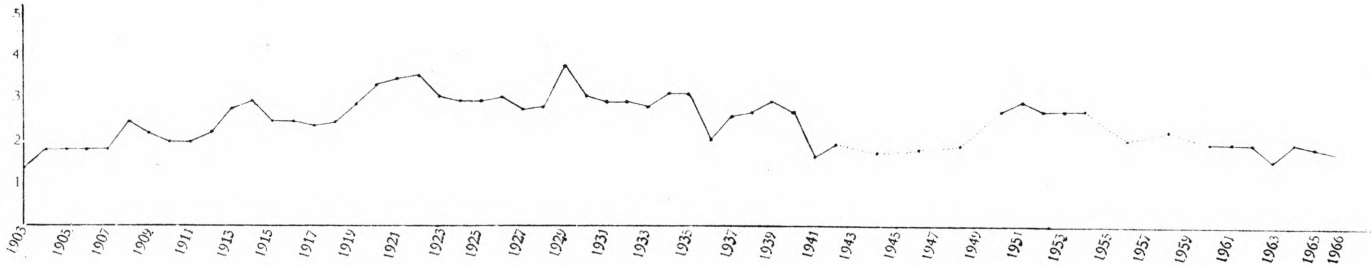
A partir de 1951 parece ser descendente a orientação geral da curva, tendência que se confirma observando o gráfico das mortes atribuídas a homicídio. Não era de esperar que as curvas coincidissem nos seus pormenores: uma parte do número de mortes por homicídio, a outra do número de condenados, ainda que por homicídios não consumados. Também no tempo cada uma toma um ponto de referência distinto. No entanto, em ambas se nota a mesma inflexão geral decrescente, a partir de 1956 num caso, a partir de 1951 no outro. Talvez que a esta tendencia descendente não seja estranha uma certa mudança na composição qualitativa da população entre 1950 e 1966. Pois, sendo o homicídio cometido predominantemente por homens entre os 20 e os 45 anos, não seria de estranhar que a diminuição desse contingente de idades se repercutisse sobre o número de homicídios. Ora entre 1950 e 1966 desceu um pouco a percentagem desse grupo de idades na população masculina, que de 37% passou para 34%.⁽ⁱ⁾

(i) Respectivamente, S. Siciliano, «Risultati Preliminari di un'Indagine sull'Omicidio in Danimarca», *Scuola Positiva*, 1961, pp. 718 e ss.; T. Morris e L. Blom-Cooper, *A Calendar of Murder*, 1964, p. 278; M. Wolfgang, *Patterns in Criminal Homicide*, 1958.

Taxas de mortes devidas a homicídios por 100.000 da população



Taxas dos Condenados por homicídio, Continente e Ilhas, por 100.000 população



A emigração deve absorver principalmente homens dentro destas idades. Por outro lado, o alongamento do serviço militar vem subtraindo à jurisdição dos tribunais comuns uma percentagem maior da população masculina.

Escreveu von Hentig que «a única explicação para o apaixonado interesse que a humanidade sente pelo homicídio reside no facto de que o matar e o ser morto ferem as suas fibras mais íntimas» (*). E na verdade, quando se contrapõe o homicídio voluntário a duas outras causas anti-sociais de morte — os crimes de viação e o suicídio — tem de reconhecer-se, numa perspectiva não emocional, que o primeiro ocupa um lugar relativamente modesto. Só a partir de 1964 conhecemos o número de mortes causadas por crimes de viação: perfizeram 714 no triénio de 1964 a 1966, crescendo 72% entre o primeiro e o último destes anos. No mesmo período registam as estatísticas 2 577 mortes por suicídio e 280 mortes por homicídio voluntário. As diferenças não serão tão espectaculares como as observadas em outros países, mas, ainda assim, ajudam a reduzir a proporções mais exactas o homicídio como problema social.

Falar do homicídio em Portugal suscita quase fatalmente esta pergunta: qual a sua incidência entre nós em confronto com outros países? São bem conhecidos os riscos implícitos nas comparações internacionais de crimes, riscos que resultam tanto da diferença de práticas processuais como da diferença de definições substantivas. Costuma considerar-se o número de crimes chegados ao conhecimento da polícia como o índice mais seguro da criminalidade real. Dele parte a estatística internacional publicada pela Organização Internacional da Polícia Criminal para determinar o volume da criminalidade em cada país, e a par desta estatística de infracções fornece também dados sobre autores, ou seja, sobre o número de pessoas detidas. São incluídos na rubrica do homicídio todos «os actos que tenham como objectivo atentar contra a vida humana, sob qualquer forma e em quaisquer circunstâncias, com exclusão do homicídio involuntário e do aborto, mas já não do infanticídio». Do volume correspondente a 1963-1964 indicam-se para alguns países europeus as taxas de autores de homicídios consumados ou tentados por 100 000 da população. Uma vez que Portugal não fornece indicações sobre o volume da criminalidade mas tão só sobre o número de autores não tem interesse citar aqueles dados a respeito de outros países.

O) *Estudios de Psicología Criminal*, II, trad, espanhola, 1960, p. 15.

Quadro I
AUTORES DE HOMICÍDIOS

	1963	1964
República Federal da Alemanha	2,3	2,55
Dinamarca	0,6	0,3
Espanha	0,61	0,48
Finlândia	1,75	1,86
França	3,24	2,55
Inglaterra e Gales		0,25
República da Irlanda	0,07	0,5
Itália	1,2	
Portugal	1,9	2,5
Suécia	0,3	0,3

Outra ideia aproximada do homicídio em diversos países obtém-se recorrendo às estatísticas das causas de morte. São estes os coeficientes em alguns países europeus, referidos também a 100 000 da população:

Quadro II
MORTES DEVIDAS A HOMICÍDIO E OPERAÇÕES DE GUERRA C¹)

	1960	1964
República Federal da Alemanha	1,0	1,2
Bélgica	0,7	0,6
Dinamarca	0,5	0,4
Finlândia	2,9	2,2
França	1,7	0,8
Inglaterra e Gales	0,6	0,6
República da Irlanda	0,2	0,6
Itália	1,5	0,9
Portugal (exclui operações de guerra)	1	1,2
Suiça	0,6	0,8

C) Os coeficientes para 1960 (excepto quanto a Portugal) são citados por D. West em *Murder Followed by Suicide*, 1965, p. 167; os relativos a 1964 foram obtido por informação particular do Centro de Informações das Nações Unidas em Londres. Ambos têm a mesma fonte, que são as *Estatísticas Epidemiológicas e Vitais* publicadas pela Organização Mundial de Saúde.

Os valores indicados para as duas séries, a que parte dos autores e a que parte das causas de morte, diferem por vezes mais do que seria de esperar. Compare-se por exemplo quanto a 1964 a taxa dos detidos por homicídio em França (onde a taxa de homicídios chegados ao conhecimento da polícia foi de 2,7, segundo a estatística da Interpol) com a taxa das mortes imputadas a homicídio.

Pelo que diz respeito a Portugal, se alguma conclusão estas informações fragmentárias permitem, parece ser a de que ocupa uma posição intermédia quanto à frequência do homicídio.

Dentro do estudo fenomenológico que nos propomos fazer do homicídio começaremos por precisar estatisticamente quem mata e quem é morto. Podemos dizer que o homicídio entre nós é uma forma de comportamento violento tipicamente masculina. Quer nos reportemos ao princípio do século, ao tempo presente ou a um período intermédio, verificamos que a participação masculina entre os condenados por homicídio (do qual continuamos a excluir o infanticídio) excede em muito a feminina. Entretanto a proporção em si tem vindo e diminuir: no quinquénio de 1903-1907 havia 23 homens condenados por cada mulher; entre 1931 e 1936 o cociente reduzira-se para 17, entre 1950 e 1954 para 14, e entre 1961 e 1966 era de 11. A condenação de uma mulher por homicídio representa uma probabilidade muito pequena, embora um pouco maior hoje do que no princípio do século. O número de mulheres condenadas, que entre 1903 e 1920 correspondeu a 1,51 por um milhão da população feminina, é de 2,90 entre 1940 e o presente. Apesar da pequena participação das mulheres no homicídio, existe uma sua forma específica, o envenenamento, que tem larga tradição na história da criminalidade feminina. Ainda não há muitos anos se afirmou numa obra sobre a criminalidade feminina que as mulheres que matam não só preferem o veneno a qualquer outro meio como utilizam o veneno mais vezes do que os homens ⁽¹⁾. Percorrendo a nossa estatística de condenados, observa-se que houve, com efeito, mais mulheres do que homens condenados por envenenamento desde o princípio do século até 1920, e entre 1920 e 1940. Neste último período a proporção em desfavor das mulheres quase atingiu o dobro. De 1940 para cá (mais exactamente, nos 18 anos sobre que existem dados) deixa de poder dizer-se que o envenenamento seja por excelência uma forma feminina de homicídio, uma vez que os dois sexos se equiparam praticamente em número de condenações.

Constituirá o homicídio uma forma de violência mais típica das idades

(1) Otto Pollak, *The Criminality of Women*, 1950, p. 16.

jovens ou das idades maduras? A distribuição percentual das idades dos condenados nos anos mais recentes sobre que existem informações, os de 1962, 1964 e 1966, revela-nos que predominam os condenados entre os 20-30 anos e entre os 30-40, os quais representam respectivamente 29% e 27% do total. Os grupos entre os 40-50 e os 50-60 contribuem com 19% e 13%, consideravelmente mais do que o grupo dos velhos com mais de 60 e o dos jovens com menos de 20 (6% e 5%, respectivamente). Tomando em conta a frequência destes grupos na população em geral, a participação mais alta continua a ser dada pelas idades entre os 20 e os 40, e a mais baixa pelos jovens com menos de 20 anos e pelos velhos com mais de 60. Se quisermos considerar apenas a população masculina — uma vez que as mulheres pouco participam no homicídio — temos de recuar um tanto na informação estatística. No quinquénio de 1950 a 1954 o agrupamento de idades era um pouco mais diferenciado do que o actual. Reportando-nos à frequência dos vários grupos de idades no censo de 1950, os valores encontrados confirmam que não são os muitos jovens os principais responsáveis pelo homicídio: os coeficientes mais elevados encontraram-se entre os 22-30 e os 30-40 anos; por ordem decrescente de participação seguiam-se os homens entre os 40-50, entre os 19-22, entre os 50-60, entre os 16-19 e com mais de 60 anos¹).

Não há crimes para cuja compreensão a pessoa da vítima tenha mais importância do que os crimes de violência. Um aspecto central da fenomenologia do homicídio seria portanto tipificar as relações que ligavam os homicidas às suas vítimas, de forma a averiguar, por exemplo, se entre nós o homicídio será predominantemente (tal como em Inglaterra) um conflito familiar em que os homens matam filhos, mulheres ou amantes, e as mulheres matam os filhos. Quando assim não fosse, restaria determinar quais os tipos mais frequentes de relações interpessoais entre os autores e as vítimas, e se porventura haverá diferenças significativas entre os sexos — por exemplo, se as mulheres homicidas escolhem mais vezes as suas vítimas dentro dos seus próprios círculos familiares. Mas nem todas estas perguntas podem ser respondidas com os elementos estatísticos que possuímos. Assim, embora saibamos que as crianças figuram poucas vezes entre as vítimas de homicídios (entre 1955 e 1965 só 7% das pessoas cuja causa de morte foi registada como homicídio tinham menos de 15 anos,

¹) Já no roubo com homicídio parece predominarem homens mais novos : a 46% de homens condenados por homicídio com menos de 31 anos corresponderam 65% no roubo com homicídio. Mas talvez o quinquénio de 1950-1954 seja uma série demasiado curta para nos assegurarmos da distribuição das idades num crime tão pouco frequente como o roubo com homicídio.

e entre 1938 e 1951 a proporção foi de 12%), já não podemos saber ao certo em quantos casos essas crianças foram vítimas de actos violentos cometidos pelos próprios pais. A julgar pela estatística dos condenados, é ocorrência invulgaríssima que um filho morra às mãos dos pais: houve apenas um caso entre as 254 vítimas por cujos homicídios alguém foi condenado em 1962, 1964 e 1966. Posto que a série seja curta, a raridade é flagrante. Pode todavia suspeitar-se de que a estatística dos condenados e das suas vítimas seja guia inseguro quanto a este ponto. Basta que os pais que **matam** os filhos, particularmente filhos crianças, tenham mais probabilidades de cometerem suicídio ou de serem considerados irresponsáveis para que a estatística dos condenados reduza a incidência destes casos. Entre as vítimas, os irmãos são pouco menos raros do que os pais ou os filhos; e os parentes no seu conjunto não prefazem mais do que 23% das **vítimas** dos condenados por homicídios consumados **0**). Todos estes valores se referem presumivelmente ao parentesco definido por estritos critérios legais, do qual ficarão excluídas outras relações não-institucionalizadas. Depois de averiguarmos que só uma minoria (ainda que não desprezível) das vítimas dos homicidas condenados pertencia ao seu círculo **familiar**, continua a ser para nós tuna incógnita o plano em que se situavam as relações entre autor e vítima nos restantes casos.

Tal como acontecera com os homicidas, as vítimas são predominantemente homens adultos. Se se é mulher entre os 15 e os 60 anos tem-se entre 3 e 4 vezes menos probabilidade de morrer por homicídio do que se se é homem da mesma idade. Só no grupo infantil (até ao 15 anos) e no grupo senil (a partir dos 60) as diferenças se esbatem e as probabilidades são sensivelmente idênticas. Para os homens, o período de maior risco situa-se entre os 25 e os 50 anos, em que se contam mais mortes por homicídio do que em todas as outras idades ⁽²⁾. Estatisticamente, o típico homicida português parece ser assim um homem não particularmente jovem que mata outro homem sensivelmente dentro da mesma classe de idade. Que tipos de laços ligavam esses homens ou que tipos de situações dinâmicas precipitaram o resultado final não temos elementos para dizer. No entanto,

(1) Continuamos a referir-nos aos anos de 1962, 1964 e 1966, os únicos sobre que temos informações a este respeito.

(2) Estes cálculos foram baseados nas informações estatísticas sobre as causas de morte entre 1955 e 1965. Em relação ao outro período de que temos informações, o de 1938 a 1951, verificou-se uma diferença interessante. Embora continuassem as mesmas as idades de maior perigo, a diferença entre os sexos em matéria de risco era então menos contrastada: em nenhum grupo de idade os homens foram vítimas de homicídio com uma frequência sequer dupla da das mulheres.

a impressão dominante que se recolhe de estudos estrangeiros sobre o homicídio é que na maior parte dos casos o crime ocorre no contexto de relações interpessoais duradouras e íntimas: «Tal como a atracção, a repulsa é alimentada pela familiaridade e pela estreiteza de contactos» (1).

Não parece demonstrado que o homicídio ocorra com mais frequência em comunidades anómicas do que em grupos socialmente bem integrados. A anomia é a situação que se produz quando parte dos membros de uma comunidade se aliena de certos padrões de valor aceites pela generalidade dos seus membros. Tratar-se-ia de uma forma de adaptação social característica de sociedades muito competitivas, que valorizam grandemente a ascensão social e a riqueza como símbolos de sucesso em relação a todos os seus membros, mas que ao mesmo tempo não repartem igualmente por todos eles as oportunidades que permitem atingir esses objectivos por meios lícitos. Entre os valores culturalmente prescritos (sucesso económico, ascensão social) e os meios institucionalizados para os alcançar estabelece-se assim uma situação de desarmonia. Perante ela, uma forma de adaptação social possível (embora não única) consiste em aceitar os símbolos culturais do sucesso, mas em rejeitar os canais considerados legítimos para os conseguir (2). Esta teoria sociológica parece uma hipótese capaz de explicar o facto aparentemente contraditório de que a pobreza possa estar menos associada com a criminalidade do que a riqueza. Comunidades pobres, com uma estratificação social rígida e poucas oportunidades de mobilidade vertical, mas onde a pobreza não seja considerada sinónimo de fracasso, podem produzir relativamente pouca criminalidade. Ora bem: por muito estimulante que seja a hipótese da anomia social como possível explicação de certas formas de criminalidade, não parece que os dados que se conhecem sobre o homicídio se ajustem com ela. Com efeito, se a frustração na corrida para o sucesso produzisse como resposta a criminalidade violenta, seria de esperar que os indivíduos com alta mobilidade social vertical cometessem homicídios com maior frequência do que os outros, o que não é o caso (3).

Dos elementos estatísticos que possuímos nenhum pode ser utilizado como índice directo do grau de integração ou de anomia social dos nossos homicidas. No entanto, pressupondo que os grandes centros túrbanos

0) Kaare Svalastoga, «Homicide and Social Contact in Denmark», *The American Journal of Sociology*, LXII (1956-1957), pp. 37-41.

(2) R. K. Merton, «Social Structure and Anomie», em *The Sociology of Crime and Delinquency*, 1962, pp. 236-243.

(3) Franco Ferracuti, «La Personalità deirOmicidà», *Quaderni di Criminologie Clinica*, 4, 1961, pp. 419-439.

tenham mais probabilidades de desenvolver características anómicas do que as comunidades rurais, poderíamos comparar a incidência do homicídio em Lisboa e nas zonas rurais, partindo da hipótese de que devesse haver **uma** diferença em favor destas, se o homicídio fosse efectivamente uma forma de crime imputável a estados de anomia social. Mas acontece que as estatísticas não nos deixam distinguir entre homicídios urbanos e rurais, embora nos permitam afirmar que Lisboa não apresenta taxas excessivas de homicídio quer em confronto com a média do país quer em confronto com a parte não urbana do seu distrito ⁽¹⁾. Como ao Porto, por seu lado, correspondem taxas de homicídio bastante baixas, é de presumir que o homicídio entre nós (tal como em Inglaterra e ao contrário dos Estados Unidos ⁽²⁾) não seja um crime predominantemente urbano.

Se são escassas as informações que permitam medir os homicídios urbanos e os rurais, não é impossível esboçar a sua distribuição regional, servindo-nos agora dos dados estatísticos relativos a condenados, que constituem a série mais longa. Os elementos descontínuos que possuímos forçaram-nos a constituir períodos irregulares, alguns mais curtos do que seria desejável: de 1908 a 1911, de 1912 a 1919, de 1931 a 1942 e 1950 a 1954. Tomou-se como ponto de referência o distrito do tribunal onde teve lugar o julgamento, que é determinado pelo lugar onde foi cometido o crime. Os **distritos** foram escolhidos como unidades regionais pela razão decisiva de que as informações estatísticas são publicadas com base neles. Outra razão mais substancial não existe porquanto as estatísticas distritais, referindo-se a unidades que são menos socio-geográficas e naturais do que **administrativas** e artificiais, podem dar uma imagem deformada da realidade ⁽³⁾.

C¹) Cálculos feitos em relação aos períodos de 1943-1951 e de 1955-1965, a partir dos dados estatísticos sobre o homicídio como causa de morte.

Outro facto que servirá talvez como índice negativo de anomia entre os homicidas é a verificação de que as profissões rurais (nas quais temos de incluir também as ligadas à pesca), parecem ser mais frequentes entre os condenados por homicídio do que entre a população masculina da mesma idade (cálculo paseado no censo de 1960 e nos dados estatísticos relativos a 1962, 1964 e 1966).

⁽²⁾ Refere o *Report of the Royal Commission on Capital Punishment* (1953) que o número de homicídios chegados ao conhecimento da polícia entre 1920-1938 não era significativamente maior nos centros urbanos do que nas áreas rurais, proporcionalmente à população. Nos Estados Unidos a distribuição era inversa, pelo menos no período entre 1918-1927 (H. C. BEARLY, *Homicide in the United States*, 1932, pp. 152 e ss.).

⁽³⁾ Cf. Amorim Gmko, *A Divisão Provincial do Novo Código Administrativo*, 1937, p. 14.

A população dos distritos só é conhecida nos anos em que se realizam os censos.

Para a análise da distribuição regional do homicídio a partir de 1930 calculou-se a popu-

Quadro III

NUMERO MÉDIO DE CONDENADOS POR HOMICÍDIO NOS DISTRITOS
DO CONTINENTE, POR 100 000 DA POPULAÇÃO

	1908- -11	1912- -19	1931- -42	1950- -54		1908- -11	1912- -19	1931- -42	1950- -54
Aveiro	1,17	1,36	1,69	2,39	Lisboa	2,59	4,33	2,68	2,42
Beja	3,59	4,51	3,39	2,95	Portaleg.	2,43	1,95	1,56	0,70
Braga	1 2,61	1,63	2,57	3,23	Porto	0,80	1,27	1,31	1,14
Bragança	3,90	3,45	5,35	7,37	Santar.	3,18	3,28	2,77	2,85
C. Bran.	2,15	2,41	2,52	2,33	Setúbal	-	-	4,36	6,54
Coimbra	0,88	0,91	1,65	1,59	V. Cast.	1,83	0,97	1,27	2,56
Évora	3,33	3,14	2,33	1,97	V. Real	4,17	6,11	8,11	4,77
Faro	0,54	1,40	0,51	1,65	Viseu	1,77	2,82	2,98	3,27
Guarda	4,95	2,79	4,99	3,66	Contin.	2,24	2,70	2,78	2,87
Leiria	2,40	4,13	3,15	5,31					

Nota : — O distrito de Setúbal só foi criado em 1927.

O desvio absoluto entre os coeficientes máximo e mínimo não sofreu grandes alterações ao longo destes anos: embora ligeiramente maior nos dois períodos mais próximos do que nos dois mais remotos, a variação mínima correspondeu a 4,15 e a máxima a 6,80. Como bem seria de prever, não existem entre nós oscilações comparáveis às dos Estados Unidos, onde em 1948, por exemplo, o estado de Vermont registava 0,8 mortes devidas a homicídio (por 100 000 da população) e o da Geòrgia 16,9. Um país com as pequenas dimensões e a relativa homogeneidade étnica e cultural de Portugal metropolitano pode bem dizer-se que é a perfeita antítese da vastidão e do pluralismo racial e normativo dos Estados Unidos.

lação de cada distrito nos anos intermédios, a partir dos censos decenais, interpolando uma função do tipo $y = ax^2 + bx + c$. Para os dois períodos anteriores partiu-se do censo de 1911 e do cálculo da população distrital publicado em alguns volumes do *Anuário Estatístico*.

Relativamente aos anos entre 1927 e 1930 já a distribuição regional do homicídio fora investigada (João Pinto da Costa Leite e Artur A. Fernandes de Castro, *Estudos do Instituto de Criminologia de Coimbra*, 1935): o conceito de homicídio difere do nosso só em excluir os envenenamentos, que bem pouco pesam no total.






Os gráficos seguintes ilustram a distribuição dos condenados por homicídio nos vários distritos do continente, ao longo dos quatro períodos que constituímos. Alguns distritos mantêm-se sempre ou quase sempre na classe mais baixa de condenados por homicídio. É o caso de Aveiro, Coimbra, Faro, Portalegre e Porto. Mas a maior parte dos outros varia de posição, normalmente entre categorias contíguas. A incidência máxima de condenados oscilou nestes períodos entre os distritos da Guarda, de Bragança e de Vila Real. Logo tem de acrescentar-se, porém, que entre 1912-1919 o distrito de Beja se colocou pouco abaixo do máximo e bem acima da média geral, e que no último período Setúbal e Leiria excederam em condenados por homicídio qualquer outro distrito do país, excepto o de Bragança. O estudo do Instituto de Criminologia de Coimbra a que se fez referência encontrou para os anos entre 1927-1930 os mais elevados coeficientes de condenações por homicídio em Vila Real, Bragança e Viseu. Aí se citam também os resultados do estudo de Alfredo Luís Lopes que cobriu os anos de 1891 a 1895 como confirmação da maior tendência para o homicídio em Trás-os-Montes e no norte da Beira. No entanto, entre o distrito de Bragança, que em 1891-1895 se situava em primeiro lugar, e os de Viseu, Vila Real e Guarda (respectivamente em quinto, sexto e sétimo) interpunham-se os de Lisboa, de Évora e de Beja (*).

É provável que alguns dos períodos que constituímos sejam demasiado pequenos para permitirem com segurança definir uma tendência. Em todo o caso, a distribuição regional dos condenados por homicídio sugere que exista uma maior concentração de homicídios nos distritos de Vila Real, de Bragança e da Guarda. Por outro lado, cremos que seria simplista associar o homicídio com as regiões montanhosas do interior: teríamos então de fechar os olhos às taxas consideráveis que Setúbal apresenta a partir de 1931 ou ao facto de que Leiria, outro distrito litoral, tenha tido nestes quatro períodos mais condenados do que Viseu.

Se nos interessasse conhecer as variações do suicídio em vez das do homicídio iríamos encontrar uma distribuição regional mais definida: não só as oscilações entre distritos com muitos e poucos suicídios são acentuadamente maiores (compare-se, por exemplo, os 3 por 100 000 habitantes ocorridos em Braga entre 1931-1939 com os 29 de Beja), como o país parece

C¹) O cálculo da distribuição regional foi baseado nos homicídios tanto voluntários como involuntários porque o autor considerou a distinção entre uns e outros demasiado dependente do subjectivismo do júri para ser digna de crédito.

Condenados por homicídio por distritos

ATÉ 2 =  2-4 =  4-6 =  6-8 =  MAIS DE 8 = 

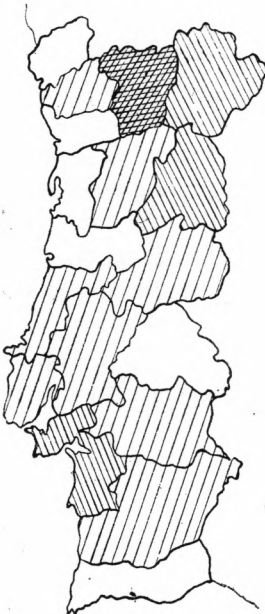
1908-1911



1912-1919



1931-1942



1950-1954



dividido em duas zonas, a do norte, onde o suicídio é relativamente raro, e a do sul, onde ele é relativamente frequente. A ligação entre as duas formas violentas de morte é menos arbitrária do que pode parecer à primeira vista. Com efeito, um dos temas recorrentes na literatura sobre o homicídio é o da sua relação com o suicídio. Sustentou Ferri que suicídio e homicídio eram antagónicos nas suas relações geográficas, raciais e temporais precisamente porque tinham uma fonte comum. Em anos, em regiões ou em grupos étnicos com muitos homicídios seria baixa a taxa de suicídios e vice-versa (1). Esta complementaridade do homicídio e do suicídio, negada por Tarde e Durkheim, encontra na verdade muitas excepções. Entre nós, por exemplo, quando entre 1931 e 1936 as mortes por homicídio registam um movimento ascendente, as mortes por suicídio não descrecem, como seria de esperar: aumentam até 1934 e descem de 1934 a 1937, quando precisamente deviam subir segundo a previsão da teoria da complementaridade. Por outro lado, se é facto ser o suicídio comparativamente raro na zonas montanhosas do interior (como aliás nos distritos do litoral norte) e ser o distrito de Faro uma área de homicídio raro e de suicídio frequente, também existem distritos com baixos coeficientes quer de homicídios quer de suicídios.

Não obstante as muitas excepções que se têm apontado à hipótese do antagonismo entre o suicídio e o homicídio, existem também factos que parecem apoiá-la. De uma tábua que relaciona as taxas de homicídio e de suicídio em 36 países entre 1951 e 1956 ressalta uma associação significativa entre elevados coeficientes de homicídio (3,5 ou mais por 100 000 habitantes) e baixos coeficientes de suicídio (5 ou menos), e vice-versa (2). Outra verificação parece também de acordo com a hipótese da complementaridade do homicídio e do suicídio: naqueles países onde sejam fortes as barreiras culturais contra a violência e conseqüentemente raros os homicídios, seria de prever que uma proporção considerável de homicidas se suicidasse em seguida ao crime. E os factos concordam com a predição quando se compara a frequência do homicídio-suicídio em Inglaterra (ou na Dinamarca) com a sua raridade nos Estados Unidos, onde as inibições culturais contra a violência são menores, especialmente entre as comunidades de cor(3).

Segundo o sociólogo norte-americano Martin Gold, a variável que condiciona a escolha entre a agressão auto- e hereto-dirigida em situações

(1) *L'Omicida nella Psicologia e nella Psicopatologia Criminale*, 1925, pp. 719-729.

(2) D. West, *ob. cit.*, pp. 132-33 e 167.

(3) D. West, *ob. cit.*, pp. 141-142.

extremas de crise seria o processo de socialização das crianças, particularmente das suas manifestações agressivas. As crianças punidas por processos físicos tendem a exprimir a agressão mais directamente do que as punidas por processos psicológicos. Por sua vez, os processos de socialização variam com as estruturas sociais : as crianças das classes baixas são mais vezes punidas fisicamente do que as das classes médias, as crianças de cor mais vezes do que as brancas, e as raparigas menos vezes do que os rapazes, qualquer que seja a classe (1). Por conseguinte, de acordo com as previsões da teoria, em situações extremas de crise, as mulheres, as pessoas de raça branca e os habitantes das cidades (mais representativos das profissões burocráticas da classe média) deverão optar preferentemente por uma reacção suicida, ao contrário dos homens, das pessoas de cor e dos habitantes da aldeia. Os factos confirmaram estas previsões (2).

A influência dos processos de socialização na transmissão de padrões culturais de violência é também aceite pela teoria que explica o homicídio, ou melhor, a concentração excessiva do homicídio em grupos sociais relativamente homogéneos, como produto de uma subcultura da violência. No seu estudo-padrão sobre o homicídio em Filadélfia verificara Wolfgang que o homicídio era cometido predominantemente por homens não-brancos entre os 20 e os 24 anos (aos quais cabia um coeficiente de 92 por 100 000 contra os 3,4 que correspondiam aos homens brancos da mesma idade), e que cerca de 2/3 dos autores e metade das vítimas tinham detenções anteriores, das quais as agressões graves constituíam uma parcela substancial. Esta distribuição diferencial do homicídio atribuiu-a Wolfgang a padrões e a expectativas sociais condicionados pelo sexo, pela raça e pela classe social, ideia mais tarde ampliada na teoria da subcultura da violência.

Põe esta teoria a hipótese de que ao lado do sistema normativo dominante, com a sua atitude de classe média condenatória da violência nas relações interpessoais, possam existir sistemas de valores desviantes em que a prontidão em recorrer à força física em certas circunstâncias seja tolerada ou até encorajada como prova de masculinidade. Não se afirma que qualquer sistema normativo subcultural legitime a violência como forma normal de expressão, já que isso tornaria impossível o funcionamento

C¹) O controle da agressão pode estar associado também a ideologias de classe. Assim, nas profissões da classe média, caracterizadas por maior interdependência, a agressão será mais disfuncional, e portanto será mais vital para os membros dessa classe aprender a controlá-la.

(2) «Suicide, Homicide and the Socialization of Agression», *The American Journal of Sociology*, LXIII, 1958, pp. 651-661.

das relações dentro do grupo. A diferença é mais quantitativa do que qualitativa. Pode exprimir-se, por exemplo, no porte generalizado de armas como símbolo da disposição para participar em comportamentos violentos ou na frequência dos conflitos domésticos, ou na maior tolerância pelos castigos físicos como forma normal de socialização das crianças. Nem se afirma que todos os homicídios sejam explicáveis por determinantes subculturais. Mas, a ser exacta a teoria, dever-se-á esperar que os homicidas das classes médias apresentem anomalias da personalidade mais profundas do que os homicidas pertencentes à subcultura da violência, os quais estarão mais próximos dos indivíduos não criminosos pertencentes à mesma subcultura (x).

A teoria da subcultura da violência será uma hipótese capaz de explicar a concentração excessiva das taxas de homicídio em algumas regiões do país? Como bem observam Ferracuti e Wolfgang, a limitação dos estudos ecológicos está em que, sendo embora úteis para revelar a fenomenologia da agressividade, nada nos dizem sobre sistemas normativos em si. Haverá porventura em Trás-os-Montes comunidades rurais localizadas que se caracterizem pela tolerância tradicional da violência física, e onde seja socialmente aceite que os homens tragam consigo navalhas ou outro tipo de armas? Para que se possa falar numa subcultura da violência é necessário mostrar que a violência é encarada numa região ou num grupo social como resposta mais normal a estímulos exteriores do que noutras regiões ou noutros grupos sociais — o que requer a utilização de testes projectivos ou a observação da forma por que se desenvolvem as relações interpessoais numa e noutras áreas, e num e noutros grupos. Viria a propósito averiguar se naqueles distritos com maior concentração de homicídios aparece também maior número de condenados com uma história criminal de violência. Embora saibamos que entre nós o homicida condenado é na maior parte dos casos um primário (2), não é de excluir que exista um número significativamente maior de não-primários com um passado de violência naquelas áreas onde o homicídio é mais frequente — o que estaria de acordo com a

(1) F. Ferracuti e M. Wolfgang, «La Predizione del Comportamento Violento», *Quaderni di Criminologia Clinica*, 1964, 1, pp. 19-31 e «II Comportamento Aggressivo Violento come Fenomeno Socio-Psicologico», *Jus*, 1964, pp. 565-575. Está em curso em Porto Rico uma investigação empírica dirigida pelos autores, que se propõe verificar se uma série de predições derivadas da hipótese da subcultura da violência são confirmadas pelos factos.

(2) Entre 1950-1954 apenas 17% dos condenados por homicídio tinham condenações anteriores por crimes contra as pessoas (nem todos eles necessariamente crimes de violência).

hipótese da subcultura da violência. Também de acordo com a mesma hipótese — embora não valha de forma nenhuma como prova — está a verificação de que o homicídio parece ser mais frequente no grupo social colocado no extremo inferior da escala social¹).

Para terminar, faremos referência a um último aspecto da fenomenologia do homicídio, que é o do seu ritmo anual. Outros existiriam ainda dignos de serem estudados : nomeadamente, poderia relacionar-se o processo de matar com os sexos e as classes sociais dos autores ou com as regiões do país, ou poderia averiguar-se em que lugares e dias da semana os homicídios ocorrem com mais frequência. Mas sobre estes aspectos não temos elementos. Pelo que toca às variações mensais do homicídio, tomando como período-teste 1950-1954, que constitui a mais longa série contínua de informações, e corrigindo-se a distribuição mensal para 31 dias, observámos que os meses de inverno registavam o menor número médio de homicídios e os de verão o maior, e que o número relativo aos meses de outono excedia o relativo aos da primavera. No entanto, a diferença entre as estações não se mostrou significativa no limiar de significância de 5%, que constitui o grau de exigência normalmente aceite quando se relacionam variáveis ⁽²⁾. Quer dizer, não pode excluir-se com um razoável grau de probabilidade que uma distribuição como a observada seja devida ao acaso, e não a factores sistemáticos de variação. ^{*(*)}

C¹) Utilizando o analfabetismo como índice aproximado do mais baixo estatuto económico-social, verificámos que a proporção de analfabetos entre os homens condenados por homicídio excede consideravelmente a sua frequência na população masculina em geral.

(*) $\chi^2 = 4,28$. $P > 0,05$.

(Página deixada propositadamente em branco)

ESTUDO SOBRE ALGUNS ASPECTOS SOCIO-CRIMINOLÓGICOS DE UM GRUPO DE HOMICIDAS

Mário Artur da Silva Maldonado

O GRUPO SELECCIONADO

Escolhemos 187 casos de homicídio praticados por indivíduos que foram observados no Instituto de Criminologia de Coimbra, quando deram entrada na Cadeia Penitenciária de Coimbra para cumprirem pena de prisão maior, entre 1935 e 1949, e que foram libertados, condicional ou definitivamente, entre os anos de 1942 e 1966.

A última condenação, ao tempo do internamento na Cadeia Penitenciária, dizia respeito, em relação à grande maioria deles — 152 — à prática do crime de *homicídio voluntário simples* 5, à *de* ; 1, à *de homicídio voluntário agravado pela qualidade das pessoas* (parricídio); 2, à *de duplo homicídio voluntário*; os restantes 27 foram condenados pelo *crime de homicídio voluntário*, em acumulação com outros crimes, assim distribuídos:

- homicídio voluntário e roubo — 10;
- homicídio voluntário e ofensas corporais — 9;
- homicídio voluntário e homicídio frustrado — 2;
- homicídio voluntário e ameaças — 1 ;
- homicídio voluntário e uso de nome suposto — 1 ;
- homicídio voluntário e furto — 1 ;
- homicídio voluntário e dano — 2;
- homicídio voluntário, furto e dano — 1.

O acórdão condenatorio declarou *delinquentes por tendência* 9 destes reclusos e *delinquente habitual* 1.

FONTES DE INFORMAÇÃO

Recorremos aos registos existentes no Instituto de Criminologia de Coimbra, elaborados aquando da entrada dos reclusos na Cadeia Penitenciária. Nesse momento, foram obtidas informações através do processo judicial escrito que foi requisitado ao tribunal da comarca onde de efectuou o julgamento.

Quanto à averiguação do comportamento criminal post-prisional destes homens, socorremo-nos de informações fornecidas pela Secção Central de Registo Criminal e Policial e pelas Secretarias judiciais comarcãs detentoras dos registos criminais dos naturais das respectivas áreas.

PONTOS EM QUE INCIDIU O ESTUDO

1) *Antecedentes criminais*

Dos 187 reclusos estudados, 142 nunca tinham tido, antes da prisão, qualquer condenação ou pronúncia.

Dos restantes 45, 2 já tinham sido julgados e *absolvidos* pelo crime de ofensas corporais voluntárias; 5 tinham sido *condenados* em multa, por simples transgressões; 1 tinha sido *condenado* por ofensas corporais involuntárias; **2 tinham** já sido *condenados* por crime de abuso de confiança; **7 tinham** já sido *condenados* tuna vez por crime de furto e **5** tinham sido *condenados* duas vezes por crimes de furto; 1 tinha sido anteriormente *condenado* por crime de estupro; 1 condenado por ofensas à moral pública;

1 condenado por crime de desobediência; 4 apresentavam no seu passado criminal uma condenação por crime de furto e uma condenação por cimre de *ofensas corporais voluntárias*, 10 tinham sido condenados *uma vez* e exclusivamente por *ofensas corporais voluntárias*; 3 tinham sido condenados anteriormente *duas vezes* e apenas pelo crime de *ofensas corporais voluntárias*; **2 já tinham** sido condenados anteriormente por *três vezes* e apenas pelo crime de *ofensas corporais voluntárias* e 1 apresentava no seu «curriculum» **criminal** uma condenação por *homicídio frustrado*.

Do grupo de reclusos observados, 149 eram, pois, delinquentes primários (79,7%), 22 revelaram no seu curriculum criminal um comportamento criminal politropo (11,7%) e 16 apresentavam no seu passado criminal

uma criminalidade homótopa de violência contra as pessoas (cerca de 8,5%).

Do grupo destes 16 delinquentes recidivistas por crimes de violência aontra as pessoas havia 5 (incluídos no grupo dos 10 que tinham sido condenados uma vez e somente pelo crime de ofensas corporais voluntárias) nm que o crime de ofensas corporais voluntárias em que tinham sido anteriormente condenados apresentava, a avaliar pelas condenações impostas (nunca prisão efectiva: prisão entre 7 e 20 dias, substituível por multa), pouca gravidade.

Anote-se desde já que, dos nove reclusos que foram delcarados delinquentes por tendência, apenas 2 deles tinham precedentes criminais por crimes de ofensas corporais voluntárias.

2) *Tempo decorrido entre a prática do crime de homicídio e a captura*

O intervalo de tempo passado entre a prática do crime e a prisão do respectivo autor não ultrapassou, para 115 deles, 24 horas; 36 foram presos entre 2 e 7 dias após a prática do crime; 10 foram detidos com um intervalo superior a 1 mês; 18 foram capturados dentro do prazo de um ano; finalmente, 8 deles só foram capturados após um período que decorreu entre 1 ano e meio e 14 anos.

3) *Penas em que foram condenados*

A pena em que estes 187 reclusos foram condenados variaram entre 4 anos de prisão maior e 10 anos de prisão maior celular, seguida de 20 anos de degredo.

Todavia, apenas 17 foram condenados em pena de prisão maior até 10 anos (cerca de 9%); os restantes 170 (90,9%) foram condenados a penas maiores privativas da liberdade superiores a 10 anos; o tempo médio de prisão a que estes 170 reclusos foram condenados foi de 14 *anos e meio* (1).

W As penas aplicadas a estes reclusos foram exclusivamente penas maiores: de prisão maior celular, de prisão maior celular seguida de degredo e de prisão maior.

Nenhum dos reclusos cumpriu a pena de degredo (pena maior não celular), pois que, desde 28 de Maio de 1936, a Reforma dos Serviços Prisionais tinha substituído em Portugal a execução de pena de degredo pela de prisão maior celular, reduzindo a duração

4) *Tempo de cumprimento efectivo das penas de prisão*

Deste grupo, 76 reclusos cumpriram integralmente o tempo de prisão a que foram condenados (40,6%). Os restantes 111 (59,3%) foram libertados condicionalmente antes do termo da prisão; para estes reclusos libertados condicionalmente o tempo médio de prisão que lhes faltava cumprir era de 2 anos e 4 meses.

5) *Naturalidade, residência dos reclusos ao tempo da prática do crime e local da prática do crime.*

Os reclusos eram oriundos de vários distritos do continente e apenas um nascera no Brasil, filho de pais portugueses, mas radicado, desde pequeno, em Portugal.

Notou-se a predominância de naturais dos distritos do centro e do norte do país que corresponde, aliás, a uma selecção dos reclusos internados na Penitenciária de Coimbra, por proximidade geográfica com essas zonas.

Provinham os reclusos examinados de zonas predominantemente rurais do país e, em esmagadora maioria, de pequenos agregados populacionais dessa zona — lugares, aldeias, vilas ou pequenas cidades. Além do recluso que nascera no Brasil e se radicou na cidade de Coimbra, apenas 3 reclusos **tinham** nascido e vivido habitualmente nas cidades de Lisboa e Porto.

Em relação aos 183 reclusos provenientes de zonas rurais de pequenos agregados populacionais — lugares, aldeias, vilas e pequenas cidades — 137 deles (73,2%) residiam, antes de serem presos pela prática do crime de homicídio, no mesmo lugar e freguesia em que tinham nascido; 24 (12,8% do total) residiam em lugares ou aldeias diferentes das da sua naturalidade, mas situadas dentro do mesmo concelho; apenas 22 reclusos (11,7% do total) residiam em aldeias, vilas ou pequenas cidades fora do distrito da sua naturalidade.

daquela de um terço, exceptuadas as penas de degredo aplicadas a criminosos de difícil correcção, que não beneficiavam daquela redução.

Depois da Reforma dos Serviços Prisionais applicava-se nos tribunais o degredo, mas, *na prática, na execução*, não se applicava, até que o decreto lei n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954, suprimiu as penas de degredo.

Este mesmo Decreto Lei extinguiu ainda a distincção anteriormente existente entre penas maiores celulares e não celulares, passando a haver apenas dois tipos de pena maior. *prisão maior* e suspensão dos direitos políticos por 15 ou 20 anos.

Quanto ao local da prática do crime de homicídio, 133 reclusos (71, 1%) praticaram o crime no mesmo local da sua naturalidade e residência — naturalidade, residência e local da prática do crime coincidiam, portanto; 30 (16%) praticaram o crime no local da sua residência; 5 (2,6%), no local da sua naturalidade; 9 (4,8%), em locais diferentes dos da sua naturalidade ou residência mas dentro do mesmo concelho; 4 (2,1%), em locais de concelhos diferentes do da sua naturalidade ou residência e 6 (3,2%) em locais de distritos diferentes do da sua naturalidade ou residência.

Os reclusos que praticaram o crime fora dos locais da sua residência ou naturalidade eram, pois, em número de 19 (cerca de 10,1% do número total dos homens observados) (*).

6) *Idade dos reclusos à data da prática do crime*

Este foi o quadro dos grupos de idades dos 187 reclusos à data da prática do crime:

Idades	1 N.º de reclusos	Percentagens
de 16 a 18 anos	4	2, 1 %
de 19 a 21 anos	26	13,9%
de 22 a 30 anos	80	42,7%
de 31 a 40 anos	49	26,2%
de 41 a 50 anos	17	9 %
de 51 a 60 anos	10	5,3%
mais de 60 anos	1	0,5%

7) *Profissões*

As profissões exercidas pelos homens deste grupo, antes de serem presos, eram predominantemente agrícolas: 115 deles (61,4%) exerciam actividades agrícolas — jornaleiros, pequenos proprietários, agricultores,

(* Os locais da prática do crime de 183 destes homicídios foram lugares, aldeias, vilas e pequenas cidades.

lavradores, criados de lavoura e pastores; as profissões relacionadas com actividades artesanais — carpinteiros, sapateiros, serralheiros, barbeiros, ferradores, alfaiates, etc., estavam representadas em número de 30 (16%); em actividades não agrícolas exercidas por conta de outrem — operários fabris, magarefes, empregados do comércio, pedreiros, serradores, motoristas, etc. — estavam empregados 28 (14,9%); exercendo actividades não agrícolas por conta própria estavam 8 (4,2%) — negociantes e vendedores ambulantes; estavam 5 (2,1%) empregados por conta do Estado — dois funcionários públicos e 3 ferroviários; havia apenas 1 (0,5%) destes indivíduos sem profissão, que era pedinte.

Acresce que 117 destes homens, até terem sido presos, exerceram sempre a profissão em cuja aprendizagem se iniciaram.

8) *Estado civil*

No momento da prática do crime de homicídio os reclusos observados eram, quanto ao estado civil:

	N.º de reclusos	Porcentagens
casados.....	98	52,4%
solteiros.....	83	44,3%
viúvos.....	5	2,6%
divorciados.....	1	0,5%

9) *O homicídio*

a) *Tipos de situações que o desencadearam*

A grande maioria dos crimes de homicídio analisados tinha tido na sua origem nma situação de conflito, podendo classificar-se 168 desses casos (89,9%) como de *homicídios por conflito*.

Os restantes 19 (10,1%) integravam-se na categoria de *homicídios por lucro*.

Os 168 casos de homicídio por conflito podiam distribuir-se pelos seguintes tipos, em função das relações existentes entre a vítima e o autor e o modo como se processou o ataque:

1) Conflitos com pessoas íntimas	}	entre pessoas da mesma família	37
		entre vizinhos	19
		entre companheiros de trabalho	9
		com a amante	5
2) Conflitos com pessoas conhecidas	}	ataques em tabernas, à saída de tabernas, cafés ou lugares de diversão	20
		ataque a particular que interveio para prender o autor	1
		disputas na rua e caminhos públicos	39
		ataques em rixas generalizadas, entre conterrâneos	9
		ataques no domicílio da vítima	4
		ataques no campo	3
		ataque na prisão	1
3) Conflitos com pessoas desconhecidas	}	ataques em tabernas	1
		disputas na rua	1
		ataques em rixas generalizadas	3
4) Conflitos com pessoas de que se ignoram as relações com o autor	}	ataques em tabernas	4
		disputas na rua e caminhos	6
		ataques em rixas generalizadas	3
		ataques em feiras	2

Os 19 casos de homicídio por lucro distribuem-se nos seguintes tipos, em função dos motivos do crime:

Homicídio para roubar a vítima.....	10
Homicídio para furtar.....	2
Homicídio para o autor entrar na posse de heranças	3
Homicídio do doador para evitar a revogação de uma doação feita a favor do autor.....	1
Homicídio por promessa de dádiva do instigador .	3

b) As relações existentes entre as vítimas e os autores

Não se pôde apurar, com precisão, as relações existentes entre a vítima e o autor do homicídio em 15 dos 187 casos observados.

Relativamente aos 172 homicídios restantes, as vítimas, em relação aos autores, eram:

Pessoas de família.....	37
Conterrâneos e conhecidos.....	57
Vizinhos	21
Companheiros de trabalho.....	11
Amigos íntimos	7
Amantes.....	6
Amantes de familiares dos autores.....	2
Familiares de amantes dos autores.....	1
Amantes do cônjuge dos autores.....	2
Cônjuge das amantes dos autores.....	2
Namoradas	1
Familiares das namoradas.....	3
Rivais de namoro	6
Patrões e superiores hierárquicos.....	3
Empregados por conta dos autores.....	1
Companheiro de prisão ^	1
Parceiro homossexual.....	1
Desconhecidos.....	10

Em todos os 187 casos de homicídio, apenas em 3 as vítimas eram crianças (de 2, 3 e 4 anos de idade) e 16 das vítimas eram mulheres:

Esposas.....	3
Familiares.....	3
Amantes.....	6
Namorada.....	1
Outras.....	3

c) Intoxicações y pelo álcool, no momento da prática do crime

O índice escolhido para revelar a existência de intoxicações alcoólicas, ao tempo da acção foi exclusivamente o de a sentença condenatoria inserir, como atenuante, a embriaguês.

Os casos de embriaguês encontravam-se todos no grupo da «embriaguês incompleta e imprevista, procurada sem propósito criminoso» (art. 39.º, 21.ª do Código Penal).

Ora, em relação aos homicídios estudados, a sentença condenatoria levou em conta esses estados de embriaguês aguda em 30 *casos*.

Apenas se encontraram situações de embriaguês entre os 168 casos de homicídio *por conflito*; por consequência, a embriaguês teve interferência no desencadeamento de cerca de 17,7 % destes homicídios por conflito.

Estes homicídios por conflito em que o autor estava embriagado ao tempo da acção ocorreram:

Em tabernas.....	11
Em rixas generalizadas, na rua.....	7
Em ataques, na rua.....	5
Em conflitos domésticos.....	4
Nos locais de trabalho.....	2
Numa feira.....	1

Entre os 19 casos de homicídio *por lucro* não se registou nenhuma situação de embriaguês aguda ao tempo da sua prática.

1) Comportamento *criminal*, após a libertação

Para determinar o comportamento criminal deste grupo de homicidas, após a sua libertação, eliminámos, por ser pouco significativa neles a ausência de criminalidade post-prisional, 15 dos condenados.

Efectivamente, 7 deles foram libertados quando já contavam 65 ou mais anos de idade; 7 encontravam-se em liberdade há menos de 2 anos; e em relação a 1 apurou-se que viveu apenas um ano em liberdade, pois que faleceu entretanto. Como é óbvio, pouco ou nenhum significado poderia extrair-se da ausência de pronúncias ou condenações que todos estes 15 homens apresentavam durante o tempo decorrido após a libertação.

A indagação acerca da criminalidade post-prisional deste grupo de criminosos por homicídio circunscreve-se, pois, a 172 deles.

Dos 172 reclusos libertados, 153 saíram da prisão entre os anos de 1941 e 1962; era de 9 o número de reclusos libertados no decurso do ano de 1963, de 6 o de libertados no ano de 1964 e de 4 o de libertados no ano de 1965, mas que já viveram em liberdade 2 anos completos.

Quanto às idades atingidas por estes 172 reclusos ao tempo em que terminou o seu internamento, elas distribuíam-se pelos seguintes grupos:

Com menos de 30 anos de idade à data da libertação . .	8
Com idade compreendida entre 30 e 39 anos.....	56
» » » » 40 e 49 anos.....	66
* * » » 50 e 59 anos.....	34
* » » » 60 e 64 anos	8

Não pudemos obter elementos seguros sobre o tempo preciso em que cada um destes 172 reclusos libertados viveu em liberdade. Mas, da conjugação das datas de libertação de cada um deles e das idades atingidas nessas datas, obtivemos elementos bastantes para ficar com a expectativa de contar, em relação a todos eles, com um período de vida em liberdade necessariamente bastante superior a 2 anos, que foi o limite mínimo por nós considerado, limite mínimo que só se verificou apenas em relação a 4 desses reclusos.

Quanto ao comportamento criminal destes 172 reclusos, depois de libertados, avaliado pelas pronúncias ou condenações averbadas nos seus registos criminais até Agosto de 1967, obtiveram-se as seguintes informações:

141 — não foram pronunciados nem condenados por qualquer infracção.

6 — foram julgados e absolvidos	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td style="vertical-align: middle;">1 vez</td> <td style="vertical-align: middle;"> { <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por estupro e instigação de aborto</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por ofensas corporaris voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por uso de armas proibidas . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por introdução em casa alheia e ofensas corporais voluntárias . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table> </td> </tr> <tr> <td style="vertical-align: middle;">2 vezes</td> <td style="vertical-align: middle;"> { <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por furto; por ofensas corporais voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por furto</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table> </td> </tr> </table>	1 vez	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por estupro e instigação de aborto</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por ofensas corporaris voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por uso de armas proibidas . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por introdução em casa alheia e ofensas corporais voluntárias . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table>	por estupro e instigação de aborto	1	por ofensas corporaris voluntárias	1	por uso de armas proibidas . . .	1	por introdução em casa alheia e ofensas corporais voluntárias . .	1	2 vezes	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por furto; por ofensas corporais voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por furto</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table>	por furto; por ofensas corporais voluntárias	1	por furto	1
1 vez	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por estupro e instigação de aborto</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por ofensas corporaris voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por uso de armas proibidas . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por introdução em casa alheia e ofensas corporais voluntárias . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table>	por estupro e instigação de aborto	1	por ofensas corporaris voluntárias	1	por uso de armas proibidas . . .	1	por introdução em casa alheia e ofensas corporais voluntárias . .	1								
por estupro e instigação de aborto	1																
por ofensas corporaris voluntárias	1																
por uso de armas proibidas . . .	1																
por introdução em casa alheia e ofensas corporais voluntárias . .	1																
2 vezes	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por furto; por ofensas corporais voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por furto</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table>	por furto; por ofensas corporais voluntárias	1	por furto	1												
por furto; por ofensas corporais voluntárias	1																
por furto	1																

6 — foram condenados por transgressões ou contravenções	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por venda de géneros alimentícios deteriorados</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por transporte de produtos sem guia . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por infracção ao Código da Estrada . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por falta de licença de cães</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por embriaguês em lugar público</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por infracção de postura municipal . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table>	por venda de géneros alimentícios deteriorados	1	por transporte de produtos sem guia . . .	1	por infracção ao Código da Estrada . . .	1	por falta de licença de cães	1	por embriaguês em lugar público	1	por infracção de postura municipal . . .	1
por venda de géneros alimentícios deteriorados	1												
por transporte de produtos sem guia . . .	1												
por infracção ao Código da Estrada . . .	1												
por falta de licença de cães	1												
por embriaguês em lugar público	1												
por infracção de postura municipal . . .	1												

3 — foram acusados pela prática de crimes, sendo posteriormente declarados extintos a responsabilidade ou o procedimento criminais, antes do julgamento.	{ <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td>por difamação e injúria à autoridade . . .</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por ofensas corporais involuntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>por ofensas corporais voluntárias</td> <td style="text-align: right;">1</td> </tr> </table>	por difamação e injúria à autoridade . . .	1	por ofensas corporais involuntárias	1	por ofensas corporais voluntárias	1
por difamação e injúria à autoridade . . .	1						
por ofensas corporais involuntárias	1						
por ofensas corporais voluntárias	1						

1 —foi condenado pela prática do crime de ofensas corporais involuntárias.

7 — foram condenados por crimes contra o património ou contra a ordem e tranquilidade públicas.	1 vez	por especulação	1
		por encobrimento de furto	1
		por falsas declarações	1
		por furto	1
		por injúrias à autoridade	1
	2 vezes	por furto	1
		por abuso de confiança e falsificação; defraudação e falsas declarações; defraudação; defraudação; defraudação; falsificação	1

5 — foram condenados uma vez pela prática do crime de ofensas corporais voluntárias.

2 — foram condenados pelo crime de ofensas corporais voluntárias e por outros crimes	{	ofensas corporais voluntárias e ameaças	1
		ofensas corporais voluntárias, ultrage à moral e injúrias	1

1 —foi condenado por homicídio frustrado e já tñha sido anteriormente julgado e absolvido pelo crime de ofensas corporais voluntárias.

Verifica-se assim que, do grupo de 172 reclusos libertados, 141 (cerca de 82%) não foram pronunciados nem condenados por qualquer infracção; 16 (9,3%), quer pelo resultado do julgamento quer pela natureza das infracções ou ainda por terem beneficiado da extinção da responsabilidade ou do procedimento criminais antes do julgamento, não mostraram, *formalmente*, no período em que viveram em liberdade, comportamento **criminal** digno de menção; 7 (4%) tiveram comportamento criminal diverso, mas de natureza não violenta; finalmente, 8 (5,4%), apresentando durante esse período, pelo menos, tuna condenação por crime violento contra as pessoas, mantiveram-se na traça do comportamento pelo qual já tinham sido condenados pela última vez.

Mereceu atenção especial a relação entre estes 8 últimos delinquentes, recidivistas por crimes violentos contra as pessoas, com aqueles outros 11 homicidas que, pelas condenações anteriores à prática do homicídio, tinham mostrado uma inha de conduta criminal de violência contra as pessoas.

Ora nenhum destes 8 homicidas recidivistas por crimes violentos contra as pessoas, após a saída da prisão, concidia com qualquer dos outros 11 homicidas referidos.

ALGUMAS CONCLUSÕES

1.^a

As representações, no grupo estudado, de 79,7% de delinquentes primários e de 8,5% de recidivistas por crime violento contra as pessoas indicam estarmos em presença de uma amostra de homicidas que reflecte, sem deformação sensível, a panorâmica que as estatísticas judiciárias mostram sobre os condenados por homicídio, segundo as condenações anteriores sofridas. Efectivamente, as estatísticas judiciárias portuguesas dos anos de 1948, 1950 e 1951, que são as primeiras publicações estatísticas elucidativas neste aspecto e as mais próximas dos anos em que os homicidas do grupo estudado foram condenados, apresentam percentagens de delinquentes primários, entre os homens que foram condenados por homicídio voluntário, homicídio agravado e envenenamento, que oscilam entre 73 e 82%. Para o mesmo período não há dados estatísticos sobre os condenados por aqueles tipos de crimes que tinham condenações anteriores por crimes violentos contra as pessoas; há-os apenas sobre condenados que **tinham** tido condenações anteriores por crimes contra as pessoas, de qualquer tipo, o que abrange uma categoria mais lata (violentos e não violentos); ora as percentagens, nesses anos, de condenados desta última categoria, variam entre 9 e 12%, o que nos faz supor que os 16 delinquentes da nossa amostra, condenados anteriormente por crimes violentos contra as pessoas, não mostram uma percentagem de recidivismo maior do que o representado nas mencionadas estatísticas nacionais (*•).

E se se considerar que, entre esses 16 delinquentes recidivistas, 5 foram condenados anteriormente uma vez por crimes de ofensas corporais os quais, a avahar pelas fracas condenações sofridas, tiveram de ser necessariamente pouco graves e, provavelmente, pouco violentos, *apenas, em rigor, com 11 homicidas (5,8%) que mostravam uma linha de conduta criminal de violência contra as pessoas.*

Todavia, entre estes onze homicidas que ao tempo da condenação já mostravam precedentes criminais de violência contra as pessoas, apenas 2 foram declarados delinquentes por *tendência*, por os tribunais comuns terem entendido revelarem eles perversão e malvadez que os fazia considerar gravemente perigosos. Simplesmente, os precedentes reveladores de ¹

(1) A percentagem de homicidas condenados no período de 1950-54 que já averbavam anteriormente condenações por crimes contra as pessoas era mais elevada 17. /₀

uma linha de conduta criminal violenta contra as pessoas poderiam não ter sido decisivos nem tão pouco necessários para estes dois homens serem declarados delinquentes por tendência, já que os elementos reveladores de perversão e malvadez que podem fazer considerar perigos os homicidas podem também advir, à face do Direito Penal português vigente — Art. 67.º, § 2.º do Cód. Penal — do fim ou motivos determinantes do homicídio, dos meios empregados e mais circunstâncias, e do comportamento contemporâneo ou posterior ao crime.

2.^a

A percentagem de homicidas deste grupo que foram detidos imediatamente após a prática do crime foi de cerca de 61,4%.

Todavia, pode afirmar-se não dever esse facto atribuir-se à especial eficiência das corporações ou autoridades policiais.

A percentagem registada, juntamente com os dados obtidos no estudo das relações existentes entre as vítimas e os autores e outros elementos colhidos na análise da natureza dos homicídios praticados, constitui antes um índice elucidativo àcerca da *falta de elaboração intelectual de estudo e escolha de técnicas a empregar na prática do crime e, naturalmente, no planeamento da fuga e do processo de melhor subtração ao castigo por parte da maioria dos homicidas estudados.*

Este é, pois, um primeiro elemento a juntar a outros que se seguirão que nos indica *serem os homicídios estudados, tal como os homicídios em geral, de acordo com o que vem sendo assinalado pelos autores de diversos países, actos, em regra, não planeados.*

3.a

183 dos homicidas observados (97,8% do total), quanto à sua naturalidade ou residência, provinham de zonas rurais e de pequenos agregados populacionais — lugares, aldeias, vilas ou pequenas cidades — especialmente de distritos do Centro e Norte do País, e apenas 4 (2,1%) tinham nascido ou vivido habitualmente nas três maiores cidades do País — Lisboa, Porto e Coimbra.

A amostra utilizada não é, neste particular aspecto, representativa da distribuição estatística nacional de condenados por homicídio, por distritos do Continente, já que os distritos de Centro e do Norte do País, por razões de ordem funcional ditadas, desde logo, pela maior proximidade

dade geográfica em relação à Cadeia Penitenciária de Coimbra, são os tributários normais de internamentos neste estabelecimento.

Nem é representativa, tão pouco, a desproporção encontrada no grupo destes homens entre aqueles que provinham de zonas rurais e os que provinham de zonas urbanas, dado que nos distritos do Centro e Norte do País mais representados na naturalidade ou residência destes reclusos (Guarda, Viseu, Coimbra e Bragança) não existiam aglomerados urbanos que atingissem, entre 1935 e 1950, 14 mil habitantes, pois, pelo que acima já se expôs, a cidade de Coimbra não pode incluir-se (x).

Os elementos colhidos sobre a naturalidade, residência e local da prática do crime deste grupo, conjugados entre si, revelam-nos que 133 homicidas (71,1%) praticaram o crime no mesmo local da sua residência que era, por sua vez, o mesmo em que tinham nascido, e que outros 35 (17,8%) praticaram o crime no local da sua naturalidade ou da sua residência, num total de 168 (89,8%), sendo certo que os locais da prática do crime destes homens foram lugares, aldeias, vilas ou pequenas cidades. Somente 19 (10,1%) praticaram o homicídio fora dos locais da sua residência ou natu-

C¹) Segundo os censos populacionais dos anos de 1940 e 1950, a população residente nos *centros urbanos* dos distritos de Coimbra, Guarda, Viseu e Bragança era a seguinte :

	1940	1950	
Figueira da Foz	10 299	10 486	Distrito de Coimbra
Guarda	6 598	7 704	Distrito da Guarda
Viseu	13 499	13 190	Distrito de Viseu
Bragança	6 977	8 245	Distrito de Bragança

A população residente nas cidades de Lisboa e Porto, os dois maiores centros urbanos do País, segundo os censos populacionais de 1940 e 1950 era:

	1940	1950
Lisboa	694 389	783 226
Porto	258 548	281 406

Só a população residente em Lisboa, no ano de 1950, era superior à residente em todos os outros centros urbanos dos 20 distritos do Continente e Ilhas Adjacentes (não incluindo a cidade do Porto) que somavam entre si 700 704 habitantes.

ralidade, incluindo neles 9 em relação aos quais o local da prática do crime foi, ainda assim, bastante próximo do da sua residência ou naturalidade, por se situar dentro do mesmo concelho.

Estes elementos permitem concluir que a maioria esmagadora dos homicidas estudados não apresentava mudanças geográficas de localização de habitação e de actividade, durante a sua vida, o que indica, em parte, *uma acentuada falta de mobilidade dessa maioria*.

Esta *falta de mobilidade* infere-se ainda do facto de 117 dos reclusos estudados (62,5%) nunca terem variado a própria actividade profissional entre o momento em que começaram a fazer a aprendizagem dela e o momento em que foram detidos pela prática do crime de homicídio ().

E ao constatar-mos que a esta falta de mobilidade pessoal da maioria dos homicidas observados acresce o relativo isolamento, a diferenciação mínima nas classes e grupos sociais, uma relativa homogeneidade de actividades e um pequeno contacto com pessoas e utilidades estranhas, por parte das comunidades rurais de que essa maioria era oriunda, podemos ser levados a pensar que a falta de mobilidade destas sociedades restritas parece não oferecer potencialidades de actuação tão eficaz no controlo do comportamento dos seus membros, no caso de homicídio por conflito, em especial, como em casos de outras formas de criminalidade.

O maior controlo que as comunidades de pouca mobilidade exercem sobre os seus membros, pelo mais próximo e permanente contacto pessoal das pessoas que ajuizam valorativamente os actos delituosos com os violadores, faz com que se verifique que essas comunidades tenham taxas de criminalidade mais baixas do que as comunidades de grande mobilidade.

Mas bem pode, de resto, acontecer que o modo como essas comunidades mais restritas reagem perante determinadas actuações, tolerando-as ou não as condenando tanto como a outras, propicie a multiplicação delas, dando assim lugar a uma criminalidade orientada.

É o que acontecerá se essas comunidades rurais virem com bons olhos ou não condenarem abertamente um homem destemido, que não vira costas

(1) A instabilidade ocupacional foi um dos elementos estudados num grupo de 100 delinquentes observados no Instituto de Criminologia de Coimbra quando entraram na Cadeia Penitenciária de Coimbra a cumprir pena de prisão maior pela prática do crime de furto ou furtos, e com condenações anteriores por crimes contra o património.

Em 38 desses delinquentes não existiu, durante a vida de cada um e até ao momento da observação, qualquer mudança de profissão; entre os 62 casos restantes, 30 tinham experimentado duas mudanças de profissão, 22 tinham experimentado três mudanças e 10 tinham mudado de actividade quatro ou mais vezes.

A nota pareceu-nos ter interesse pelo contraste que, neste ponto, os dois grupos oferecem.

a uma briga, que reage imediatamente à mínima provocação ou que resolve, por suas mãos, todas as questões de honra pessoal ou da família ou que recorre à auto-defesa para preservar os seus interesses.

E acontece que, em grande parte das zonas rurais portuguesas, as comunidades não têm reacções condenatorias tão fortes em relação a certos crimes de violência contra as pessoas, praticados em circunstâncias semelhantes às apontadas, como em relação a actos atentatórios da propriedade individual.

4ª

Os grupos de idades encontrados na amostra de homicidas estudada não exorbitam, em alguns pontos, dos grupos de idades que as estatísticas judiciais portuguesas de 1938, 1939, 1940, 1941, 1942 e 1948 apresentam nos números gerais dos condenados por homicídio nesses anos:

- uniformemente, é o grupo de idades dos 22 aos 40 anos que chama a si percentagens superiores a 60% das condenações totais;
- seguem-se imediatamente os grupos de idades inferiores a 22 anos;
- depois dos 40 anos, as condenações vão sendo menores, até haver uma representação mínima de condenados depois dos 60 anos de idade.

Os grupos de idades da amostra revelam, porém, uma desproporção de condenações entre o grupo dos 22 aos 30 anos e dos 31 aos 40 muito mais acentuada do que as referidas estatísticas. Com efeito, nestas há diferenças menos acentuadas, com ligeiras flutuações, nos números de condenados de ambos os grupos de idade. Neste ponto, a amostra não é representativa da criminalidade geral portuguesa por homicídio, nos anos apontados.

No que se refere à curva da criminalidade geral destes anos, por homicídio, dada pelos grupos de idades, deve dizer-se que, com oscilações pouco sensíveis, corresponde à curva da criminalidade geral das estatísticas portuguesas de condenados por crimes contra as pessoas: sobe dos 16 aos 22 anos, culmina entre os 22 e os 40 anos, desce progressivamente até aos 60 anos, e decai na vertical depois dessa idade.

E se, nos crimes de violência contra as pessoas, a idade é factor selectivo por a sua prática exigir uma certa vitalidade física, a curva referida não é diferente de outras curvas dependentes da vitalidade do homem.

5.*

A actividade profissional exercida pelo grupo maioritário dos homicidas incluídos na amostra —os 115 (61,4%) que exerciam *actividades agrícolas* — corresponde também à actividade profissional da maioria dos homens condenados em todo o país por crimes de homicídio voluntário entre os anos de 1938 e 1948: entre eles, as percentagens de condenados que se dedicavam a actividades predominantemente agrícolas variavam, segundo os anos, entre 55 e 62%.

Todavia, uma possível influência selectiva desta actividade profissional na prática do crime de homicídio é difícil de determinar, com precisão, por falta de elementos estatísticos referentes àqueles anos e que nos possibilitariam, desde logo, apurar as percentagens de homens que exerciam tal actividade, em relação à população geral do país.

A mesma dificuldade existe para os restantes grupos de actividades exercidas pelos outros homicidas incluídos na amostra estudada.

Quanto à distribuição, *por estado civil*, dos homens incluídos no grupo estudado, ela não pode considerar-se paradigmática e representativa da distribuição, por estados civis, dos homens condenados por homicídio, em Portugal, no período que temos vindo a utilizar para controlo — os anos de 1938 a 1948. Efectivamente, durante este período, em números absolutos, apenas nos anos de 1940 e 1948 foram condenados por homicídio voluntário mais homens casados que solteiros, pois nos restantes anos os solteiros chamaram a si os maiores números de condenações. Em média, durante este período, os homens solteiros estão representados em 51,5% de todas as condenações por homicídio, enquanto os casados o estão em 43%; os homens viúvos estão representados em 4,6% do total das condenações. Também para o quinquénio de 1950-1955, a panorâmica dos condenados por homicídio, por grupos de estado civil, continuou a revelar maior número de condenados solteiros do que casados, em percentagens de 48,9% e de 45,8%, respectivamente, em relação ao total das condenações durante este período. Os viúvos, neste outro período, estavam representados em 4,8% das condenações totais.

Todavia, a panorâmica estatística das condenações por homicídio voluntário, por estado civil dos condenados, não coincide, por sua vez, com a panorâmica apresentada pelos dados estatísticos de condenações no grupo genérico dos *crimes contra as pessoas* : aqui, as estatísticas portuguesas, com uma nitidez que se mantém quase constante desde 1940 até

hoje, patenteiam entre os condenados um maior número de indivíduos casados do que solteiros (x).

6ª

No grupo de homicidas estudados não encontramos qualquer caso de *homicídio sexual* nem de *homicídio por cobertura* (2). Apenas encontramos 168 casos de *homicídio por conflito* (89,9%) e 19 casos (10,1%) de *homicídio por lucro*.

Dos 168 casos de *homicídio por conflito*, 70 (41,6%) tinham ocorrido por alturas de *conflitos com pessoas íntimas* e 77 (45,8%) tinham ocorrido por ocasião de conflitos com *pessoas do conhecimento* dos autores; os conflitos dos autores com *pessoas desconhecidas* verificaram-se apenas em 5 casos (2,9%).

Entre os 19 casos de *homicídio por lucro* havia 5 casos em que o homicídio foi praticado contra vítimas *desconhecidas* dos autores (26,3%).

Não foi possível apurar as relações existentes entre a vítima e o autor em 15 dos 187 casos observados. ¹

C¹) Deve notar-se que, na população geral portuguesa em idade de responsabilidade criminal, o número de indivíduos casados excede o dos solteiros.

Tomando como referência o censo populacional de 1950, a distribuição da população em Portugal, incluindo os dois sexos, era a seguinte:

solteiros.....	4 713 680;
casados	3 206 027;
viúvos.....	494 949;
divorciados.....	27 111;

mas o número de pessoas com idade até aos 14 anos, necessariamente solteiras, era de cerca de 2 500 000. Deste modo, e considerando apenas indivíduos solteiros com mais de 14 anos de idade, o seu número era menor do que o dos casados cerca de 1 milhão.

(2) São situações de assassinato admitidas por Hans Von Hentig (*Estudios de Psicologia Criminal*, II, trad, espanhola, 1960, pp. 62 e ss.). Ao *assassinato sexual* é dado um sentido mais amplo do que ao de *homicídio sádico*, para abranger os casos em que os estímulos que actuam antes, durante ou depois do homicídio surgem da esfera sexual, e em que o próprio acto de destruição aparece com frequência como um equivalente sexual. O *assassinato por cobertura* é o que é praticado para tornar possível ou ocultar um acto punível menos grave (eliminação de vítimas ou restemunhas deste último acto ou de outro crime, que podem prestar declarações inculpatórias).

Além destas quatro situações, o referido Autor considera ainda uma quinta que abarca um grupo misto — o dos *assassinatos cometidos por doentes mentais e os assassinatos políticos*.

Relativamente aos 172 homicídios restantes, apenas havia 10 *casos* (os apontados 5 casos nos homicídios por conflito e 5 casos nos homicídios por lucro) em que não havia quaisquer relações ou conhecimentos entre a vítima e o autor; *os conterrâneos e conhecidos, as pessoas de família, os vizinhos, os companheiros de trabalhos, os amigos íntimos, as amantes e as namoradas, os familiares de umas e de outras, os rivais de namoro e outras pessoas com relações afectivas ou profissionais, directas ou indirectas, com os autores estavam representados entre as pessoas das vítimas em 167 dos 172 homicídios referidos.*

As publicações estatísticas portuguesas de condenados por homicídio não adoptam sobre o crime qualquer classificação em função dos tipos de situações ou motivos que os desencadearam: são as classificações jurídico-penais de homicídio que são discriminadas (simples ou qualificado, envenenamento, parricídio, infanticídio). Por isso, não se pode saber a frequência relativa com que cada um dos tipos de homicídio por nós considerado aparece no somatório geral das condenações por este crime.

Todavia, a amostra estudada conduz-nos, pelo menos, *a supor ser o homicídio por conflito aquele que, em maior número, está representado nos homicídios praticados em Portugal.*

A panorâmica encontrada quanto às relações existentes entre as vítimas e os autores diz-nos do alto grau de personalização destes homicídios, do contacto íntimo e duradouro entre aquelas e estes. Este contacto estabeleceu-se, na grande maioria de casos (167 em 172 casos), no seio de grupos que os sociólogos denominam por *grupos primários*, caracterizados pelo *imediatismo do contacto pessoal directo*, e que na amostra estudada envolvia autor e vítima no mesmo grupo primário:

- a) *territorial ou geográfico*, com comunidade de residência ou naturalidade em lugares, aldeias, vilas ou pequenas cidades, a que acrescia o conhecimento pessoal directo proveniente de comunidade de ocupação ou de interesses e a que estava associado um elevado grau de imobilidade;
- b) *familiar*, por pertencerem à mesma família;
- c) *de coabitação ou de vizinhança*, por coabitarem ou viverem próximos;
- d) *funcional* (de trabalho), por serem entre si companheiros de trabalho, empregados ou patrões.

Outros casos houve em que o contacto íntimo se estabeleceu no seio de um ou de mais destes grupos, *que se interpenetram*, e veio a reforçar-se por laços afectivos : amigos íntimos, amantes, namoradas e familiares destas, rivais, etc.

Entre as vítimas dos 187 homicídios estudados encontraram-se 3 crianças de menos de 10 anos de idade (1,6%) e 16 mulheres (8,5%).

A Estatística Judiciária Portuguesa só iniciou o registo de elementos sobre as vítimas no ano de 1958.

Dos elementos colhidos nos registos estatísticos de 1960, 1962 e 1966 obtém-se, porém, a informação de que nesses anos as mulheres estão representadas em 19,7% das vítimas de homicídio voluntário representação que ultrapassa o dobro da das vítimas mulheres da nossa amostra e que as crianças com menos de 10 anos de idade estão representadas em menor proporção do que nesta mesma amostra (1,1%).

7.^a

No grupo dos 187 homicidas estudados encontrámos 30 *casos* de embriaguês aguda no momento da prática do crime (16%).

Essas situações de embriaguês aguda ocorreram, todavia, apenas entre os 168 casos de *homicídio por conflito* (em 17,7% deles), não se registando qualquer intoxicação alcoólica desse género nos restantes 19 casos de *homicídio por lucro*.

Mais de metade dos homicídios por conflito em que o autor estava embriagado ao tempo da acção ocorreu em tabernas.

Não se arrisca um juízo sobre a importância do papel desempenhado pela embriaguês aguda na prática daqueles 30 homicídios, nomeadamente atribuindo-lhe um significado causal, pois a natureza da relação causal é complexa e bem podem ter estado envolvidos outros factores na produção dos referidos homicídios.

Todavia, não deixa de se notar que *nos crimes de violência contra as pessoas é comum verificar notáveis percentagens de embriaguês aguda ao tempo da acção*

Pudemos verificar, por exemplo, através de registos existentes no Instituto de Criminologia de Coimbra, que, entre mais 101 homens condenados por *homicídio voluntário* e 31 condenados por *homicídio frustrado* observados no quinquénio de 1955 a 1960, os números de embriaguês aguda cifravam-se, respectivamente, em 27 e 5, o que revela percentagens de cerca de 26% e 20%. De 63 homens condenados por *ofensas corporais voluntárias*, observados durante o mesmo período, 18 deles estavam embria-

gados no momento da prática do crime, o que dá uma percentagem de cerca de 28,5% OC²).

Não se duvida, por isso, que a intoxicação alcoólica aguda, provocando uma hipertrofia do humor e uma excitação geral com o enfraquecimento das inibições, tenha permitido o aumento da agressividade já existente e tenha provocado descargas motoras violentas, *desempenhando assim um papel de primeira plana numa boa percentagem destes homicídios por conflito.*

E o facto de a maioria dos homicídios por conflito em que houve embriaguês ter *ocorrido em tabernas ou à saída delas*, põe em evidência que esses centros de reunião da população masculina das zonas rurais portuguesas apresentam um ambiente altamente propício a alterações que, depois, degeneram facilmente em lutas diversas ou até em rixas generalizadas.

8.^a

Num total de 172 homicidas saídos em liberdade condicional ou definitiva, a libertação constituiu um êxito total, por não voltarem a ser condenados por crimes dolosos de qualquer espécie, para 157 deles — o que revela a alta percentagem de 91,2% de êxitos totais.

Cifrou-se em 8 o número de recidivistas por condenação em crime ou crimes violentos, contra as pessoas, após a libertação — o que nos dá a baixa percentagem deste tipo de recidivismo — 4,6%. Destes, apenas um apresentou condenação posterior pelo crime de homicídio frustrado.

Não coincidindo qualquer destes 8 recidivistas por crimes violentos contra as pessoas com qualquer dos 11 homens que, antes da condenação por homicídio, apresentavam no seu passado antecedentes criminais também de violência contra as pessoas, verifica-se que *em todo o grupo de 172 homi-*

C¹) Estas percentagens encontradas, a não serem exactas, só podem pecar por serem mais baixas do que as reais. Tal como aconteceu com o apuramento dos casos de embriaguês na amostra de homicidas estudada, também aqui se levaram exclusivamente em conta as situações de embriaguês que a sentença condenatoria confirmou, considerando-as atenuantes gerais (circunstância 22.^a do Art. 39.º do Cód. Penal). Muitos casos houve, não levados em conta, em que o detido asseverou, em entrevista pessoal, encontrar-se embriagado no momento da prática do crime.

(²) As estatísticas judiciárias portuguesas não contêm quaisquer registos dos condenados, segundo as infracções, indicando as atenuantes de que beneficiaram, e entre as quais se colheriam dados sobre a frequência do aparecimento da embriaguês aguda nos diversos tipos de crime.

cidas estudados não existe qualquer delinquente que tenha manifestado um comportamento violento contra as pessoas, cumulativamente, antes da prática do homicídio e após a libertação da prisão.

No seu conjunto, estes elementos colhidos comprovam bem a *baixa incidência de recidivismo no sector dos crimes violentos contra as pessoas e, em especial, no crime de homicídio voluntário*, em flagrante contraste com a acuidade que o problema do recidivismo assume noutros tipos de criminalidade, nomeadamente nos crimes contra o património (x).

Acrescentaremos que, através da matéria de facto dada como provada e que serviu de base aos acórdãos condenatorios dos 187 homicídios estudados, pudémos destacar 32 situações que preenchiam todos os *requisitos objectivos* exigidos pelos preceitos do antigo Código Penal Português de 1852 que cominavam a pena de morte. Efectivamente, os autores desses 32 homicídios teriam sido passíveis de pena capital por prática de homicídio com roubo (10 casos), de envenenamento (5 casos), de parricídio (1 caso) e de homicídio com premeditação(8 casos) ou com actos de ferocidade e crueldade (4 casos) ou ainda de homicídio acompanhado ou seguido de outro crime a que correspondia pena maior que três anos de prisão, integrando assim as hipóteses previstas, respectivamente, nos artigos 432.º, 353.º, 355.º e 351.º do referido Código.

Todavia, em todo este grupo de 32 homens, verificou-se que *apenas um* voltou a ser condenado por crime de violência contra as pessoas (ofensas corporais voluntárias) depois de ter sido posto em liberdade.

Se bem que não se possa afirmar que todos estes 32 homens teriam sido, provávelmente, executados se se mantivesse o antigo sistema, pode sem dúvida constatar-se que, na quase totalidade dos casos, o futuro viria a desmentir os juízos de perigosidade que sobre eles se pudessem então fazer e, consoladoramente, somos levados a pensar que o benefício da vida permitiu preservar qualidades humanas potenciais que, mais tarde, viriam a reflorir.

(x) Num estudo realizado no Instituto de Criminologia de Coimbra por Jorge Ribeiro de Faria, em 1954, sobre o recidivismo de 848 delinquentes que cumpriram pena na Cadeia Penitenciária de Coimbra posteriormente a 1936 por crime de _____ e que foram libertados, foi encontrada uma percentagem de recidivismo por crimes de furto de 20,1% _____ delinquentes; destes recidivistas, 39 (cerca de 4,4%) apresentavam, já antes do seu internamento na Cadeia Penitenciária, uma predominante ou exclusiva actividade de furtos, em homogeneidade de reiteração criminosa.

AUTOMATISMOS NA ACTIVIDADE CRIMINAL

(ESTUDO MÉDICO-PSICOLÓGICO)

Fernando A. C. de Figueiredo

Dialécticamente livre — no sentido de que o acto voluntário se não estabelece *ex nihilo*, mas se baseia e apoia em um conjunto de sistemas psico-funcionais determinados (biológica, sociológica e culturalmente) — surge, à luz do nosso actual conhecimento, a decisão do Homem; por forma que este nos aparece como simultâneamente «livre» e «determinado» — residindo a sua vontade, em última análise, na capacidade de escolha entre várias possibilidades de acção, entre diversos sistemas dinâmicos, que à sua consciência se apresentam. « *I relativo*, ou determinismo causal, que não exclue um certo poder de determinação autónoma» [x].

Este é o ponto de vista que adoptamos — ponto de vista bem posto em evidência pela escola antropológico-existencial, onde a liberdade e a responsabilidade do Homem se definem em função da situação total em que ele se encontra constantemente inserido. Vontade e liberdade que se exprimem, precisamente, pela medida em que o indivíduo se liberta da «massa» de condicionamentos biológicos e sociais, que tendem a automatizar e a conferir uma feição estereotipada ao seu pensamento e acção para adquirir, na angústia das «situações-limite» (Grenzsituationen) [*], a sua autêntica dimensão humana, situando-se, lúcidamente, na sociedade e no mundo dos valores do espírito. Superar tais condicionamentos será inegável mérito do eu consciente. Em que medida o poderá conseguir, eis o problema, à luz da moderna antropologia...

Por outro lado, o *Homem em situação* age de um modo unitário, global, como unidade somato-psíquica, como estrutura unificada e hierarquizada. Os pontos de vista de interpretação holista da personalidade

humana e sua estruturação (Jaensch, Hartmann, Hoffmann, Klages, Rothacker) são hoje imprescindíveis na interpretação do comportamento humano, desde as suas formas mais simples, às mais diferenciadas. Nesse conjunto deverão pois ser integradas «compreensivamente» — «convergentemente» — as «explicações» causalistas do comportamento.

O «automatismo» de um comportamento aparece assim, de um modo geral, como um certo impedimento (ao nível biológico, anímico ou espiritual) à liberdade de acção (nos limites antes definidos). As deficiências orgânicas (em particular cerebrais), os desequilíbrios ao nível afectivo-conactivo (conflitos emocionais, desequilíbrios instintivos ou anormal prevalência de certas tendências bio-psíquicas fundamentais), os factores de ordem cultural (impondo ao indivíduo certos estereótipos ou padrões culturais de pensamento, sentimento e acção) desde logo se impõem como as possibilidades fundamentais de impedimento à afirmação do eu, em nmq acção consciente, lúcida e moralmente autêntica.

Na ordem biológica, muitos exemplos de tais determinismos (acentuados) se poderiam dar — com a sua natural consequência de tornar o comportamento menos livre, mais «automático». São clássicas, em Psiquiatria, situações clínicas como o automatismo psico-motor (ligado aos estados crepusculares epilépticos ou histéricos, por exemplo), o «automatismo mental» da escola francesa (síndrome S de Clérambault, dos esquizofrénicos), os comportamentos estereotipados de certos doentes mentais (catónicos, dementes senis, idiotas)... Tais casos constituem objecto da Psiquiatria — da Psiquiatria «pesada» (oligofrenias, demências, estados «psicopáticos», psicoses...) e deles nos não ocuparemos especialmente. Os actos anti-sociais correspondentes a um tal condicionalismo, são apenas manifestações mórbidas de um psiquismo profundamente alterado (criminalidade mórbida).

Ao lado desta forma de *criminalidade* », referem os crimonologistas um tipo de *criminalidade* «norme um de *criminalidade* «nevrótica»). Trata-se, nestes casos, de formas bem mais diferenciadas de comportamento anti-social ou criminal, envolvendo níveis estruturais mais elevados (anímico, espiritual, cultural) e, por isso mesmo, menos fáceis de delimitar e separar com precisão; formas também mais difíceis de interpretar requerendo uma perspectiva mais vasta, «compreensiva», que não a simples «explicação» causalista das «ciências da natureza» (Dilthey) perspectiva fenomenológico-existencial (Heidegger, Sartre) ou antropológico-existencial (v. Weizsäcker, Jaspers Binswanger, etc.). Nesta *zona fronteira* se encontram, se chocam e se completam os pontos de vista dos diferentes ramos

das ciências antropológicas (psicologia, sociologia, etc.)—nela encontra o seu objecto a Psiquiatria «fina», ou seja, o exame médico-psicológico extenso e profundo, «explicativo» e «compreensivo», recorrendo aos diversos meios e pontos de vista, cuja antítese, tantas vezes, é mais aparente do que real (condutismo, reflexologismo, psicanálise). Porque uma necessária «compreensão» de modo algum invalida as diversas teorias científicas, antes visa a superá-las, a integrá-las, numa dimensionação mais vasta e autêntica do Homem e do seu comportamento.

«Wo es ist soll Ich werden» — a conhecida frase de S. Freud aponta, precisamente, para além da mera «explicação» psicanalítica — para além da consciencialização do eu em relação aos seus problemas e conflitos profundos (que lhe foram revelados no decorrer do tratamento psicanalítico) — para algo que transcende o seu mecanicismo; e esse algo é, precisamente, a condição existencial do Homem, olhada agora com maior lucidez (pelo conhecimento dos seus «mecanismos» profundos) e, por isso mesmo, mais responsável. Deste modo, a Psicanálise (como qualquer outro sistema científico de interpretação do comportamento humano) situa-se no princípio, não no termo de uma acção reformadora do indivíduo — do seu pensamento, da sua emocionalidade, da sua acção; porque a Psicologia de hoje não pode já continuar a ser a Psicologia «do número», da «média» (visando a estricte «adaptação» mecanicista do indivíduo à massa), mas uma Psicologia «normativa», «prospectiva». Por isso não surpreende que psicanalistas, como V. Frankl [3], cónscios da dimensão espiritual da realidade humana, tenham propugnado uma Psicoterápia «a partir do espírito» — via de superação da Psicanálise clássica (de que tão mau uso se pode fazer) em uma «logoterápia» ou Análise existencial (Daseinanalyse). Numa via idêntica se encaminham os neo-freudianos da escola culturalista (K. Horney, Kardiner, Fromm, etc.), pondo à prova os conceitos freudianos, num estudo comparativo do Homem, em culturas e meios étnicos diversos.

Dentro de um tal quadro tão complexo (que é o da realidade humana, do Homem em situação) deixar-se-á de parte o sector dos determinismos étnicos, rácicos, culturais — que constituem objecto especial das preocupações de etnólogos e sociólogos — condicionamentos que, de resto, como é de geral conhecimento, são da maior importância na génese de actos anti-sociais extremamente graves (crimes de «honra», crimes rituais de povos primitivos, etc.). Aí, o «condicionamento» sócio-cultural determina «automáticamente» o comportamento do indivíduo (para nos exprimirmos em termos reflexológicos); ou, numa interpretação psicodinâmica, o Ideal-do-Eu, o Super-Ego, constituídos na dialéctica do desenvolvimento

psico-social do indivíduo, explicam o actuar desinibido em determinado rumo...

Embora socialmente aceite o comportamento anterior (no meio próprio em que se desenrola), não pode contudo, psicológica (senão moralmente) diferenciar-se tal tipo de reacção daquela forma de criminalidade que certos criminologistas atribuem a defeituosa formação do Super-Ego, verdadeiro *Super-Ego* «*criminoso*», condicionado por todo um jogo de identificações precoces, (com eventual reforço ulterior) do indivíduo desenvolvido em meio criminal ou para-criminal. Aqui, *grosso modu*, os padrões morais não são os da sociedade em geral, da «macro-sociedade» (que objectivamente determina a moralidade e a lei), mas os da «micro-sociedade» do «gang», ou de outro grupo de carácter anti-social (*). Também aqui, teoricamente, o indivíduo, sem conflitos interiores, é impellido passivamente (com a aprovação do seu grupo) para a via da criminalidade. Contudo, mesmo aí os casos não oferecerão todos a mesma facilidade de interpretação, visto que poderá ainda subsistir uma certa margem de escolha, mais ou menos consciente, como o refere largamente J.-P. Sartre [*], numa perspectiva analítico-existencial. O caso aí referido, presta-se, com efeito, a largas considerações de tal ordem, como poderia igualmente servir de objecto a uma interpretação psicanalítica, ou ainda à compreensão de uma certa forma (negativa) de «revolta» — tema este tão profundamente pensado por A. Camus [*].

A questão de descobrir no acto criminal «normal» na sua concepção ou premeditação, na sua execução, nas suas sequências a existencia de «automatismos» torna-se assim extremamente complexa.

Não nos sendo possível abarcar tão vasto campo, deter-nos-emos apenas em um ou outro aspecto do fenómeno criminal, em que o «automatismo», examinado à luz de um critério médico-psicológico, mais parece evidenciar-se.

Um dos aspectos mais primitivos na organização (e na desorganização ou regressão biológica) do Homem é, certamente, uma certa *tendência à repetição*, à iteração dos actos motores. Um tal fenómeno, verdadeiramente automático, observa-se, na criança e, bem assim, em neuróticos obsessivos e em doentes mentais graves, tais como idiotas, dementes senis, etc., em que a hipo-evolução ou a regressão neuro-psíquica são particularmente marcadas. Também no acto criminal tais automatismos

(*) Fica de lado, intencionalmente, a chamada associalidade.

se desencadeiam algumas vezes, não só no crime patológico (como é classicamente admitido nos crimes dos epiléticos, por exemplo), mas também em criminosos geralmente considerados «normais».

Assim, não é demasiado raro apurar-se que o criminoso, não contente com prostrar a sua vítima, com intuito francamente homicida, persevera em lhe desferir golpe sobre golpe (facadas, machadadas, tiros repetidos, esquartejamento da vítima). Como é natural, tais actos conferem ao homicídio cores particularmente carregadas, sendo geralmente julgados como circunstâncias agravantes.

Naturalmente, a interpretação do fenómeno não pode ser a mesma para todos os casos; mas vale a pena considerar alguns dos seus aspectos, do ponto de vista médico-psicológico.

As razões invocadas pelo homicida para justificar um tal comportamento agressivo podem ter, simplesmente, o valor de racionalizações, sob as quais o perito de inspiração psicanalítica poderá encontrar motivações profundamente radicadas na biografia do agente. Os livros de criminologia referem, como razões apresentadas, o desejo de os criminosos acabarem mais depressa com o sofrimento da vítima, uma impulsão cega a golpear, etc. Verdeaux e outros autores insistem, particularmente, sobre o efeito activante (verificado pelo exame electro-encefalográfico, num tempo ulterior, à prova da hiperpneia) do próprio acto criminal em curso (emoção, respiração ofegante, etc.), sobre o processo cerebral (corniciai) onde este exista... Contudo, em certos casos, o processo agressivo repetitivo poderá obedecer a mecanismos de carácter emocional, eventualmente de colorido psico-nevrótico (traços obsessivo-compulsivos, súbita descarga de sentimentos hostis longamente reprimidos, etc.).

Caso I

A. V. S., de 50 anos de idade, é enviado para exame mental, por ter matado um irmão com quem convivia há longo tempo. O crime foi praticado com um instrumento de ferro, no decurso de uma altercação, e o criminoso, depois do perpetrado o acto, cortou o cadáver aos bocados, cobrindo-os com uma manta. Segundo ele referiu no exame (e era corroborado pelas testemunhas) o irmão exercia sobre ele um ascendente despótico. Deste modo, eram frequentes as altercações entre ambos, levando habitualmente a actos agressivos.

A infância e a adolescência — toda a sua vida — foram infelizes. O pai, de carácter tirânico, impedia qualquer satisfação própria da idade — diversões, namoro ou gratificações sexuais adultas (que o examinado nunca teve).

Do ponto de vista psiquiátrico, nada se encontrou de francamente anormal e o examinado foi considerado basicamente imputável — com a devida menção, contudo, da existência de traços esquizoides, das circunstâncias emocionais próximas e remotas

do crime, do grau muito fruste de organização das relações existenciais entre o agressor e a vítima, da incidência de abusos alcoólicos...

Não se considerou o corte do corpo da vítima, após o homicídio, como índice de «ferocidade» ou particular tendência criminògena, mas como expressão de um forte estado emocional, em que o acto colocou o agressor. De resto, uma bem caracterizada reacção carcerária, sobrevinda no período de detenção, veio corroborar esta opinião.

Considerado à luz dos conceitos criminológicos clássicos, o crime entraria no grupo dos «*homicídios por conflito*» (Hentig) [6], nos quais o acto criminal surge como uma explosão, uma via de saída, entrevista como única e radical, em face de uma situação fortemente carregada do ponto de vista emocional e não mais longamente sustentável; enquanto que os psicanalistas não deixariam, por seu lado, de tirar deste fratricídio — com marcado «background» parental — fortes e abissais motivos determinantes... Não deixou também, como é hábito, a imprensa diária de se ocupar do assunto, classificando o crime de «monstruoso» e «alucinante» — numa perspectiva que é a das massas e que, consciente ou inconscientemente, as gratifica.

De passagem, servirão os 2 casos seguintes para referir o mais clássico exemplo de *automatismo* — o dos estados crepusculares da *epilepsia psico-motora* («equivalentes psíquicos» da epilepsia, dos antigos autores) — bem como certos traços próprios do *comportamento «epileptoide», «gliscroide»* ou «ixoide» (consoante a designação preferida pelos autores).

Caso 2

A. C. O., de 27 anos de idade, é submetido no Anexo a exame mental, por matricídio: por motivo aparentemente fútil, investe contra sua mãe munido de um machado, com que a golpeia numerosas vezes, na cabeça e em outras partes do corpo.

Esse acto, tanto quanto ressalta do exame, não pode atribuir-se a um «estado segundo», confusional, do agente, pois que este refere, pouco tempo depois, os factos com suficiente clareza. A explicação que dá da agressão — da sanha com que a leva a cabo — é a de que, como já nada havia a fazer, procurou acabar de vez com o sofrimento da vítima...

O caso merece particular relevo por se dever, neste caso, atribuir um tal comportamento altamente agressivo, a características de «explosividade» próprias da personalidade epiléptica ou epileptoide, com a tendência à perseveração nos actos iniciados, mais do que a manifestações específicas da epilepsia psico-motora — pois que de tal forma clínica corniciais se tratava no caso presente, conforme ampiamente o demonstrou o *estudo electro-encefalográfico* realizado no Anexo Psiquiátrico.

A *explosividade* que clàssicamente se atribue à personalidade «epileptoide», mais uma vez se encontra no caso seguinte :

Caso 3

A. S. O., de 17 anos, admitido no Anexo Psiquiátrico para exame psiquiátrico-forense, é um oligofrénico, com crises de grande mal (epilepsia essencial), no qual o e. e. g. demonstrou alterações específicas (comidáís) generalizadas.

O crime praticado foi também o de parricídio : o pai do examinado, de carácter brutal e com larga ficha criminal (incluindo homicídio) ameaçava de morte, nessa ocasião, a mulher, na presença do filho — o que provocou neste uma reacção de defesa de sua mãe, vitimando o pai com um machado (arma casualmente utilizada).

Caberia, neste caso, perguntar se a designação de «crime *por* anormalidade psíquica» conviria aqui inteiramente... Certamente, haveria que discutir; mas a reflexão servirá, ao menos, para pôr em evidência a realidade complexa que se esconde sob o artificialismo simplificador das classificações...

A *impulsividade*, o «*impulso irresistível*», é factor não raramente invocado para explicar certo número de reacções violentas:

Caso 4

J. P*> de 44 anos de idade, examinado do ponto de vista médico-psicológico, com vista à elaboração de um parecer sobre concessão de liberdade condicional, evidencia uma história de ofensas corporais (algumas delas de grande gravidade), quer anteriormente ao homicídio últimamente praticado (e pelo qual cumpre pena), quer já na própria cadeia — o que, no conjunto, faz postular uma caracterizada tendência impulsiva.

O exame formal não revelou doença mental — pondo, apenas, em evidência uma disposição constitucional cicloide.

O teste de Rorschach revelou um tipo de apercepção global e certo carácter perseverativo das respostas. Não se notaram alterações notáveis da percepção da cor (2 FFb). Traços epileptoides?

O e. e. g. nada revelou de anormal.

Passando a casos de motivação mais subtil, consideraremos agora o que se pode considerar um « *automatismo* » — processo repetitivo que não será difícil exemplificar com os actos e rituais obsessivo-compulsivos. Tais manifestações não fazem mais, com efeito, do que exteriorizar, de um modo simbólico, um conflito latente, entre a censura e certas tendên-

das não admitidas que, apesar de tudo, tendem a ameaçar o eu com a efracção do limiar da consciência.

Alexander (que adiante voltaremos a referir) menciona também tal carácter repetitivo, de fundamento psicodinâmico — estruturado agora ao nível da conduta ou do carácter — de certos tipos de delinquentes «habituais», com as consequências de «incurrigibilidade» que tuna tal disposição acarreta e cujo fundamento define nos termos seguintes [7] :

«A estereotipada actuação («acting out») repetitiva de forças motivadoras inconscientes, inacessíveis à influência modificadora da inibição consciente, explica por que, muitas vezes, o delinvente neurótico decida começar uma vida nova, para apenas fracassar uma e outra vez, no seu propósito de reformar-se». E mais adiante:

«As acentuadas tendências auto-destrutivas que expressam o conflito neurótico fazem com que aquele, por assim dizer, diligencie por ser colhido nas malhas da lei, como resultado de uma forte necessidade de castigo, produto dos sentimentos de culpa que surgem dos impulsos associativos». E prosseguindo no aprofundar psicanalítico das suas reflexões:

«O comportamento neurótico actual é um substituto distorcido das fantasias inconscientes. O crime real, por exemplo, é frequentemente um substituto de impulsos incestuosos ou parricidas. O criminoso, influenciado por uma consciência moral culpada, segundo a descrição de Freud, explicita o seu crime mediante uma delinquência mais ou menos trivial, apaziguando desse modo a sua culpa inconsciente (...) Sofre conscientemente por um crime de menor importância (...).».

Em trabalho não recente, refere-se G.-Perrin [8] ao mecanismo da *criminalidade nevrótica* nos termos seguintes:

«La criminalité effective peut faire son apparition dans le domaine des actes manqués. Dans ceux-ci, il y a défaillance passagère de l'instance morale, une distraction, à la faveur de quoi une tendance inconsciente passe à l'acte. Or l'acte manqué peut avoir des conséquences criminelles objectives et réelles (...) Dans ceux-ci le moi n'a pas pris part à l'action ; il a été brusqué et bousculé par les tendances refoulées, à un moment où il était accaparé par une autre préoccupation». O Autor, tem particularmente, em vista certos actos «impulsivos» (cleptomania, etc.) que, contudo, pelo próprio mecanismo repressivo ou compulsivo nas névroses clássicas (psicose, nevroses), apresentam apenas um limitado interesse do ponto de vista criminal.

Cabe, neste momento, referir os termos em que Alexander [7], criador do conceito de inspiração psicanalítica de *nevrose do carácter*, distingue esta entidade da nevrose clássica (histeria, nevrose obsessivo-compulsiva, etc.):

Neste último caso, o sintoma neurótico (representando a expressão de um compromisso simbólico com tendências ou impulsos não abertamente realizáveis) corresponde a um processo «autoplástico» (o sintoma traduz-se em uma perturbação somática, afectando a vida de relação). Na «nevrose do carácter), as tendências ou impulsos profundos são exteriorizados de um modo mais aberto, menos sujeitos à acção da censura intra-psíquica — processo a que o Autor chama «aloplastia». Ou, de outro modo: *sintoma* neurótico, por um lado e « », por outro, marcam os termos da diferença.

Situada no limiar da Psiquiatria, a «nevrose do carácter) corresponde a um conceito de valor operacional, que há que levar a crédito da escola psicanalítica: o conceito de «psicopatia», postulando uma constituição hereditária, parece fechar (pelo menos presentemente) a porta a fecundas investigações, designadamente à extensão à própria criminalidade «normal».

Caso 5

J. F. P. M., de 22 anos de idade, é submetido a exame médico-psicológico no Anexo Psiquiátrico, vindo da Prisão-Escola. O seu passado é o de tantos jovens que o meio ambiente em que se passa a sua infância tanto contribue para lançar na vagabundagem e em pequenos delitos (furtos). Neste caso, a situação parental, já de si significativa (pai brutal, tratando mal mulher e filhos), agrava-se ainda pela circunstância fortemente traumatizante da morte da mãe, queimada viva por acidente de que se não pôde defender, por se encontrar inválida.

Recluído desde muito novo, a sua vida passa-se quase sem interrupção (a liberdade de ensaio que uma ou outra vez lhe é concedida apenas lhe dá motivo a recidivar na delinquência) de um para outro estabelecimento de correcção: da Tutoria para o Reformatório e deste para a Prisão-Escola, onde o tempo de reclusão lhe é prorrogado por medidas de segurança. Ele próprio compõe a sua auto-biografia em volumoso manuscrito, intitulado «11 anos em Institutos, Casas de correcção e Prisão-escola»...

Libertado mais uma vez (embora com reservas sobre o seu prognóstico social e indicação da necessidade de assistência médico-psicológica e social), segue-se um período de cerca de um ano em que se não sabe mais dele no Instituto de Criminologia; até que, certo dia, aparece aqui, pedindo — sob o pretexto de que Lisboa constitui um ambiente mau de que quer fugir — o apoio para reingressar na Prisão-escola...

Outra, porém, era a verdade: no dia seguinte, um pedido de captura, com a sua fotografia e o seu nome, destaca-se no jornal, até aí lido descuidadamente pela manhã. Na notícia dizia-se que o J. F. P. M. se encontrava implicado no homicídio de um cidadão americano, ocorrido meses antes em Lisboa — o crime revestia-se de aspectos sexuais, pois que se dizia que o indivíduo procurado pertencia a um grupo de «arrebentas». .. Detido na Prisão-Escola, para onde, efectivamente, se dirigira, sendo aí readmitido, foi depois julgado e condenado. Cumpre agora a pena na Penitenciária... A consulta do processo judicial relativo a este seu crime parece trazer o roubo ao primeiro plano, muito embora

tenha havido práticas homossexuais antes da agressão e da queda do criminoso e da vítima num poço. O homicídio foi julgado involuntário...

Vale a pena considerar agora mais alguns aspectos de tão infeliz caso:

Da sua auto-biografia, destaca-se o reconhecimento de que os castigos só o excitam... Do exame médico-psicológico feito, destacam-se os seguintes pontos:

«Personalidade imatura, com descargas emotivas de tipo infantil e reacções histeroides. «Chantagem» afectiva, incluindo tentativas de suicídio mais ou menos teatrais. Atitude de-reística, com apreciação predominantemente subjectiva da própria situação. Baixo nível de tolerância à frustração, com reacções impulsivas, por vezes bastante violentas. Estruturação nevrotica da personalidade (carácter nevrotico)». E, numa apreciação dos determinismos psico-dinâmicos do seu comportamento:

«A carência de identificação com o pai (ausência de um modelo ou imagem paterna) explica a deficiente estruturação de uma instância moral capaz de regular «de dentro» o seu comportamento (pelo mecanismo da introjecção normal da imagem paterna). Desse modo, o comportamento, regulado «desde fora», tem tomado o aspecto de mera reacção disciplinar à autoridade, ora obedecida de modo servil, ora contestada e rejeitada, por atitudes reivindicativas de franca revolta». «Os sentimentos de culpabilidade mais ou menos conscientes em relação à mãe não devem também ser estranhos ao estabelecimento de certos mecanismos obsessivos e auto-punitivos».

Ao salientar-se no mesmo relatório a acentuada tendência ao estabelecimento de relações pessoais, procurando apoio para a sua própria situação, acrescenta-se: «Porém, o modo insistente e demasiado dependente em que essa relação se estabelece, mais acentua os traços de infantilismo psíquico. Com efeito, na falta de uma imagem paterna válida, o padre, o médico, a irmã e até a imagem mais abstracta da autoridade militar (pois que ultimamente procura mesmo, em um eventual ingresso nas fileiras, uma solução para o seu caso) constituem outras tantas entidades reais ou simbolicamente entrevistas como protectoras, julgadas por ele indispensáveis e ansiosamente procuradas».

Não é assim de surpreender, à luz do que antecede, — nem mera casualidade o facto, algo insólito, de se vir acolher à sombra «paterna» do Instituto de Criminologia e da Prisão-escola (o simbolismo do seu comportamento aparece claro), logo que se sente perseguido pelo crime cometido...

Um teste de Rorschach pôs em evidência traços neuróticos e de infantilismo psíquico. Respostas de tipo infantil, detalhismo (pequenos detalhes), com acentuação do número de respostas globais (bastantes mal vistas e algumas confabulatórias) o que, com um certo número de originais, muitas delas mal vistas, aponta para certo grau de desadaptação à realidade. Tipo de vivência extratensivo-egocêntrico, com uma resposta pura de cor. Respostas de «complexo».

Nível intelectual normal.

Num outro caso, evidenciam-se também determinantes de ordem psicodinâmica na estruturação do carácter em sentido neurótico na acção anti-social e sua repetição (delinquência habitual), na inabilidade da sanção penal — o que, até certo ponto, daria razão a criminalistas de orientação psicanalítica... [9, 10]

Caso 6

M. A. G. C., de 22 anos de idade, admitido no Anexo Psiquiátrico para exame mental, vem, desde há muito, levando uma vida de ociosidade, vagabundeando ao sabor das oportunidades e dos conhecimentos que facilmente arranja, mantendo-se à custa não só do auxílio paterno, mas também de expedientes diversos, abusos de confiança e pequenos furtos — situação essa que, muito compreensivelmente, o põe em dificuldades com a Lei penal.

Na altura em que entra para exame mental, tinha utilizado um automóvel que lhe não pertencia e, apesar de não possuir carta, consegue conduzir o carro alguns quilómetros até que, numa curva, sofreu grave acidente. Para pôr o carro em andamento, fizera uma ligação directa ao motor de arranque...

Fisicamente o seu aspecto é deplorável, pois que, entre outras deformidades (resultantes de doença na infância), apresenta uma acentuada gibosidade, que lhe valeu o alcunho «O Marreco». No relatório do exame, escreveu-se:

«Melhor ilustração do que seja uma compensação psicológica de um «complexo de inferioridade» (em sentido adleriano) não poderia encontrar-se mais a propósito». Com efeito, nas entrevistas formais a que foi sujeito (e sabe-se, de resto, que o mesmo se passava nos meios sociais em que se insinuava e em que se fazia valer — particularmente no meio estudantil, onde a sua diminuição física inspirava, naturalmente, benevolência e compaixão) não deixou de referir, entre outros, os seus «êxitos» no meio feminino...

Um teste de Rorschach, executado então, revelou traços de imaturidade psíquica.

O tempo de reclusão no Anexo e a sentença (aliás benévola) contra ele proferida em seguida não chegaram para o intimidar, nem para reforçar os seus confessados propósitos de se emendar: meses depois de posto em liberdade, noticiavam os jornais estar ele, de novo, a contas com a justiça, desta vez por se ter feito passar por estudante de Medicina... A sua disposição mitomaniaca, o seu desejo de auto-valimento (neuróticamente constituído) continuavam, pois, a impeli-lo (custa dizer, irresistivelmente) na carreira da delinquência, que aqui recebe a coloração da pseudologia própria de certas personalidades nevróticamente estruturadas.

Por fim, implicado uma vez mais em um caso de furto de automóvel, é novamente detido e, pouco depois, suicida-se.

Trágico fim de uma carreira de delinquência, que é de pôr em confronto com o caso anteriormente descrito, onde, em certa altura, surge o homicídio; neste, a agressividade volta-se para o próprio eu... Em um caso, como no outro, uma estruturação nevrótica da personalidade, procurando, através de obscuros e inconscientes dinamismos, a via da auto-expição e da auto-punição — levada esta até às suas últimas consequências, no caso que acabamos de referir: a destruição corporal de si-próprio (completando, de certo modo, o trabalho já iniciado pela deformidade física) — a entrega do próprio eu físico a Thanatos, ao «instinto de morte» (Freud) — à sua própria pena de morte...

Bem profundas e complexas são as motivações do comportamento humano, desafiando os esforços de quantos ao problema da criminalidade se dedicam!

Todos serão poucos para, numa compreensiva orientação antropológica, se empenharem num sério esforço de Higiene mental (compreendida no mais vasto sentido), ao nível individual e social.

Programa esse liminarmente negado pelo ignominioso reconhecimento do carrasco [u] — intolerável encarnação das mais graves contradições, dos sentimentos mais ambivalentes, que possam projectar-se ainda, do arcaísmo dos tempos, sobre o mundo inter-pessoal dos nossos dias.

BIBLIOGRAFIA

- p] **Correia, Eduardo** — *Lições de Criminologia*. Coimbra, 1956.
- [2] **Jaspers, Karl** — *Psychologie der Weltanschauungen*. Spriger. Berlim.
- [3] **Frankl, Viktor** — *Ärztliche Seelsorge*. Deutliche. Viena, 1948.
- [4] **Sartre, J.-Paul** — *Saint Genet, comédien et martyr*. Gallimard. Paris, 1952.
- [5] **Camus, Albert** — *Uhomme révolté*. Gallimard. Paris, 1951.
- [6] **Hentig, Hans v.** — *Estudios de psicologia criminal*. T. II. Espasa. Madrid, 1960.
- [7] **Alexander, Franz** — *Psiquiatria dinamica*. Paidos. B. Aires.
- [8] **GÉNIL-Pérrin** — «La psychanalyse en médecine légale» in «*Ann. de méd. lég. et de poi. scientiph.*». Paris, 1932.
- [9] **Abrahamsen, David** — *Delito y psique*. Fundo de cultura económica. México. 1946.
- [10] **Jiménez de Asúa, Luis** — *Psicoanálisis criminal*. Ed. Losada. B. Aires, 1947.
- pi] **Cailliois, Roger** — *Instincts et société (sociologie du bourreau)*. Col. Médiations. Genebra, 1964.

LES CRIMES DE SANG NECESSITENT-ILS UNE REPRESSION SANGLANTE?

R. P. Joseph Vernet, s. j.

Ce rapport n'a pour but que de présenter quelques observations et d'apporter des précisions complémentaires aux remarquables conférences qui le précédèrent.

En qualité d'Aumônier et de criminogues, il m'est permis de connaître les réactions et les dispositions des détenus; puis, de les confronter avec les données scientifiques.

D'autre part, ayant eu le douloureux ministère d'assister des condamnés à mort, mais aussi le rare privilège d'obtenir, en deux ans, que cinq ne fussent pas exécutés, je connais de ce problème la face aux yeux clos et la face où luit toujours un pâle regard qui tremble encore mais s'ouvre toujours sur l'avenir.

I

1.°) — *Que pensent les intéressés de la Peine de Mort?*

Laissant délibérément de côté tout sentimentalisme, les appels à la pitié ou à la vengeance du public, les dernières lettres ou les ultimes paroles des condamnés, je vous révèle des témoignages d'un intérêt assez exceptionnel. Ils reflètent en effet la mentalité des intéressés et rapportent leur pensée sur la peine de mort. La plupart de ces témoignages ne furent pas manifestés à l'Aumônier ce qui les aurait faussés mais ils furent recueillis au cours de conversations entre compagnons de misère. Ils sont rapportés au naturel, sans retouche, avec leur accent de sincérité, et parfois même en leur expressions brutales ou cyniques. Jugez-en, mais du même coup notez-en l'idée essentielle qui se dégage de chacun d'eux.

CETTE PEINE INUTILE...

«Nous sommes condamnés à mort, c'est vrai. Mais notre mort effacera-t-elle nos actes ?

En France, cette peine nous retranche des vivants, puisque telle est la Loi; mais les victimes revivront-elles pour autant?

Il s'agit d'un court «passage» (et quel passage...); puis, tout est fini sans rien réparer. (Maison Centrale de LOOS).

QUI EMPECHE DE REPARER...

«Si j'étais passé «à la Veuve», je n'aurais pu regretter d'avoir donné la mort.

Je ne penserai plus, comme je le fais sans cesse, à la peine des miens, au mal causé aux autres par ma faute.

La prison est la plus grande punition qu'on puisse donner à un meurtrier. Certes, il y refait sa vie; mais au fond de lui-même, c'est la vraie mort: mort à la Joie, mort à l'Espoir».

...QUI INCITE AU SUICIDE...

«L'attente qui dure depuis des mois est un enfer. A chaque aube nouvelle, j'attendais; j'essayais de percevoir si la guillotine était dressée. Rien. Et chaque matin, l'angoisse me prenait à la gorge et me faisais trembler.

Au début, j'étais sûr d'être exécuté. Puis, peu à peu, je m'illusionnai. Enfin, la certitude que je mourrai revint me déchirer: quelque chose le criait en tout mon être...

Je regrette le geste qui fit de moi un meurtrier. Mais je dois reconnaître que, si je n'avais pas eu auprès de moi l'Aumônier pour me remonter, je crois bien que je me serai tué pour échapper à ces «aubes fatales» dont la pâle etreinte m'étouffait (Do u a i).

N'EST PAS LE PIRE SUPPLICE...

«Tu me demandes si je préfère être ici (à Poissy) plutôt que «raccourci»? J'aurais préféré être exécuté.

Sais-tu ce que cela me fait de revoir ma Mère au parloir? de recevoir du courrier de mes frères et soeurs? et de ne jamais avoir la visite de mon Père, jamais un mot de lui... M'a-t-il pardonné? Depuis 11 ans, pas un mot de lui. Et mon fils, quand on lui parle de moi il répond: «Je ne me rappelle plus... Je ne le vois point». Il va partir au régiment, et m'oublier encore davantage...

Ma femme, elle, s'est remariée. Foyer détruit, famille perdue, n'est-ce-pas punition suffisante ?

Je pourrai peut-être refaire ma vie, mais il me manquera toujours quelque chose: le goût de vivre».

EFFRAYE SANS AMENDER...

«Je l'ai échappé de justesse, ouf! (il avait tué deux vieillards et les aurait fait manger par des cochons). Je préfère vivre. Tuer, jamais plus... Après les «assiettes» (les Assises), 45 jours d'attente, c'est terrible. J'aime mieux voler à l'avenir: on «paye» moins.

2.° — *Que pense actuellement VEglis de la Peine de*

L'Eglise n'a pas de doctrine définie sur la peine capitale et elle n'a pas à prendre position, dans la mesure où cette question relève du domaine temporel des Etats et intéresse l'organisation intérieure de chaque nation.

Les théologiens et les moralistes ont pu tenter de la justifier pour ime époque donnée ou pour telles moeurs vécues. Mais l'Eglise ne **légitima** pas la peine de mort; elle ne la condamne pas non plus. Il n'est pas de son ressort d'entreprendre de grandes campagnes d'opinion pour obtenir la suppression des exécutions capitales; elle n'a pas à le faire. Elle fait mieux: sachant que c'est un mal lié à d'autres maux, elle s'emploie à sa disparition par l'amélioration des moeurs, des lois et des coutumes.

Nous sommes donc tout à fait libres pour prendre parti à ce sujet. Ainsi que je l'écrivais dans la *Croix de Paris* : jadis il eût paru impossible de condamner la peine de mort, car elle pouvait se justifier en morale et en droit comme un moyen de défendre la société et de protéger l'individu. Mais, depuis, l'Eglise est parvenue avec patience à transformer cette société pour la rendre moins brutale, plus attentive à la valeur de la vie humaine. Tout comme pour l'esclavage, les guerres, les oppressions politiques ou racistes, il lui a suffi de mettre en lumière les principes essentiels de l'Evangile pour que progressivement les moeurs s'humanisent et que s'affinent les consciences. Par delà les controverses et les variations des Codes et des sanctions pénales, ime conception plus respectueuse de la personne humaine s'est faite jour, puis s'est imposée. Le progrès se réalise, grâce aux dispositions fraternelles des consciences chrétiennes et au sens des responsabilités, en tenant mieux compte des valeurs spirituelles.

La peine de mort apparaît alors comme une solution misérable **dans** la mesure où elle élimine le coupable sans réparer le crime. Toute sanction doit viser à l'amendement: la Justice ne s'exerce pas seulement par une repression impitoyable, mais par la protection des droits de tous, ce qui n'exclue donc pas la miséricorde; enfin, pour ne pas devenir inhumaine la peine doit toujours se profiler sur un fond d'Espérance.

Or, s'il s'est prouvé que d'autres peines peuvent, tout aussi bien que la peine de mort, garantir la sécurité de l'individu et l'ordre de la société; s'il est démontré que des mesures préventives seraient encore plus efficaces, le supplice capital est une vaine cruauté, un barbare anachronisme à supprimer. C'est ce qu'il nous faut démontrer.

III

30 — *La Peine de remplacement (en général : la réclusion) suffit-elle pour enrayer efficacement le crime?*

Pour répondre à cette question pratique, qui fut du reste sérieusement et longuement étudiée avant de prendre des décisions légales, il faut et un certain recul dans le temps, et une certaine variété d'expériences selon les pays.

Je vous sou mets les tableaux et les graphiques qui résultent de mes recherches d'après les statistiques criminelles internationales réunies par *Interpol*, qui portent sur une période d'au moins 10 ans.

Tableau N.° 1

Années	Pays latins où la peine de mort est					
	Abolie		Maintenue			
	Portugal	Italie	Espagne	France	Nombre de	
					condamnations*	executions
1953	3,08	3,42	—	2,79	10	2
1954	2,96	3,64	—	2,88		
1955	3,1	3,68	—	0,95		
1956	2,36	3,96	—	0,84	5	2
1957	2,31	3,29	—	8,95		
1958	2,42	3,31	—	8,69	7	3
1959	—	3,25	7,12	11,47	5	1
1960	—	3,18	6,95	5,85	10	2
1961	2,34	2,93	—	7,31	18	1
1962	1,8	2,64	—	5,73	8	0**
1963	1,9	2,66	2,53	3,12	23	0
1964	2,5	2,58	2,72	2,78		

Volume de la criminalité des homicides volontaires = chiffre par 100 000 habitants

Variation des condamnations à mort et des exécutions annuelles en France

* Le nombre des condamnations a fortement diminué en France entre 1826 et 1830, on compte 354 condamnations soit près de 90 par an; en 1921, on compte 20 par an; en 1960, 2 par an.

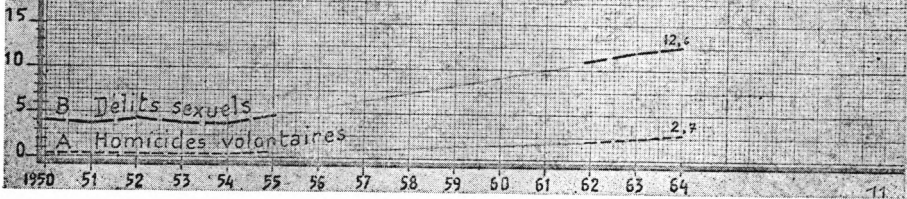
** Ne sont pas comptées les exécutions politiques.

Or, il apparait nettement, d'après les courbes, que les délits sexuels présentent des variations et un ordre de grandeur dissemblables selon qu'il s'agit de l'Espagne et de l'Italie d'une part, ou des pays nordiques d'autre part. Alors que la courbe des homicides volontaires demeure à peu près étale, sans grande variation, pour tous les pays étudiés, qu'ils soient abolitionnistes ou non.

Le tempérament et les moeurs paraissant donc avoir une part en ces variations, tandis que le rôle de l'intimidation ne semble guere entrer en ligne de compte puisque le nombre des homicides volontaires demeure à peu près inchangé.

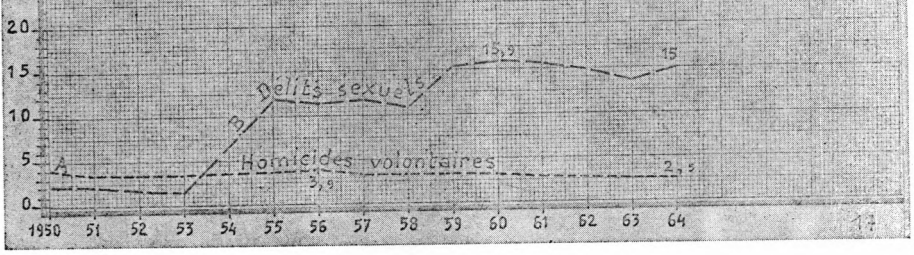
Espagne

Volume de la criminalité
(Nombre d'infractions détectées par 100000 habitants)



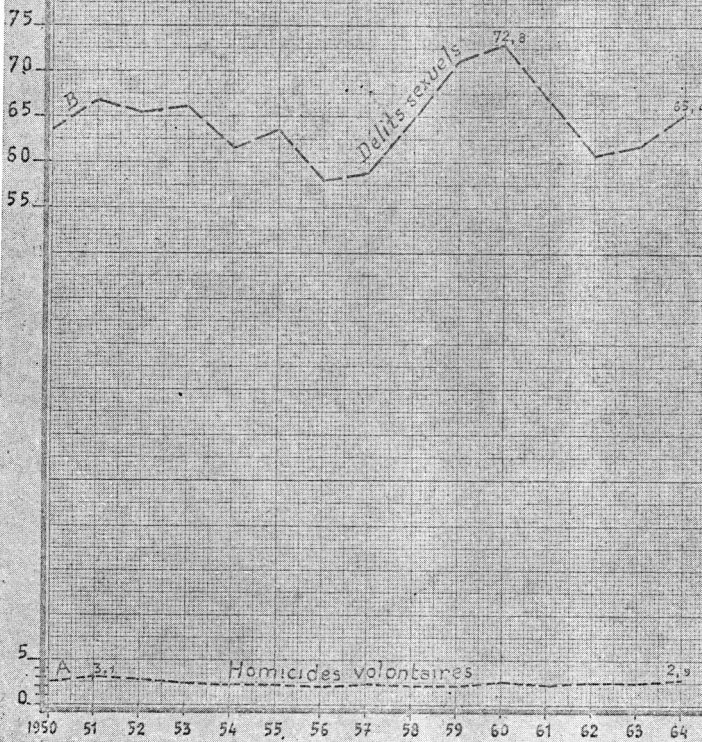
Italie

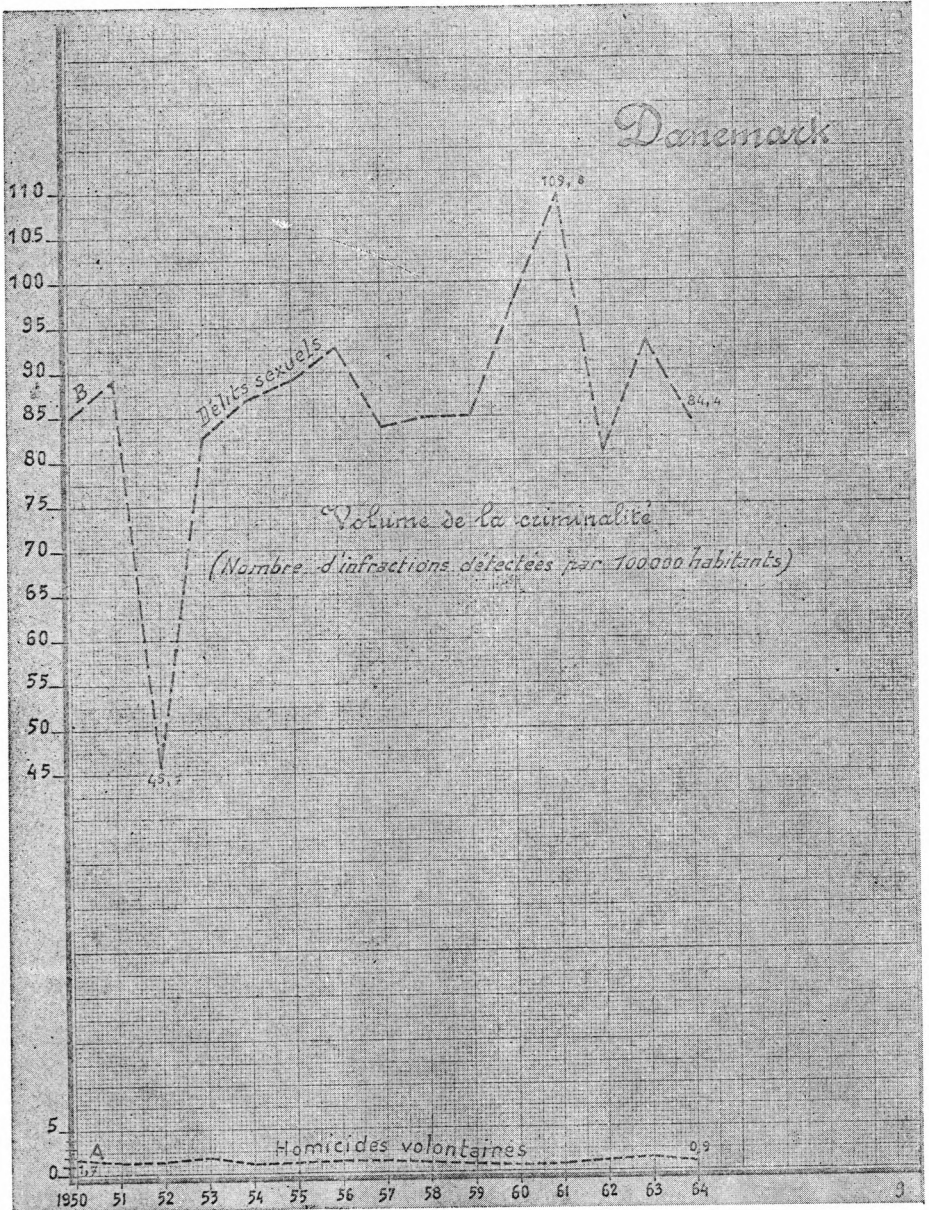
Volume de la criminalité
(Nombre d'infractions détectées par 100000 habitants)



Pays Bas

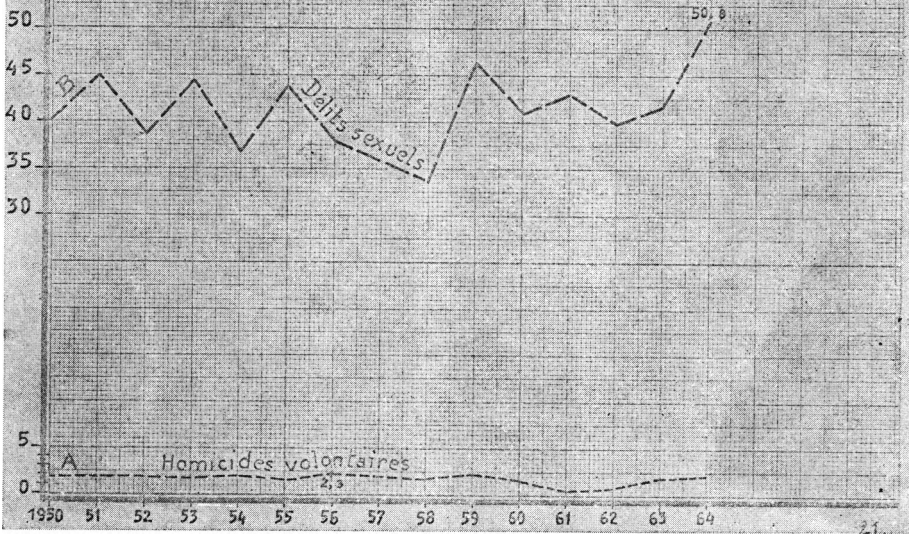
*Volume de la criminalité
(Nombre d'infractions détectées par 100 000 habitants)*





Suède.

Volume de la criminalité
(Nombre d'infractions détectées par 100 000 habitants)



IV

4.° — *La peine de remplacement ne se révèle-t-elle pas à l'usage insupportable à tout être humain, et finalement plus cruelle que l'exécution?*

La question reste toujours posée: «pour punir le crime, faire mourir sans souffrir ou faire souffrir sans mourir...»

Pour répondre à ce dilemme, — du reste assez fallacieux —, j'entrepris, avec le concours des services du Droit Comparé, une enquête auprès des pays de l'Europe qui ont remplacé la peine de mort par une peine d'encellulement perpétuel ou temporaire.

Il s'agissait de savoir si un tel régime entraînait des cas de folie plus nombreux, des décès précoces, des suicides multipliés, des tentatives d'évasion ou des punitions fréquentes.

Nous avons choisi l'année 1960 comme étant la mieux indiquée pour nos recherches, à cause de l'apaisement des conditions politiques et de l'expérience suffisante des pays récemment abolitionnistes.

En voici les résultats sous la forme simplifiée de tableaux qu'accompagne un bref commentaire:

Tableau N.° 2

SUR LES CAS DE FOLIE

Pays	Nombre de détenus perpétuels	Cas d'aliénation mentale en 1960
Autriche	155	3
Belgique	101	1
Danemark	33	0
Italie	673	16
Norvège	3	0
Pays-Bas	h	0
Suisse	33	1
i		

On relève pour l'année 1960 21 cas d'aliénation mentale pour 1 009 condamnés à perpétuité, soit environ: 2%.

Dans les pays d'Europe, la moyenne est de 25 cas pour 10 000 habitants.

Les cas de folie seraient donc 10 fois plus nombreux parmi les détenus perpétuels.

Mais, il ne faut pas oublier que la plupart de ces délinquants présentent une fragilité psychique extrême et souvent leurs troubles mentaux sont aggravés par l'encellulement.

Tableau N.° 3
SUR LES ÉVASIONS

Pays	Evasions réussies	Tentatives en 1960
Autriche	2	0
Belgique	0	0
Danemark	3	0
Italie	4	0
Norvège	0	0
Pays-Bas	0	0
Suisse	1	2

A titre de curiosité, et non de comparaison, car les situations sont très différentes, notons que, pour cette même année 1960, il y eût en France 241 faits d'évasion, concernant 292 détenus dont 74 en établissement fermé sur une population pénale de 28 000 détenus.

(Un simple calcul montre que la proportion des évasions chez les condamnés des pays abolitionnistes n'excède pas celles de nos prisons, environ 1%).

Tableau N.° 4
SUR LES SUICIDES

Pays	Condamnés à perpétuité	Homicides	Suicides et tentatives en 1960
Autriche	155	2	1
Belgique	101	57	1
Danemark	33	15	1
Italie	673	51	1
Norvège	3	3	0
Pays-Bas	11	-	0
Suisse	33	—	0

Dans une population libre, on relève entre 16 et 18 suicides pour 100 000 habitants (enquête de l'O. M. S. en 25 pays comptant 400 millions d'habitants).

A titre d'indication, en cette même année 1960, il y eut en France 12 suicides parmi 28 000 détenus. Les chiffres fournis par les pays abolitionnistes sont trop faibles (4 pour 1009 condamnés), ne sont pas d'ordre statistique et ne sauraient nous permettre aucune conclusion scientifique.

Tableau N.° 5
SUR LES DÉCÈS

Pays	Age moyen en 1960			Nombre des détenus perpétuels décédés en 1960
	De la population pénale	Condamnés à perpétuité		
		Vivants	Décédés	
Autriche	34 ans	42 ans	43 ans	2
Belgique	—	47 ans	—	0
Danemark	26 ans	38 ans	—	0
Italie	30 ans	54 ans	64 ans	1
Norvège	45 ans	44 ans	—	0
Pays-Bas	47 ans	46 ans	—	0
Suisse	38 ans	42 ans	—	0

Ce tableau montre que la moyenne d'âge des condamnés à perpétuité est évidemment plus élevée que celle de la population pénale temporaire, et surtout que les décès ne sont ni fréquents, ni prématurés.

Dans la même perspective, nous avons cherché à connaître quelle était la conduite des détenus à vie. Certains rapports l'affirment: «meilleure que celle des condamnés ordinaires», ce qui n'est pas surprenant, si nous songeons au retour sur soi-même et à la prise de conscience qui suivent une sévère condamnation. Voyons, de façon plus précise, les chiffres des punitions relevées en 1960

Tableau N.° 6
SUR LES PUNITIIONS

Pays	Journée de cachot	Punitions diverses en 1960
Autriche	107	47
Belgique	—	20
Danemark	31	—
Italie	171	75
Norvège	—	—
Pays-Bas	perpétuité pour meurtre d'un détenu	
Suisse	10	

On constate que le nombre des punitions n'est pas exagéré, et donc que les condamnés à perpétuité ne cherchent pas à susciter de graves, ni de trop nombreux incidents. Ils s'adaptent à leur peine, si longue soit-elle, parce qu'elle ne leur apparaît pas inhumaine.

Mais beaucoup mieux encore que les rapports des directeurs de prison qui répètent en général: «Bonne conduite... Bon travail... Bon comportement), leur satisfaction se manifeste de manière plus précise par les grâces qu'ils accordent à cette catégorie de détenus. L'em¹ appréciation engage alors leur responsabilité. Voici la liste de leurs propositions de grâces:

Tableau N.° 7

SUR LES GRACES OBTENUES

Pays	Propositions de grâces en 1960 en faveur des détenus	Amendement
Autriche	5 sur 34 détenus	14%
Belgique	22 » 101 »	20%
Danemark	4 » 33 »	10%
Italie	32 » 673 »	5%
Norvège	95 depuis 1945	
Pays-Bas	4 pour 11 détenus	-
Suisse	1 sur 33 détenus	—

Ce tableau des grâces obtenues et des réductions de peine requises prouve les efforts des condamnés à vie. Ils sont appréciés, non en une formule globale et anonyme, mais par un jugement individuel qui montre qu'au moins 5% des condamnés sont en voie de relèvement et que cette proportion peut même atteindre 20% d'entr'eux.

Une autre remarque intéressante consiste à noter que les pays où l'amendement est le plus fréquent sont également ceux dont les lois prévoient une libération anticipée après une détention de durée **minimale** variant de 10 à 25 ans.

Tableau N.º 8

Pays	Détenition minimale exigée avant toute demande de libération
Belgique	10 ans
Danemark	10 ans
Autriche et Suisse	15 ans
Norvège et Pays-Bas	20 ans
Italie	25 ans (en projet)

★

★

★

Notre conclusion pourrait se résumer en trois propositions:

— La peine de mort n'est plus justifiée du fait que, pour punir le crime et protéger la société, la peine de remplacement *s'avère efficace*.

— La peine de remplacement, tout en étant sévère, *doit rester stimulante* en tenant compte des efforts personnels du condamné.

— Le condamné vaut, en général, mieux que son acte — souvent tragique et déplorable événement dans sa vie, qu'il veut oublier, dépasser, réparer. C'est pourquoi, même au cours d'une longue détention, il ne faut pas supprimer *l'éventualité d'une* , car, si l'on veut que le détenu reste un homme, sans traîner indéfiniment une existence passive et de plus en plus hébétée, on doit toujours, par delà les hauts murs de la prison, laisser poindre le rayon lumineux de l'espoir.

DAS NATURRECHT UND DIE AUFKLÄRUNG

F. Wieacker

I

Es ist für mich eine Freude, an diesem Kongreß teilnehmen zu dürfen, der aus einem für dieses humane Land so ehrenvollen Anlaß zusammengerufen worden ist. Ihre ehrwürdige Universität Coimbra hat mir die Ehre erwiesen, auch mich einzuladen und trotz meines Hinweises auf meine Unzuständigkeit für die Geschichte des Strafrechts, der Strafsysteme und der Todesstrafe daran festgehalten. So versuche ich meinen Dank abzutragen, indem ich mein Thema in der Geschichte jener mächtigen europäischen Geistesbewegung wähle, die im letzten Grunde zum Verzicht auf die ungemessene Vergeltung gegen den Rechtsbrecher durch Vernichtung seiner physischen Existenz geführt hat. Ich meine die Aufklärung.

Auch für den Historiker des Privatrechts ist die **Aufklärung** ein zentraler und legitimer Gegenstand. Aber ihre innere Geschichte ist reicher differenziert und weniger eindeutig, als sie dem allgemeinen Urteil heute erscheint. Das besondere Problem, das ich mir stelle und das mich seit langem beunruhigt, ist das Verhältnis der Aufklärung zum Naturrecht. Mit den wenigen leichten Worten, die ich ihm auch in der zweiten Auflage meiner «Privatrechtsgeschichte» habe widmen können, ist es weder für mich noch für die Leser gelöst. Ich brauche dabei nicht zu sagen, daß sich meine Zuständigkeit im wesentlichen auf die mitteleuropäische, allenfalls auf die atlantisch-west-europäische Aufklärung beschränkt: für

ihre ganz selbständige Entwicklung in den nichtfranzösischen lateinischen Ländern, wie vor allem dem Ihrigen, von der auch dieser Kongreß ein so glänzendes Zeugnis ablegt, bin ich auf Informationen aus zweiter Hand beschränkt; ja gerade auch die Hoffnung, von Ihnen mehr darüber zu lernen, hat mich nach Coimbra geführt.

II

Für das Verhältnis von Naturrecht und Aufklärung gibt es eine *communis opinio*, die sich seit alter Zeit gebildet hat und noch heute unsere Urteile und Vorurteile beherrscht. Ein Symptom für eine solche *communis opinio* ist die gemeinsame Auffassung eines Sachverhalts durch gegensätzliche ideologische Fronten. Eine solche Übereinstimmung besteht seit dem Ende des 18. Jhs. zwischen den rationalistisch-progressiven und den historisch-konservativen Richtungen über einen engen Zusammenhang zwischen dem profanen Vernunftrecht und der Aufklärung; beide zusammen hätten das «Zeitalter der Vernunft» heraufgeführt. Für den westeuropäischen Liberalismus verläuft eine ununterbrochene Ahnenreihe von Grotius über Pufendorf und ihre Interpreten Vattel, Burlamacqui und Barbeyrac, den französischen Enzyklopädisten und der Gründung des Bundes der dreizehn nordamerikanischen Staaten bis zu den Bemühungen unserer Zeit um Weltfrieden, Menschenrechte und rechtlichen Austrag der internationalen Konflikte. Auf der anderen Seite haben die konservativ-historischen Kritiker der Aufklärung in Mitteleuropa, Frankreich, England und der lateinischen Iberia in Vernunftrecht, Aufklärung und großer Revolution einen einzigen Gegner bekämpft: so in meinem Lande das Programm der historischen Rechtsschule, die Politische Romantik, der historischen Katholizismus und die hegelsche Rechte, mit denen in anderen Ländern bei aller Verschiedenheit der Ausgangspunkte ein Burke, ein Chateaubriand, ein Donoso Cortez wetteiferten. Dass etwa Kant zugleich ein Zerstörer des vorkantischen Vernunftrechts und einer der großen Denker der mitteleuropäischen Spätaufklärung war, hat diese Interpretation bis heute nicht beirren können.

Unbefangener haben das Verhältnis der rechtswissenschaftliche und der soziologische Positivismus, die hegelische Linke und endlich der Naturalismus und Monismus des späten 19. Jhs. gesehen: geborene Erbe und Bekenner der politischen Aufklärung, waren sie zugleich die Todfeinde nicht nur eines idealistisch-spiritualistischen Naturrechts. Ganz selbständig hat endlich Otto von Guericke sein Bekenntnis zur altnaturrechtlichen Tradition von seinem Kampf gegen den mechanistischen Rationalismus getrennt gehalten.

Aber es sind nicht nur die großen ideologischen Parteien, die sich auf die konventionelle Formel geeinigt haben. Auch die unparteiische Forschung des Historismus schien ihr Recht zu geben. Kein geringerer als Dilthey sah in der Gründung der Aufklärungsuniversität Halle die Geburtsstunde, im Allgemeinen Landrecht die Krönung eines «Preußischen Naturrechts». In neuerer Zeit hat der Plinweis Welzels auf die Wirkungen Pufendorfs in der nordamerikanischen Revolution, die Untersuchung rechtsstaatlicher Bestrebungen im Allgemeinen Landrecht und im österreichischen Josephinismus und eine zurückhaltendere Beurteilung des kantischen Einflusses auf den Gesetzgeber des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches die Zusammenhänge zwischen Vernunftrecht und Aufklärung unterstrichen. Allgemeiner ist etwa Leo Strauss' History and Natural Rights ein bedeutendes Symptom für die fortwirkende Kraft dieser Vorstellung.

III

Das konventionelle Bild ist nicht falsch. Aber es ist zu undifferenziert und droht, wenn es nicht präzisiert wird, zu einer Schablone zu werden, die sich einer fortschreitenden Einsicht in die geistigen Bewegungen des 18. Jhs. in den Weg stellt. Seine Revision ist seit langem vor allem durch die Erkenntnis vorbereitet, daß auch das Vernunftrecht den Zusammenhang mit der Tradition der antiken und mittelalterlichen Staats- und Sozialphilosophie nicht preisgegeben hat.

Schon seit der Mitte des vorigen Jhs. war die im 18. Jh. vergessene Abhängigkeit des Grotius und somit seiner vernunftrechtlichen Nachfolger von jener spanischen Spätscholastik wieder entdeckt worden, die mit der europäischen Aufklärung in keine Verbindung gebracht werden kann. Diese Abhängigkeit hat sich trotz gelegentlicher Übertreibungen bis in die jüngste Zeit in unserem Jahrhundert bestätigt. Seitdem hat die «Renaissance des Naturrechts» die umfassendere **Kontinuität** des antik-**okzidental**en Naturrechts als Problem und als geistige **Disziplin** wieder in Erinnerung gebracht. Ein bedeutendes Symptom ist die durchgehende Thematik der Gerechtigkeitsfrage von den Anfängen des griechischen Denkens bis zur Gegenwart in Welzels klassischem Buch «Naturrecht und materiale Gerechtigkeit». Dadurch ist die frühere Isolierung des modernen Vernunftrechts von der vorausgehenden Tradition unmöglich geworden. Das Vernunftrecht als solches ist gerade keine Schöpfung erst des «Zeitalters der Vernunft».

Ferner hat sich gezeigt, daß auch innerhalb des Vernunftrechts die schon in der Antike angelegten Gegensätze eines rational-idealistischen und eines existenziell-voluntaristischen Naturrechts sich fortsetzten. Es ist keine geschlossene Doktrin, der die Aufklärung im Vernunftrecht begegnete. Vielmehr haben auf die Aufklärung zugleich die idealistischen Naturrechtskonzeptionen des Grotius und des Christian Wolff und die voluntaristischen Versionen des Hobbes, Pufendorf und Thomasius gewirkt.

Endlich hatte sich mit dem Begriff des Vernunftrechts ursprünglich eine vereinfachte Vorstellung von Säkularisation verbunden, die seine Zuordnung zu der (unzweifelhaft säkularistischen) Aufklärung des 18. Jhs. begünstigte. Eine genauere Bestimmung der Tragweite der Säkularisation mußte auch diese Auffassung korrigieren.

Nach alledem empfiehlt es sich zunächst, innerhalb der beiden Komplexe «Naturrecht» und «Aufklärung» die notwendigen Differenzierungen anzubringen und sodann zu fragen, welche Elemente der beiden Bewegungen einander unterstützen, und welche einander schließlich als unvereinbar abstoßen mußten. Nur auf diese Weise läßt sich eine genauere Antwort auf die Frage nach der Beziehung von «Naturrecht» und «Aufklärung» erhoffen.

IV

Beginnen wir zunächst mit der Aufklärung. Auf den ersten Blick erscheint die Aufklärung des 18. Jhs. als eine einheitliche europäische Bewegung: nämlich als ein allgemeiner Gesinnungswandel in den moralischen und sozialen Wertungen und ein daraus hervorgehendes gesellschaftliches Aktionsprogramm, das sich die Veränderung der rechtlichen, sozialen und politischen Institutionen zum Ziel setzte. Als eine solche Reformbewegung richtete sich die Aufklärung notwendig überall gegen die bestehenden historischen Bewertungen und die Formen des Rechtslebens der politischen Stände und Korporationen und der Kirche. Geistig bekämpfte sie den metaphysischen Spiritualismus der Scholastik und damit auch die überlieferten Bildungsformen der Kirche und der alten Universitäten des Mittelalters, der Reformation und der Gegenreformation. Rechtskritisch bekämpfte sie die Einrichtungen des historischen Rechts, die sie mit der natürlichen Vernunft nicht in Einklang fand; politisch die historischen Institutionen, die sich nicht durch ihre Vernünftigkeit, sondern nur durch Überlieferung oder vorgegebene Machtverhältnisse legitimieren ließen.

Aber abgesehen von dieser übereinstimmenden Grundtendenz hat die Aufklärung in den verschiedenen europäischen Staaten des 18. Jhs. ein ganz verschiedenes Gesicht. Das war schon in der Verschiedenheit der politischen und gesellschaftlichen Ausgangssituation begründet. Wir unterscheiden zunächst eine westeuropäische und eine zentraleuropäische Aufklärung; auch innerhalb dieser Hauptprovinzen zeigen sich Überschneidungen.

1(a) Die Heimat der westeuropäischen Aufklärung ist *England* seit der Glorious Revolution. Ihr gesellschaftlicher Boden war der politische und wirtschaftliche Aufstieg einer bürgerlichen Gesellschaft des städtischen Unternehmertums, der gebildeten Gentry und der hauptstädtischen literarischen Zirkel. Ihre moralischen Impulse waren die Gesinnung eines von Staatskirche, Roundheads und Restauration der letzten Stuarts nicht mehr gesellschaftlich unterdrückten Dissenter- und Freidenkertums; ihre politische Philosophie Miltons Demokratismus und John Lockes Sensualismus; ihr Organ die großen Wochenschriften und die sonstige gesellschaftskritische und moralistische Literatur. Aber während die Aufklärung das moralische und soziale Selbstbewusstsein der englischen Gesellschaft im 18. Jh. grundlegend veränderte, verhinderte die Selbstidentifizierung dieser Gesellschaft mit dem regierenden Parlament oder doch einer der beiden regierungsfähigen Parteien, und der starke Traditionalismus des insularen Denkens eine äußere Auswirkung in politischen und sozialen Reformen. Die englische **Aufklärung** und das Vemunftrecht haben die Rechtsordnung und die herkömmlichen politischen Institutionen der Heimat dieser Bewegung selbst kaum am Rande berührt.

(b) In *Frankreich* rief die englische Aufklärung, unterstützt durch Einflüsse aus dem reformierten Holland und der romanischen Schweiz, eine ähnliche Veränderung des bürgerlichen Bewußtseins hervor. Doch nahm die Aufklärung hier statt der moralisch-pädagogisch-utilitaristischen Züge ihres Mutterlandes eine radikale, abstrakt-rationalistische und antimetaphysische Färbung an. Denn gegenüber dem stationär gebliebenen staatlichen oder kirchlichen Machtsystem des Absolutismus wurde sie zu einer literarischen und politischen Opposition, die die Provinzialmetropolen, die Hauptstadt und schließlich auch den Hof intellektuell und gesellschaftlich beherrschte, während doch zugleich die alten politischen, kirchlichen, sozialen und rechtlichen Zustände bis zum Regierungsantritt Ludwigs XVI. unverändert blieben. An dieser überaus gefährlichen Lage scheiterte die politische, soziale und justizpolitische Reform Frankreichs,

bis die aufgestaute Spannung zwischen den bestehenden Zuständen und dem oppositionellen Bewußtsein sich in jener Explosion entlud, die dann das Zeitalter der Aufklärung selbst beendigen sollte, das die Revolution vorbereitet hatte.

2. Die westeuropäische, vor allem die englische Aufklärung hatte auch die *zentraleuropäische* geistig beeinflußt. Aber in ihrem Kern hatte diese andere Voraussetzungen und Impulse; gänzlich verschieden waren auch ihre politischen und gesellschaftlichen Auswirkungen. Wir betrachten zunächst die Aufklärung in den beiden deutschen Hauptstaaten Preußen und Österreich.

(a) Der Nährboden der *preußischen* Frühaufklärung war ähnlich wie in England ein Gesinnungswandel der bürgerlichen Schichten durch eine gegen die herrschende protestantische Orthodoxie und ihr Staatskirchentum gerichtete religiöse Erweckungs- und Toleranzbewegung; diese Ursprünge treten besonders deutlich hervor in Christian Thomasius⁵ Beziehungen zu Arnold und dem hallischen Pietismus. A.ber mangels einer bürgerlichen Gesellschaft, die sich mit der Nation identifizieren konnte (wie in England) oder doch den Anspruch auf gesellschaftliche Maßgeblichkeit erhob (wie in Frankreich) waren diese Gesinnungen darauf angewiesen, sich im gelehrten und gebildeten Beamtentum des absoluten Staates selbst durchzusetzen. Gerade auf diesem Wege verwandelten sie den alten lutherisch-patriarchalischen Absolutismus selbst in einen philosophischen, aufgeklärten. Die preußische Aufklärung blieb daher zunächst eine Aufklärung «von oben»; gesellschaftskritische Züge nahm sie erst an, als sich in der zweiten Hälfte des 18. Jhs. ein gesamtdeutsches bürgerliches Nationalgefühl bildete und in Konflikte mit der politisch-kirchlichen Reaktion geriet, die sich nach dem Tode Friedrichs des Großen in Preußen durchsetzte. Eben diese Lage ermöglichte aber der preußischen Aufklärung frühe, wirksame und durchgreifende Reformen, sobald es ihr gelang, den Souverän für ihre Forderungen zu gewinnen. Das geschah vor allem auf dem Feld der Justiz- und Rechtsreform; die Aufhebung der Folter sofort nach dem Regierungsantritt Friedrich d. Gr. ist ihr frühester, wenn auch nicht ihr wichtigster Triumph. Dagegen kamen die Reformen vor den bestehenden ständischen und Verfassungszuständen zum Stehen. In der Bauernbefreiung war Dänemark schon vor der Französischen Revolution Preußen voraus.

(b) Die *süddeutsch-österreichische Aufklärung* hatte ursprünglich andere geistige und religionspsychologische, aber ähnliche gesellschaftliche

und moralische Voraussetzungen wie die preußische und daher auch vergleichbare politische und justizpolitische Wirkungen. Mit der protestantischen Aufklärung stimmte sie überein in der Befriedung der Religionskämpfe und der Ausbildung einer staatsbürgerlichen Toleranz — nur daß hier natürlich das Stimulans der pietistischen Erweckungsbewegung fehlte. Gemeinsam ist beiden deutschen Aufklärungsbewegungen auch das Hervortreten der objektiven und rationalen Staatsaufgabe, das sich aus dem Aufstieg des Souveräns über die Stände und die historischen kirchlichen Gewalten ergab. Beide beherrscht daher die Tendenz zur Rationalisierung des Staatslebens und Nivellierung der regionalen Unterschiede in den ererbten Territorien zur Sicherung der Gleichheit der Rechtsstellung der Untertanen und zur Modernisierung und Humanisierung des überlieferten Rechtswesens. Es ist für diese Übereinstimmung keimzeichnend, daß die süddeutsch-österreichische Aufklärung Christian Wolffs Staats- und Moralphilosophie übernehmen konnte: sie enthielt eine allgemeine abstrakte Pflichtenlehre für den gesellschaftlichen Verband zwischen dem Souverän und dem Untertan und eine einleuchtende Bestimmung des Staatszwecks als «Beförderung der Glückseligkeit» der Untertanen. An den österreichischen und süddeutschen Unterrichtsanstalten des 18. Jhs. fand daher schließlich Christian Wolff ebenso bereitwillig Eingang wie in Preußen und Sachsen nach dem Zusammenbruch des Widerstandes der protestantischen Orthodoxie, mit der einst Pufendorf seine Kämpfe von Lund aus geführt hatte, und die sich bei Christian Wolffs Vertreibung aus Halle (1723) noch einmal hatte durchsetzen können.

Indessen begegnete der österreichisch-süddeutschen Aufklärung in den Ländern der deutschen Gegenreformation in der katholischen Kirche ein ernsterer Gegner als der protestantischen in den nordwestdeutschen Landeskirchen oder im friderizianischen Preußen mit seinem auf religiöse Innerlichkeit zurückverwiesenen Bürgertum. In den deutschen katholischen Ländern war die Aufklärung gewiß kein kulturkämpferischer Laizismus; die an einen Kulturkampf streifenden Eingriffe Josephs II. sind staatskirchliche, nicht laizistische. Erst recht gilt dies für die geistlichen Besitztümer und Herrschaften in Franken, im Südwesten, am Rhein und in Westfalen, in denen vielfach Sekundogenituren katholischer Dynastien mit einem etatistischen und rationalistischen Beamtenstab, ähnlich wie in den aufgeklärten Staaten Italiens und der Pyrenäenhalbinsel, die tradierten kirchlichen Macht- und Autoritätssysteme zurückdrängten.

3. Ich habe mich mit der westeuropäischen und der mitteleuropäischen Aufklärung auf die beiden Grundtypen beschränkt, die meiner persönlichen Zuständigkeit näher liegen. Mit den weiteren Provinzen der europäischen Aufklärung betrete ich Bereiche, die sich

meinen unmittelbaren Erfahrungen entziehen. Ich beschränke mich hier auf Andeutungen.

(a) Eine Variante der westeuropäischen Aufklärung ist die Ideologie der nordamerikanischen Revolution: sie hat sowohl englische wie, auf unmittelbare Wege, Einflüsse der französischen Spätaufklärung aufgenommen, und das Zusammentreffen dieser verschiedenen Elemente hat sich bekanntlich in den großen Gegensätzen zwischen den konservativen und den progressiv-föderalistischen Staatsmännern ausgesprochen. Die politische Theorie der dreizehn Staaten hat neben John Locke durch die Vermittlung der Schweizer Popularisatoren auch die Wirkungen von Grotius, Pufendorf und in Spuren selbst von Christian Wolff übernommen.

(b) Ein zweiter Kreis ist die skandinavische und osteuropäische Aufklärung, die von Haus aus durch ihre Verbindung mit dem Absolutismus der mitteleuropäischen näher steht als der westeuropäischen. Doch sind sowohl in Schweden wie auch im katharineischen Rußland auch unmittelbare Wirkungen der französischen zu verzeichnen, und vollends in Polen setzten sich am Vorabend seiner politischen Überwältigung durch die Kontinentalmächte die politischen und sozialen Reformideale der französischen Aufklärung und der ersten Phase der französischen Revolution unmittelbar durch.

(c) Ein dritter Typus ist die südeuropäische Aufklärung in den italienischen Sekundogenituren der Habsburger und Bourbonen und auf der Pyrenäenhalbinsel. Für ein Urteil über die geistigen Voraussetzungen dieser mächtigen Bewegungen und über den englischen und französischen Einfluß auf die iberischen Staaten und der österreichischen Aufklärung auf Mailand, Modena und die Toskana hin ich nicht zuständig. Im Gegensatz zu Frankreich ergriff jedenfalls eine besonders in Italien weit vorgeschrittene Aufklärung der bürgerlichen Gesellschaft hier auch die Höfe und führte wie in Mittel- und Nordeuropa zu unmittelbaren Staats- und Justizreformen der Regierungen. Und ähnlich wie die österreichisch-süddeutsche Aufklärung geriet sie dabei in einen etatistischen Gegensatz zu den tradierten Autoritäts- und Machtverhältnissen der Kirche, ihrer geistlichen Hierarchie, ihrer großen Orden und ihrer Unterrichtsanstalten. ^v

V

Ich wende mich nun dem zweiten Element, dem «Naturrecht», zu. Als Veränderung des religiösen, moralischen und sozialen Bewußtseins der Gesellschaft und der Regenten und als ein politisches und soziales

Aktionsprogramm ist die europäische Aufklärung eine konkrete geschichtliche Erscheinung des 18. Jhs. Nach dem Verhältnis des Naturrechts zur Aufklärung können wir daher sinngemäß nur fragen, sofern wir auch das Naturrecht als geschichtliches Phänomen dieser Zeit betrachten. Nim ist aber das Naturrecht zugleich eine beständige antik-okzidentale Tradition: eine dauernd fortlebende Sozialphilosophie, deren wechselnde Fassungen jeweils die verschiedenen moralischen, politischen und methodischen Überzeugungen ihrer Zeit in sich aufnahmen. Auf die Aufklärung konnten nur die historischen und geistesgeschichtlichen Ausprägungen dieses Naturrechts Einfluß haben, die mit dem neuen Selbstbewußtsein der Aufklärung und ihrem konkreten politischen Programm vereinbar waren. Es wird also nötig, die verschiedenen Elemente des modernen Naturrechts selbst zu untersuchen.

2. (a) Vereinbar war von vornherein mit den religiösen und moralischen Impulsen der Aufklärung nur das säkularisierte Naturrecht, das wir im folgenden in Kürze «Vernunftrecht» nennen. Dabei verstehen wir unter 'Säkularisierung' wesentlich nicht einen religionsgeschichtlichen, sondern einen methodischen Vorgang: die Ablösung der naturrechtlichen Sozialphilosophie von der Lehrmaterie der Moralthologie beider Konfessionen. Das hieß, nach Reformation und Gegenreformation, notwendig auch eine Entkonfessionalisierung des Naturrechts. Aber das bedeutete keineswegs, daß die vernunftrechtlichen Denker und Staatsmänner nicht mehr gläubige Calvinisten, Katholiken, Lutheraner waren: das sind sie bis auf die radikalen Vertreter der französischen Aufklärung unbeschadet ihrer Konflikte mit der Moralthologie ihrer Konfessionen fast ausnahmslos geblieben. Es bedeutete vielmehr nur, daß sie ohne Rücksicht auf ihr religiöses Bekenntnis bereit waren, ihre moralischen, politischen und justizpolitischen Programme ohne Ansehung des Glaubens ihrer Untertanen zu entwerfen. In dieser Toleranz, aber nur hierin, begegneten sie sich mit dem Lebensgefühl der Aufklärung.

Damit scheiden aber für eine unmittelbare Wirkung auf die Aufklärung alle vor der Säkularisierung liegenden Stufen des modernen Naturrechts aus. Die bedeutendsten Wegbereiter des Vernunftrechts, die spanischen Spätscholastiker, Althusius und die Monarchomachen, selbst ein Grotius, haben aus diesem Grunde der späteren Aufklärung unmittelbare Impulse nicht Zuführen können. Wirkungslos blieben aus anderen Gründen auch Thomas Hobbes und Spinoza: denn Hobbes' desillusionierter Machtpositivismus hatte die moralischen und politischen Kräfte des Naturrechts

eben mit den logischen Mitteln des Naturrechts selbst aufgehoben. Nur die von Hobbes gewissermaßen heimlich entlehnten methodischen Mittel, etwa bei Pufendorf, behielten einen mittelbaren Einfluß auf die Aufklärung. Aus einem ähnlichen Grund ist bekanntlich auch J. J. Rousseau von der Aufklärung ganz fernzuhalten.

3. Was danach von säkularisiertem Naturrecht seit dem Ende des 17. Jhs. im öffentlichen Bewußtsein der westeuropäischen Aufklärung und des frühen aufgeklärten Absolutismus überhaupt Wurzel schlagen konnte, hatte in sich selbst wieder eine sehr verschiedene geistige Herkunft. Ich beschränke mich wiederum auf den mitteleuropäischen Sonderfall. Hier stehen sich gegenüber eine sensualistisch-voluntaristische (Locke und seine französischen Schüler und Thomasius) und eine idealistische Tradition (Leibniz, Christian Wolff); zwischen beiden nimmt Pufendorf eine bis heute umstrittene Mittelstellung ein.

(a) Die westeuropäische Aufklärung hat die idealistische Rechtsmetaphysik des älteren Naturrechts von vornherein preisgegeben. Lockes empirischer Sensualismus, die eigentliche politische Philosophie der englischen Aufklärung, und seine (aus Zensurgründen uneigentlichen) französischen Schüler, Bayle, St. Evremont, Mably und die Enzyklopädisten der Hochaufklärung haben den Ideenrealismus ausdrücklich bekämpft; sie verstehen Naturgesetz und natürliches Recht bereits psychologisch, soziologisch und utilitaristisch. Für die Forderungen der oppositionellen Aufklärung in Frankreich war gerade diese empiristische Fassung willkommen, weil sie den Kampf gegen Spiritualismus, Scholastik und Offenbarungsglauben unmittelbar rechtfertigte.

Eine ganz ähnliche Wirkung hatte in Deutschland das Vernunftrecht des Thomasius. Aus völlig verschiedenen, nämlich lutherisch-pietistischen Motiven, hat Thomasius Naturrecht und Sittlichkeit grundsätzlich getrennt und mit dem «unseligen» (Welzel) Begriff der äußeren «Zwangspflichten» die Ethik aus dem objektiven und politischen Bereich einer verbindlichen Sozialmoral in die Innerlichkeit des persönlichen Gewissens abgedrängt. Daraus gingen zwiespältige Wirkungen hervor. Methodisch griffen Thomasius' «individuelle Affecten» auf Lockes Sensualismus und sein *voluntas semper movet intellectum* auf dessen Voluntarismus zurück; die Metaphysik des idealistischen Naturrechts war damit zerstört. Zugleich aber setzten jetzt die Kräfte des nicht mehr dogmatisch gebundenen Gewissens das ganze Pathos einer reuigös bestimmten Gesinnung unmittelbar für die Lebensreform der Aufklärung frei: für die Überwindung

der Vorurteile, der Intoleranz, der inhumanen historischen Konventionen. Thomasius ist der größte Moralist der mitteleuropäischen Aufklärung geworden.

Es ergibt sich also, daß gerade diejenigen Versionen des Vernunftrechts, die sich am weitesten von der idealistischen und metaphysischen Tradition des europäischen Naturrechts entfernt hatten, in Mittel- und Westeuropa den größten praktischen Einfluß auf das Lebensgefühl und Programm der Aufklärung gewonnen haben. Die Gründe für diese unerwartete Erscheinung sind leicht einzusehen: eine Erneuerung des Bewußtseins, die aus der Emanzipation von Moralthologie, Scholastik und historischen Autoritäten hervorging und die zugleich nach einer Rationalisierung und Nivellierung der Gesellschaft strebte, mußte am meisten von solchen Fassungen des Vernunftrechts ermutigt werden, die die Metaphysik des älteren Naturechts empiristisch und psychologisch umdeuteten und die Bedingtheit des richtigen Rechts durch praktische Vernunft und «natürliche Beschaffenheit» der Gesellschaft zugestanden. Von hier aus erscheinen also die Aufklärung und das metaphysische Erbe des Naturrechts in einem ursprünglichen und prinzipiellen Gegensatz.

(b) Aber wird diese Erklärung nicht widerlegt durch den so außerordentlichen Einfluß eines Epigonen des idealistisch-spiritualistischen Naturrechts, wie Christian Wolff, auf die mitteleuropäische, ja auf die französische Aufklärung? Den genuinen Vertreter des spiritualistischen Idealismus, Leibniz, hat jedenfalls die gesamte mittel- und westeuropäische Aufklärung nicht beachtet oder — wie in Frankreich — ausdrücklich als metaphysischen Reaktionär verworfen. Aber auch Christian Wolffs Moralphilosophie, deren Auswirkungen die persönliche Bedeutung ihres Urhebers so unbegreiflich übersteigt, ist eine Restaurierung der idealistischen Überlieferung; daß Wolff der Schulphilosoph mindestens der deutschen Aufklärung *kat'exochen* geworden ist, scheint also unserer These zu widersprechen. Aber bei näherem Zusehen zeigt sich, daß nicht Wolffs Metaphysik ihn zum Präceptor der Aufklärung machte, sondern zwei andere Umstände:

(1) Wolffs Sozialphilosophie, die den Staat als Pflichtverband zwischen Souverän und Untertan zur Beförderung des gemeinsamen Nutzens und der Glückseligkeit verstand, stellte dem aufgeklärten Absolutismus gerade jene abstrakte und metaphysische ganz unverbindliche Doktrin zur Verfügung, die dessen praktischen und pädagogischen Absichten entsprach.

(2) Im besonderen kam die formale und lückenlose Axiomatik des Wölfischen Moralsystems auf doppelte Weise Bedürfnissen des aufgeklärten Absolutismus entgegen. Sie ermöglichte ein logisch zwingendes

pädagogisches Lehrgebäude, aus dem kein Stein herausgebrochen werden konnte; und sie gab den Grundriß für die umfassenden Kodifikationen, in denen der Absolutismus das wichtigste Instrument seiner vernünftigen Rechtsreform fand.

Diese Auffassung bestätigt sich durch die Art der Rezeption Christian Wolffs bei den französischen Enzyklopädisten, für die ich mich dankbar auf die neuesten Forschungen meines Straßburger Collegen Thomann berufe. Voltaire hat es an Lippendienst und äußeren Huldigungen für Wolff nicht fehlen lassen und die Enzyklopädisten haben die meisten auf Metaphysik und Moralphilosophie bezüglichen Artikel durch Vermittlung vor allem Formays aus Wolff entlehnt. Aber sie mußten auf Wolff zurückgreifen, weil sie nach ihren eigenen Voraussetzungen eine Metaphysik ablehnten, und aus Zensurgründen Locke, Hobbes und Spinoza nicht **nennen** konnten. Dafür haßten sie Wolff wegen seiner abstoßenden Uneleganz und seines reaktionären Spiritualismus und haben die meisten seiner Lehrstücke in der Enzyklopädie durch kommentarlose Wiedergabe oder sarkastische Zusätze paralytisch und unschädlich gemacht.

(c) Noch schwieriger ist die Einordnung Pufendorfs in diesen Zusammenhang. Seine Wirkungen, auf die westeuropäische Aufklärung durch die schweizerischen Reformierten Barbeyrac, Vattel und Burlamacqui nach Frankreich und Nordamerika vermittelt, werden in letzter Zeit immer höher veranschlagt. Wir übergehen den Streit, ob Pufendorfs Sozial- und Kulturphilosophie nur eine unzulässige Übertragung des cartesianischen Mechanismus auf die Sozialethik war (Erik Wolff) oder eine schöpferische Leistung, die erst das autonome Reich der geschichtlichen Freiheit und der menschlichen Würde eröffnete und methodisch begründete (Welzel). Denn in jedem Fall hat, wie die französischen Bearbeitungen jener Schweizer und die Vermittlung durch Thomasius zeigen, auf die Aufklärung nicht jene philosophische Leistung gewirkt, sondern Pufendorfs Entkonfessionalisierung der Moralphilosophie, sein Toleranzpathos und die Fülle seiner empirischen Rechtskritik.

VI

Nach diesen ein wenig umständlichen Betrachtungen läßt sich die Art der Wirkung des «Naturrechts» auf «die» Aufklärung vielleicht etwas genauer beschreiben und verstehen.¹

1. Das säkularisierte Vernunftrecht hat durch seine Entkonfessionalisierung und durch die Emanzipation der Moralphilosophie von der

Moraltheologie den Raum für menschliche Würde, Toleranz und vorurteilslose Vernunft erweitert. Auf diese Leistung konnte die Aufklärung die praktischen humanitären Forderungen gründen, die einen dauernden Fortschritt der menschlichen Gesittung im Recht bedeuten: die Entlarvung des Hexenwahns, die Abschaffung der Zauberei- und Häresiedelikte, der Folter, der Leibes- und Ehrenstrafen, die Beschränkung und schließlich die Abschaffung der Todesstrafe und die Neubewertung der Delikte (wie etwa des Kindesmordes) nicht mehr aus der traditionellen Moral allein, sondern aus dem individuellen psychologischen Verstehen seiner Bedingungen. Dazu trat die Beseitigung der berufstypischen Unehrllichkeit, die Reform des Strafsystems; die Abschaffung oder Zurückdrängung der ständischen Ungleichheit durch die Gleichheit der Staatsbürger. Im Privatrecht begünstigte das Vernunftrecht eine rational-utilitaristische Eheauffassung und bereitete die Befreiung des Grundeigentums und des Vertragsrechts aus seinen altständischen, zünftigen oder merkantilistischen Bindungen zumindest vor.

2. An diesen Wirkungen hat das Vernunftrecht aller Spielarten Anteil. Am entschiedensten wirkte aber auf die praktische Sozialreform der Aufklärung das voluntaristische, empirische und «historische» Naturrecht das die metaphysische Tradition des älteren Naturrechts abgebrochen hatte. Die epigonale Metaphysik Christian Wolffs stellte zwar der Aufklärung eine allgemeine, daher erlernbare und praktikable Pflichtenlehre bereit, die zur praktischen Ethik der Regentenstäbe und der Staatsreformer werden konnte. Nachweisbar ist dies für den nord- und süddeutschen aufgeklärten Absolutismus; wie weit sie daneben den nord- und südeuropäischen Absolutismus beeinflußt hat, bedürfte noch weiterer Forschung. Aber in ihrem mitteleuropäischen Wirkungsbereich wurde sie nicht als materiale Staatsmetaphysik verstanden; nur so war es möglich, daß sie in gleicher Weise den protestantischen und katholischen Regenten akzeptabel blieb. Auf andere Weise haben bereits in der Spätaufklärung Christian Wolffs juristische Schüler mit den Alitteln der scholaristischen Axiomatik des Wölfischen Lehrgebäudes das Pandektensystem und die Begriffsjurisprudenz des 19. Jhs. vorbereitet. Aber der rein formale Charakter dieses Beitrags tritt auch hier zutage, wenn sie das Gefäß sowohl für das altständische Allgemeine Landrecht wie für den Formalismus der historischen Schule wie für die liberalen Kodifikationen Mitteleuropas am Ende des 19. Jhs. werden konnte.

Und selbst dieses System hat nur in Mitteleuropa gewirkt. Von den großen französischen Systematikern Domat, Bourguignon und Pothier

sind auch die letzteren so gut wie sicher in keiner Weise von Wolffs Axiomatik angeregt. Diese Systeme sind Leistungen der französischen Eleganten Jurisprudenz und des älteren Naturrechts; zudem stehen sie nur in einem *ganz* entfernten Zusammenhang mit den Bestrebungen der französischen Aufklärung ihrer Zeit. Erst recht gilt dies, unbeschadet gewisser naturrechtlicher Einflüsse auf Blackstones Commentaries, für die englische Jurisprudenz vor Bentham und Austin.

3. So hat zwar das Vernunftrecht mit seiner theoretischen Rationalität und seinen ethischen Impulsen die *praktische* Vernünftigkeit und die praktische Moral der Aufklärung auf mannigfache Weise, oft durch fruchtbare Mißverständnisse, gleichsam stimuliert. Insofern gesellt der konventionelle Sprachgebrauch das *Recht* der Vernunft mit Grund dem *Zeitalter* der Vernunft. Aber die Fundamentalprobleme des Naturrechts, die noch unsere Probleme sind und um derentwillen das Naturrecht seine Krisen stets überlebt hat, haben ein Jahrhundert, das sich selbst das philosophische nannte, aber von allen großen Jahrhunderten Europas das am wenigsten philosophische war, nicht mehr wirklich bereichert und kaum berührt. Empiriker und Popularisatoren, wie Thomasius, und Epigonen der idealistischen Metaphysik, wie Christian Wolff, haben daher größere Verdienste und Wirkungen auf die Aufklärung gehabt als die fundamentalen Naturrechtsdenker Hobbes und Leibniz, ja selbst als ein Grotius oder Pufendorf.

A PROPÓSITO DA *CENA DO ENFORCADO*
NO «AUTO DA BARCA DO INFERNO» DE GIL VICENTE

José Manuel Merêa Pizarro Beleza

I

Num admirável estudo publicado poucos anos antes do seu prematuro desaparecimento, escreveu **Al bert Camus**, depois de haver apreciado os argumentos que tradicionalmente se invocam em favor da pena de morte, que só os valores religiosos e, sobretudo, a crença na vida eterna poderiam, nos tempos de hoje, fornecer fundamento bastante à sua justificação (1). Para um credo religioso que ensine que, para além da vida terrena, outra há eterna e verdadeira onde cada um é recompensado ou castigado segundo o mérito ou demérito da sua conduta na sociedade dos homens, a pena capital nunca poderia significar um autêntico castigo supremo nem poderia revestir-se daquele carácter definitivo e irreparável que constitui um dos aspectos mais frequentemente criticados pelos adversários desta forma última de reacção criminal.

Não cabe indagar, nos limites desta pequena comunicação, qual a verdadeira posição da Igreja Católica quanto ao problema da legitimidade da pena capital (2). É aliás bem sabido que, mesmo no número dos teólogos

C¹) **Al bert Camus-Arthur Koestler**, *Réflexions sur la peine capitale*, com introdução e estudo de Jean Bloch-Michel sobre a pena de morte em França, ed. Calmann-Lévy, 1957, pp. 169 e ss..

(2) Sobre as relações entre a *pena de morte* e a *religião*, vide **H. Büchert**, *Die Todesstrafe*, Berlin, s/d, pp. 24 e ss.; em especial, sobre a pena de morte no *Antigo Testamento* e no *Novo Testamento* y vide **H.-P. Alt**, *Daí Problem der Todesstrafe*, Munique 1960, pp. 85 e ss.. Sobre a pena de morte no *direito moisaico* e a tendência dos juristas judaicos para se oporem à sua aplicação, vide **Hyman E. Goldin**, *Hebrew Criminal Law and Procedure*, New York 1952, pp. 18 e ss. e 141 e ss.; 23 a 26 e 241 n. 29.

e moralistas católicos* não falta quem entenda que a doutrina da Igreja, se não legitima abertamente a pena de morte, também nunca pelo menos condenou o seu uso pelo poder temporal (1). Ponto este em extremo controvertido (2), a cada passo se confundindo a doutrina da Igreja com a doutrina dos seus Doutores, alguns dos quais, fundando-se numa delegação divina nos poderes públicos do Estado (3), parecem efectivamente pronunciar-se pela legitimidade da pena capital ou, pelo menos, justificá-la para uma dada época histórica e para determinados costumes de vida(4).

Mesmo que se aceite, não obstante a lembrança do largo uso que a Igreja dessa pena fez noutros tempos, sobretudo na época da Inquisição, que o problema releva do domínio temporal e interessa somente à organização interna de cada Estado (5), o valor da afirmação de Camus não fica de forma alguma prejudicado. Aceitando-se, como verdade dogmática, que a alma é imortal, e que só no tribunal divino os juízos condenatórios se revestem de valor absoluto e verdadeiro, nunca a pena de morte poderá representar, para o crente, uma condenação definitiva e irreparável. Os erros judiciais que conduziram à forca e à guilhotina tantos inocentes que a história nos tem legado nunca constituiriam erros verdadeiramente irremediáveis: castiga-se o corpo, rouba-se a vida, mas o homem sabe, e com ele toda a sociedade dos crentes, que perante Deus não é culpado e que sempre dele poderá esperar a sua justa e certa «reabilitação».

(1) Vide Schiappoli, «Diritto penale canonico», in *Enciclopedia del Diritto penale italiano diretta dal Prof. Enrico Pessina*, vol. I (1905), pp. 823 a 826. Quanto ao crime de heresia, em relação ao qual a Igreja não só não reagiu como aprovou a aplicação da pena de morte, vide pp. 845 e ss..

(2) G. R. Scott, *The History of Capital Punishment*, Londres, 1950, pp. 225 e ss.

(3) Recorde-se a seguinte passagem do Evangelho segundo S. João (XIX, 10-11): «Então lhe disse Pilatos: Tu não me falas? Não sabes que tenho poder para te crucificar, e que tenho poder para te soltar? Respondeu-lhe Jesus: Tu não terias sobre mim poder algum, se ele te não fora dado lá de cima».

(4) Vide, entre outros, sobre este ponto, L. Vecilla, «La Iglesia y la Pena Capital», in *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1964, pp. 653 e ss. Claro reflexo, entre nós, desta dúvida que ao espírito dos católicos se põe sobre a legitimidade da pena de morte, é o infeliz opúsculo do P.^o G. Francisco da Mata Mourisca, *A pena de morte e o Evangelho*, separata da «Bíblica», Vila do Conde, s/d, onde se recolhe um artigo e algumas respostas suscitadas pelo «caso Chessman».

(5) Recorde-se que a lei vaticana de 7-VI-1929, II, sobre as fontes de direito, determina que o atentado contra a vida, a integridade ou a liberdade pessoal do Papa e dos Chefes de Estado estrangeiros é punida com a pena de morte (vide *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X (1964), v.º *Morte (Pena di)*, p. 942).

Mais: acusa-se a pena de morte — sobretudo nos tempos de hoje em que o pensamento correcionalista por toda a parte conquista facilmente o favor dos espíritos — de tornar impossível a desejável emenda moral do réu culpado, ao roubar-lhe o incentivo duma expiação regeneradora de que afinal a sociedade é a primeira a desinteressar-se quando pronuncia a definitiva eliminação do criminoso. Mas para o crente? Significará a pena de morte a inutilidade duma conversão e duma emenda moral? Não sobrevive a alma, como princípio imaterial desligado do corpo, num mundo superior ao da terra, mais justo e mais durável, logrando uma nova «humanidade» onde se premeia o arrependimento sincero e a contrição?

Assim compreendida, a pena de morte representaria para o crente, como escreve Camus, «um castigo provisório que deixa em suspenso a sentença definitiva, uma disposição necessária somente à ordem terrestre, uma medida de administração que, longe de acabar com o culpado, pode favorecer pelo contrário a sua redenção» (x).

Se a crença na imortalidade da alma, numa vida extraterrena e eterna não pode certamente valer *a se* como argumento a favor da pena de morte, não deixará, todavia, de lhe assistir a inegável força de poder prestar **algunm** apoio ou reforço a outras razões mais decisivas da sua legitimidade, já que, ao colocar o problema em termos muito especiais, ela se mostra competente, se não para justificar a pena capital, pelo menos para responder a tuna variada gama de argumentos contrários.

Mas Camus parece ir mais longe. Das suas palavras transparece que não é só a faceta «absolutória» da crença que lhe desperta o receio e lhe inspira o maior cuidado : é sobretudo o que nela pode favorecer a convicção de que para os grandes crimes, para as grandes culpas, o suplício da morte é o caminho mais directo para a expiação, o remédio cruel mas eficaz para promover a verdadeira contrição do pecador, a garantia certa da sua redenção. A pena capital já não significaria unicamente a eliminação do criminoso, fundada no interesse social de conservação do sossego público, eliminação, que embora humanamente repugne, ainda se pode afinal aceitar porque em nada ela afecta o juízo divino que em definitivo apreciará a conduta de cada um na terra ; — significaria, sim, um autêntico acto *religioso* de sacrifício que purifica o pecador, conduzindo-o ao perfeito arrepen-

C¹) *P- eit. ,p. 171. Acrescente-se que, para Camus, a pena capital conservou sempre, através dos séculos, o carácter de pena religiosa, fosse ela pronunciada em nome do rei, representante de Deus na terra, ou pela sociedade considerada como corpo «sagrado» (*op. cit.* y p. 169).

dimenio, o doloroso sacrifício da carne para libertação e salvação eterna da alma.

Deslaicizada a execução, o patíbulo converter-se-ia então em altar, a turba, que insensível assiste, em multidão de religiosos penitentes, irmanados no mesmo e único anseio de purificação espiritual.

Não seria esta, no fundo, a grave «acusação» de Camus? E, a sê-lo, poder-se-á porventura condená-la por pura fantasia que em nada corresponde ao sentir religioso cornimi do povo crente? (Não era esse afinal, atenta embora a especial natureza da falta castigada, o íntimo sentido dos Autos de Fé medievais, da imolação pública dos hereges pelo fogo?)

Que a ideia é muito antiga e teve curso, pelo menos, numa remota época em que eram habituais as execuções, parece, o nosso ver, prová-lo o facto de a sentirmos já transparecer no teatro de Gil Vicente, «o maior génio inventivo que Portugal produziu»^(*), cuja obra continua a constituir para quem a lê uma inesgotável fonte de sugestões e de inspiração (*2).

O passo que nos interessa é a curiosa *cena do Enforcado* do *Auto da Barca do Inferno*:

«Vem hum *Enforca*, & diz o

Diabo Venhais embora, Enforcado!
que diz lá Gracia Moniz?...

Enf. Eu vos direy que elle diz:
que fuy bem-aventurado;
que, pollos furtos que eu fiz,
sou sancto canonizado,
pois morri dependurado
como o tordo na buiz.

Diabo Entra cá, e remarás
até as portas do Inferno.

Enf. Nam he essa nao que eu governo.

(*) Carolina Michaëlis, «Notas Vicentinas», in *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. I (1912), p. 205.

(2) Recorde-se, a propósito, que já o Prof. Eduardo Correia teve oportunidade de citar, no *Relatório* que antecede o seu Projecto de 1963 para a Parte Geral do Código Penal Português, uma curiosa passagem de Gil Vicente (sep. do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, p. 8 nota 3).

Diabo Entra, que inda caberás.

Enf. Pesar de Sam Barrabás!...

Se Garcia Moniz diz
que os que morrem como eu fiz,
sam livres de Satanás!...

E disse que a Deos prouvera
que fora elle o enforcado
e que fosse Deos louvado,
que em bô hora eu nacera,
e que o Senhor m' escolhera,
e por meu bem vi beleguins:
e com isto mil latins,
como s' eu latim soubera...

E, no passo derradeyro,
me disse nos meus ouvidos
que o lugar dos escolhidos
era a forza e o Limoeyro:
nem guardiani de mosteyro
nam tinha mais sancta gente,
como Affonso Valente,
o que agora he carcereyro.

Diabo Dava-te consolaçam
isso, ou algum esforço?...

Enf. Co baraço no pescoço,
muy mal presta a pregaçam...
Elle leva a devaçam,
que há de tornar a gentar;
mas quem há d' estar no ar...
avorrece-lhe o sermão.

Diabo Entra, entra no batel,
que pera o Inferno hás d' ir.

Enf. E Moniz há de mentir?!...

Dixe-me:—«Com Sam Miguel
yrás comer pão e mel,
como fores enforcado».
Ora já passey meu fado
e já feyto he o burel.

Agora nem sey que he isso:
nam me fallou em ribeyra
nem barqueyro nem barqueyra,
senam logo ò Parayso
— e isto muyto em seu siso — ,
e que era sancto meu baraço.
Porém nam sey que aqui faço,
Ou se era mentira isto».

E termina assim a cena:

Diabo «Falou-te no Purgatório?

Enf. Diz que foy o Limoeyro;
e ora por elle, o salteyro,
e o pregão vitatório;
e que era muyto notório
que aquelles deciprinados
eram horas dos finados
e missa de Sam Gregório.

Diabo Ora entra; pois hás d'entrar,
nam esperes por teu pay.

Enf. Entremos, pois que assi vay.»(*)

O *Enforcado* embarca, com efeito, para o Inferno. Nem outra solução se poderia logicamente prever para a cena, já que uma das constantes da moralidade vicentina — ressaltada a solução «política», extremamente benevolente, do trecho final do *Auto da Barca da Glória* — é a distribuição das almas pelo Inferno e pelo Paraíso segundo a livre escolha que cada um na vida fez entre o princípio do mal e o princípio do bem: *Deus retribuet unicuique secundum opera eius*. Se no *Auto da Barca do* , corno de resto nas restantes peças da trilogia, onde as personagens não contam com outros defensores que não sejam eles próprios, a acusação é movida pelo Anjo-arraais e pelo Diabo-arraais, quem verdadeiramente julga é, como disse Fidelino de Figueiredo (2), a própria sátira vicentina

(*) O texto reproduzido é o das *Obras Completas de Gil Vicente*, ed. dirigida pelo Prof. Costa Pimpão, Barcelos, 1959, pp. 66-67.

(2) *Historia da Litteratura Classica* (Lisboa 1917, p. 81).

ao serviço das concepções do poeta, promotor da justiça social e da sua doutrina cristã.

Mas — se é certo, como tantas vezes se tem afirmado, que um dos elementos da originalidade de toda a obra de Gil Vicente reside precisamente nessa quase permanente atitude de juízo crítico em que o dramaturgo se coloca frente às realidades morais, sociais e religiosas do seu tempo — não será então legítimo atribuir à *cena do Enforcado*, até pela própria natureza da obra em que se insere, um sentido muito diferente do de mero produto de criação artística, feliz *trouville* da fecunda imaginação de Mestre Gil? Não corresponderá ela na realidade a uma certa forma, condenada pelo poeta, de pensar e «desculpar» a pena de morte, a uma satisfação de princípio aceite por quem, no puro plano das relações humanas, sentisse já naquela época, por força da própria lição de caridade evangélica, um íntimo constrangimento perante a aplicação da pena capital?

II

Mas a *cena do Enforcado* tem para nós outros motivos de interesse, relacionados ainda com o problema da pena de morte; motivos de interesse predominantemente histórico que bem merecem ser recordados neste ano em que se comemora o centenário da sua abolição na legislação portuguesa (1).

Quem era *Garcia Moniz* de que fala o *Enforcado*? Sabe-se que foi personagem conhecida da Corte de D. Manuel, Tesoureiro da Moeda em cuja Casa viria em 1513 a trabalhar, como Mestre da Balança, Gil Vicente. Por uma epístola de Cataldo Siculo, datada de Agosto de 1498, sabe-se ainda que *Garcia Moniz* foi membro fundador da Misericórdia, criada pela Rainha D. Leonor no mesmo ano (2). Qual a verdadeira razão por que Gil Vicente se lhe refere no *Auto da Barca do Inferno* — é ponto sobre que divergem os autores cujos argumentos não vamos evidentemente aqui explicar ou apreciar. Recorde-se, todavia, que à interpretação sugerida * v

C1) Motivos de interesse serão, desde logo, para quem pretenda estudar a história da execução da pena de morte em Portugal, as referências à própria instituição da «forca» («mas quem há-de estar no ar», como curiosamente se lamenta o *Enforcado* ao «burel» que vestiam os condenados, ao «barço» com que se apertava a garganta ao justicado, etc..

(2) Américo da Costa Ramalho, «A Feia Acção de Gil Vicente», in *Actas do V Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros*, Coimbra 1966, vol. IV, pp. 204-205.

por Braancamp Freire (*) e aceite por D. Carolina Michaelis (2) — a de acusação extemporânea de um desfalque porventura praticado por *Garda Moniz* — contrapôs, recentemente, outra, com sérias razões, o Prof. Costa Ramalho. Tratar-se-ia para este Professor, muito simplesmente, de uma alusão à sua qualidade de irmão da Misericórdia (3).

Sem pretender discutir com minúcias a questão, parece-nos perfeitamente legítimo supor que a referência, a que não falta certo carácter jocoso, a *Garda Moniz* — cujo nome não desapareceu da história também por obra de Mestre Gil — se deva precisamente à sua qualidade de membro daquela antiga instituição de caridade (4). E sendo assim, é evidente que a referência tem para nós o altíssimo interesse de suscitar à lembrança a Misericórdia e as suas estreitas relações históricas com o instituto da pena capital.

Já vem de muito longe, neste domínio da execução da pena de morte em Portugal, a assistência piedosa das irmandades aos condenados. Há notícias de que já em 1230 uma irmandade, instalada na Sé de Lisboa, acompanhava os justicados ao lugar da execução (8).

C¹) *Gil Vicente Trovador Mestre da Balança*, Porto 1919, pp. 85-87.

(2) «Notas Vicentinas», in *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. IX (1925) pp. 313-314.

(3) A «*Feia Acção*» de Gil Vicente, cit., pp. 203 e ss.

(4) Também na *Farsa do Velho da Horta*, a alcoviteira Branca Gil se lhe refere, nestes termos:

Ó Sam Gracia
Moniz, tu que hoje em dia
fazes milagres dobrados,
dá-lhe esforço e alegria,
pois que és da companhia
dos penados.

(5) Seria precisamente essa a irmandade que acompanhava à forca o pai de S. António quando ocorreu o milagre que a tradição popular conservou. Uma das cenas escultóricas dos notáveis *Milagres de Santo António*, existentes na Igreja de S. António em Tavira, reproduz esse episódio do Santo salvando o pai da forca. Conta-o também um conhecido «romance popular»: «Sendo Santo António em Pádua / A prègar o seu sermão, / Um anjo lhe segredou / Que naquela ocasião / Fosse acudir a seu pai / Que ia morrer enforcado. / Admirado fica o Santo / Para o povo admirado; / Pediu uma Avé-Maria; / Parte; a Lisboa é chegado. / Em meio da Rua Nova / Viu Justiça, toda a Gente: / — Aonde levais esse homem / A morrer tão inocente ? — / Este homem matou outro, / No quintal o enterrou, frade. / — Vamos à cova do morto / Que ele dirá a verdade. / Alevanta-te, homem morto, / De mando do Omnipotente. / Diz aqui quem te matou, / Desengana esta gente. / — Esse

Mas é sobretudo a partir da criação das Misericórdias que essa assistência e conforto moral aos condenados se torna, verdadeiramente, uma realidade poderíamos dizer oficializada, com regulamentação precisa nos *Compromissos* da instituição.

Para se fazer uma ideia exacta acerca das obrigações da irmandade, merece ser conhecido o que se diz no Capítulo XVIII do *Compromisso da Santa Confraria da Misericórdia* de Lisboa, datada de 1516 (*). O tom sereno, quase solene, em que é redigido esse Capítulo — intitulado *Da maneira que se há-de ter com os que padecem por justiça* — empresta à descrição uma inegável beleza e força dramáticas (2).

Sempre que era anunciada a execução dum condenado — «quando alguma pessoa houver de padecer por justiça», como diz o *Compromisso* — a Misericórdia devia organizar uma procissão para o acompanhar ao patíbulo (3). Saído o condenado do cárcere, onde o iam receber, encami-

não me matou / Nem dele tenho sinais. / O homem que me matou / Na companhia o levais. / O meu sagrado Messias / Não quer que eu descubra mais. / — Deite-me a bênção, meu pai, / Que eu sou seu filho Fernando ; / Vou para Pádua acabar / O sermão que estou prêgando. / Por me andar a perseguir / A toda a hora o Demónio, / Para me livrar, mudei / O meu nome para António». (Versão reproduzida in *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. II, v.º António (Santo) — lendas).

0) Encontra-se este *Compromisso* reproduzido no «Boletim de Assistência Social», 1943, pp. 155 e ss.

(2) Descrição semelhante se encontra nos Capítulos XXX e XXXI do *Compromisso da Sancta Misericórdia da cidade de Coimbra de 24 de maio de 1620*, reproduzido por Henriques Secco in *Memorias do tempo passado e presente*, vol. I (1880), pp. 632 a 635.

(3) Embora longo, vale a pena transcrever o passo respeitante ao cerimonial da formação do cortejo, logo no início do citado Capítulo XVIII do *Compromisso* :

«Quando alguma pessoa houver de padecer por justiça irão da dita confraria os mais homens, vestidos nos saios da misericórdia, que puderem ser, dos quais um levará a cruz com o pendão de Nossa Senhora adiante, e dois irão nas ilhargas dele, cada um com sua tocha acesa nas mãos e atrás irá outro com o crucifixo com outras duas tochas acesas de cada lado. E atrás do crucifixo irão os mais penitentes que quiserem fazer penitência assim por seus pecados, porque não há aí nenhum que não seja pecador, como também por provocar o padecente à contrição e arrependimento de seus pecados, os quais todos estarão à porta de fora da cadeia, esperando pelo padecente. E outro irmão que for vestido nos ditos saios, levará conservas ou cordiais para refeição corporal do padecente e uma redoma com vinho ou água, o qual virá de dentro da cadeia com ele e se porá da parte da mão esquerda. E o outro irmão irá junto com ele e levará uma caldeira de água benta e hissopo na mão. E da parte da mão direita irá o capelão da misericórdia consolando-o e confortando-o na santa fé católica de maneira que o padecente até ao lugar do padecer vá provido do espiritual e temporal, o qual irá vestido em um saio de pano de linho que lhe a confraria para isso dará e será branco, de Nossa Senhora. O qual levará um capelo cosido atrás para

nhava-se a procissão — «diante da bandeira de Nossa Senhora irão todos os mais meninos das escolas que se puderem haver para rogarem a Deus pelo dito padecente!»! — para o lugar do castigo. Ao passarem por alguma Igreja, prostavam-se todos de joelhos, enquanto os pregoeiros da Misericórdia — que eram precedidos pelos pregoeiros da Justiça «em maneira que não faça turvação aos pregoeiros da Misericórdia» — por três vezes clamavam, em altas vozes: — Senhor Deus, Misericórdia! «E, em se levantando, o que levar o crucifixo dá-lo-á a beijar nos pés ao padecente por sua consolação». «Em começando o dito justicado a padecer», entoavam os capelães o responso *Ne recorderis peccata mea domine...*, lançando água benta sobre o condenado, «até que dê sua alma a Deus que a criou e remiu tão caramente pelo seu precioso sangue». Por sua intenção era dita uma missa «em lugar que antes que padeça possa ver a Deus por sua consolação.»

Não ficavam por aqui as obrigações da irmandade da Misericórdia relativamente aos condenados na pena capital ⁽¹⁾. Os corpos dos «executados para sempre» ficavam no lugar do suplício, aí permanecendo até ao dia de Todos os Santos ^{(*) (i) 2)}. Ora, das muitas obrigações que os cem irmãos que formavam a Misericórdia deviam cumprir, uma era a de assistir às três assembleias gerais que havia em cada ano, a última das quais, realizada no dia de Todos os Santos, se destinava precisamente a formar a procissão que ia buscar os corpos dos enforcados a Santa Bárbara e os enterrava no Cemitério da Confraria ou para este lugar transportava, pelo menos, as ossadas.

Assim reza o *Compromisso* : «E porque a misericórdia de Deus a todos abrange é bem que os que para sempre padeçam não sejam de todos esquecidos, ordenarão os ditos oficiais e fundadores de fazerem uma memória deles. E em cada ano por dia de Todos os Santos, depois de comer, irem todos os oficiais, irmãos e confrades vestidos nos saios da dita confraria,

com ele lhe cobrirem o rosto depois que padecer e com ele padecerá e será sepultado. E entre o crucifixo e penitentes irão os capelães da misericórdia e à porta da cadeia se porão todos de joelhos e começarão a ladainha cantada e não se levantarão até «Santa Maria», a que todos responderão «ora pro eo», e então se levantarão a começarão a andar, prosseguindo sua ladainha».

(i) Lembre-se que também era obrigação da irmandade a visita às prisões que dela recebiam géneros alimentícios, duas vezes por semana, para «os presos são que forem pobres e desamparados». No mesmo *Compromisso*, o Capítulo VIII intitula-se precisamente *De como hão-de visitar os presos*.

(*) Fernando Correia, *Origens e Formação das Misericórdias*, Lisboa 1944, p. 576.

, Lisboa

com a mais cleresia e ordens de mosteiros que puderem, em procissão, e, segundo os poderes que a dita confraria para isso de El-Rei Nosso Senhor tem, trazerem a ossada que dos ditos padecentes acharem no chão em o altar junto de Santa Bárbara».

E continua ainda o Capítulo XVIII do *Compromisso*: «E a mesma maneira se terá acerca dos que por justiça forem esartejados, cujos quartos são postos às portas da cidade e assim com os membros daqueles em que se faz justiça que estão no pelourinho ou em outras quaisquer partes,...»

Se nos lembrarmos de que foi precisamente a «muito virtuosa & catholica cristã» (*) D. Leonor, a fundadora da Misericórdia, quem melhor protecção dispensou na Corte a Gil Vicente, não custa admitir que a referida cena do *Auto da Barca do Inferno* constitua ainda uma forma indirecta de recordar a histórica instituição de caridade (2), cuja assistência moral aos presos e condenados mereceu também a Garcia de Resende respeitosa referências (3).

De qualquer forma, fosse ela, como nos parece, ou não a «companhia dos penados» a que alude Gil Vicente, bem merece a instituição da Misericórdia uma especial lembrança nos trabalhos deste Colóquio: também ela pertence afinal à história da pena de morte no antigo sistema penal português (4). * &

0) Da mião de Góis, *Crónica do Felicissimo Rei D. Manuely ed. dos Acta Universitatis Conimbrigenisy Coimbra 1955, Parte IV, Cap. XXVI (p. 67).*

(2) *Dizia ainda o Compromisso*: «...porque a caridade que nos Nosso Senhor deixou encomendada que usássemos com nossos próximos seja de todo cumprida...».

(3) *Miscellaneay Est. 183* (Ed. de Mendes dos Remédios, Coimbra 1917, p. 65):

Vijmos também ordenar
ha misericordia sancta,
cousa tanto de louvar,
que nõ sey que nã sespanta
de mais cedo nõ se achar:
socorre a encarcerados,
& conforta hos justçados,
a pobres da de comer,
muitos adjuda a sostêêr
hos mortos sam soterrados.

(4) Chegou a ser das atribuições da Misericórdia o fornecer as cordas para o enforcamento, «ficando na tradição que tais cordas eram embebidas em água-forte para ficarem mais frágeis e os cadáveres ficarem menos tempo suspensos, facilitando-se, por cairem, os seus enterros» (in *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileiray* vol. XVII, v.º *Misericórdia*).

(Página deixada propositadamente em branco)

ÍNDICE

<i>Nota Prévia</i>	V
Miguel Torga — <i>Pena de Morte</i>	1
Miguel Torga — <i>Peine de Mort</i>	6
Miguel Torga — <i>The Death Penalty</i>	11
Miguel Torga — <i>Todesstrafe</i>	16
Eduardo Correia — <i>La Peine de Mort. Réflexions sur sa problématique et sur le sens de son abolition au Portugal</i>	23
Giorgio del Vecchio — <i>Pena di Morte e Giustizia Penale</i>	39
Miguel Reale — <i>Pena de Morte e Mistério</i>	41
Paul Bockelmann — <i>Für und wider die Todesstrafe</i>	53
Eduardo Garcia Maynez — <i>¿Es la Pena de Muerte eficaz y justa ?</i>	73
Manuel López-Rey y Arrojo — <i>La Prevención del Delito y la Pena de Muerte . .</i>	85
António de Almeida Simões — <i>Breves considerações sobre a Pena de Morte . .</i>	97
Jürgen Baumann — <i>Die Todesstrafe im System strafrechtlicher Reaktionen . . .</i>	103
Georges Levasseur — <i>Considérations juridiques sur la Peine de Mort spécialement en Droit Français</i>	113
Paul Cornil — <i>La Peine de Mort en Belgique</i>	143
Thorsten Sellin — <i>The Death Penalty in the United States</i>	153
Richard Lange — <i>Die Todesstrafe im deutschen Strafrecht</i>	161
Inkeri Anttila — <i>The Death Penalty in Finland</i>	173
Vladimir Bayer — <i>La Peine de Mort</i>	177
Pietro Nuvolone — <i>Le problème de la Peine de Mort en Italie</i>	189
Sulhi DÖNMEZER — <i>La Peine de Mort et le Droit Pénal Turc</i>	199
Friedrich Schaffstein — <i>Die Todesstrafe in Deutschland in Vergangenheit und Gegenwart</i>	213

Raymond Screvens — <i>La Peine de Mort en Belgique</i>	233
Reinhardt Maurach — <i>Auch in der Bundesrepublik Deutschland — nie wieder Todesstrafe!</i>	245
Sheldon and Eleanor Glueck — <i>Beyond Capital Punishment</i>	265
Wolf Middendorf — <i>Todesstrafe und politischer Mord — Eine historisch-kriminolo- gische Studie</i>	287
Maria Rosa L. Crucho de Almeida — <i>Alguns dados estatísticos sobre o homicídio em Portugal</i>	311
Mário Artur da Silva Maldonado — <i>Estudo sobre alguns aspectos socio-crimino- lógicos de um grupo de homicidas . . .</i>	333
Fernando A. C. de Figueiredo — <i>Automatismos na actividade criminal (Estudo médico-psicológico)</i>	355
R. P. Joseph Vernet, S. J. — <i>Les crimes de sang necessitent-ils une repression sanglante?</i>	367
Franz Wieacker — <i>Das Naturrecht und die Aufklärung</i>	383
José Manuel Merêa Pizarro Beleza — <i>A propósito da Cena do Enforcado no <Auto da Barca do Inferno* de Gii Vicente</i>	397

Composto e Impresso nas Oficinas da
GRÁFICA DE COIMBRA
BAIRRO DE S. JOSÉ, 2 — COIMBRA

(Página deixada propositadamente em branco)