



HAL
open science

Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française (1748-1791)

Yan-Erick Fajon

► **To cite this version:**

Yan-Erick Fajon. Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française (1748-1791). Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2019. Français. NNT: 2019AZUR0021 . tel-02399382

HAL Id: tel-02399382

<https://theses.hal.science/tel-02399382>

Submitted on 9 Dec 2019

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

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



THÈSE DE DOCTORAT

Les représentations du juge criminel dans la pensée politique
française (1748-1791)

Yan-Erick Fajon

LABORATOIRE Ermes

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en DROIT**

D'Université Côte d'Azur

Dirigée par : Ugo Bellagamba, Maître
de conférences HDR, Université Côte d'
Azur

Soutenue le : 8 novembre 2019

Devant le jury, composé de :

*Ugo Bellagamba, Maître de conférences
HDR, Université Côte d'Azur

*Jérôme Ferrand, Maître de conférences
HDR, Université de Grenoble

*Marc Ortolani, Professeur des
universités, Université Côte d'Azur

*Laurent Reverso, Professeur des
universités, Université de Toulon

**Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française
(1748-1791)**

- Jury :
- Président du jury :
- Mr Marc Ortolani, Professeur des universités, Université Côte d'Azur
- Rapporteurs :
- Mr Jérôme Ferrand, Maître de conférences HDR, Université de Grenoble
- Mr Laurent Reverso, professeur des universités, Université de Toulon
- Directeur de thèse :
- Mr Ugo Bellagamba, Maître de conférences HDR, Université Côte d'Azur

RESUME

Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française (1748-1791)

Cette thèse sur la fin de l'Ancien Régime s'étend de 1748 à 1791. Ce travail de recherche est une exploration de la figure judiciaire et de ses représentations savantes et populaires sur la période donnée. Ainsi Les philosophes du XVIIIème siècle contribue largement grâce à leurs théories politiques à un renouveau théorique des représentations judiciaires. Ce renouveau s'accompagne également d'une fécondité littéraire dans le genre utopique. Ceci est bien la preuve que la question pénale est une question politique à la veille de la Révolution Française. Ce travail de renouveau judiciaire se poursuit avec l'Assemblée Nationale Constituante entre 1789 et 1791. Il se poursuit sous un angle pratique. C'est probablement ici que se situe la rupture entre les députés constituants et les philosophes des Lumières. Les premiers vont mettre en place un système judiciaire où seule la logique existe. Ce système est motivé par une haine du juge pénal du XVIIIème siècle. Les second, les philosophes, critiquaient le juge dans un souci d'exigence de liberté. Ils sont à ce titre le prolongement de l'humanisme et les précurseurs du libéralisme.

Mots-clefs : Histoire des idées politiques, Ancien, Régime, Juge criminel, Common Law, Assemblée nationale Constituante, Révolution Française

SUMMARY

The representations of the criminal judge in French political thought (1748-1791)

This thesis on the end of the Ancien Régime extends from 1748 to 1791. This research work is an exploration of the judicial figure and its scholarly and popular representations on the given period. Thus the philosophers of the eighteenth century contributes largely through their political theories to a theoretical renewal of judicial representations. This renewal is also accompanied by literary fecundity in the utopian genre. This is proof that the criminal question is a political question on the eve of the French Revolution.

This work of judicial renewal continues with the National Constituent Assembly between 1789 and 1791. It continue in a practical angle. It is probably here that lies the break between the constituent deputies and the Enlightenment philosophers. The former will put in place a judicial system where only logic exists. This system is motivated by a hatred of the 18th century criminal court. The second, the philosophers, criticized the judge for the sake of the need for freedom. They are in this respect the extension of humanism and the precursors of liberalism.

Keywords : History of Political Ideas, Ancien, Regime, Criminal Justice, Common Law, National Constituent Assembly, French Revolution

REMERCIEMENTS

« Toute personne a deux pays : le sien et la France »

Thomas Jefferson, président américain (1801-1809)

Je souhaite remercier mon directeur de thèse Monsieur Bellagamba qui a su durant ces quatre années être à l'écoute et être constamment disponible. Je le remercie d'autant plus qu'il a accepté de me prendre sous son aile juste après l'obtention de son habilitation à diriger les recherches.

J'exprime toute ma gratitude aux professeurs Ortolani et Vernier pour leurs précieux conseils durant mon cursus doctoral. Je remercie le professeur Ortolani pour avoir été mon rapporteur de comité de thèse. Son suivi pédagogique me fut d'une grande utilité. Je le remercie d'autant plus qu'il a accepté de siéger dans le présent jury.

Une dédicace spécifique s'impose au professeur Vernier qui m'a vivement encouragé à poursuivre en thèse. Il restera toujours comme un « guide ».

Je suis profondément reconnaissant envers les membres extérieurs du jury à savoir : Messieurs les professeurs Ferrand, Gasparini et Reverso. Je les remercie d'avoir accepté de siéger dans mon jury de thèse.

Je tiens à remercier le laboratoire ERMES pour les conditions de travail optimales qui m'ont permis d'avancer positivement dans ma thèse.

La thèse étant aussi une aventure humaine je remercie l'ensemble de mes amis doctorants et non doctorants. Ceux avec qui j'ai partagé mes moments de joie et de doute durant ces quatre belles années de thèse. Maître Cécile Lassau mérite une dédicace spéciale. Je lui dois beaucoup grâce à son soutien constant.

Je tiens enfin à remercier mes parents pour leur soutien inconditionnel durant mes quatre années de thèse. Je les remercie pour leur soutien inconditionnel dans les moments difficiles mais également dans les moments de joie. Ils sont d'une certaine manière co-auteurs de cette thèse. Cette thèse leur est entièrement dédiée.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	
.....	
PREMIÈRE PARTIE : LA CRISE DES REPRÉSENTATIONS DU JUGE CRIMINEL D'ANCIEN RÉGIME (1746 - 1766).....	
CHAPITRE I : LA FIGURE DU JUGE ÉCARTELÉE ENTRE IDÉALISATION ET STIGMATISATION.....	
.....	
Section 1 : Les Mercuriales de d'Aguesseau et l'idéalisation professionnelle et morale du juge	
Section 2 : Le juge anglais ou l'utopie tronquée de la Common Law.....	
Section 3 : Une procédure criminelle désuète : L'Ordonnance criminelle de 1670.....	
CHAPITRE DEUX : LES DÉNONCIATIONS PHILOSOPHIQUES ET POLITIQUES DE L'ARBITRAIRE.....	
.....	
Section 1 : Le juge « automate » de Montesquieu.....	
Section 2 : Voltaire et la « médiatisation » de l'erreur judiciaire.....	
Section 3 : La figure du juge dans l'Encyclopédie.....	
Section 4 : Rousseau face à ses juges : le cas des Lettres écrites de la Montagne.....	
DEUXIÈME PARTIE : LA CONSTRUCTION D'UNE NOUVELLE FIGURE DU JUGE À L'ÉPREUVE DE LA RÉVOLUTION (1766-1791).....	
CHAPITRE UN : LE LÉGICENTRISME DE BECCARIA ET SON IMPACT SUR LA FIGURE DU JUGE (1766 - 1789).....	
.....	
Section 1 : Une réfutation profonde des thèses de l'ancien droit.....	
Section 2 : Une figure nouvelle du juge criminel.....	
Section 3 : Des représentations divergentes pour un objectif convergent.....	

CHAPITRE DEUX : LE JUGE IDÉAL DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE (1789- 1791)	
Section 1 : Le rêve discursif d'une « Cité idéale de la justice ».....	
Section 2 : Le juge criminel face au jury populaire.....	
CONCLUSION	
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	
ANNEXES	
TABLE DES MATIERES	

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La Justice a toujours fait l'objet de critiques depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours.

On trouve déjà dans les comédies antiques des caricatures ou des critiques sur la justice.

Les comédies de Plaute sont probablement un excellent exemple de ces critiques judiciaires sous l'Antiquité¹. Durant la période médiévale les critiques ne cessent pas notamment car le Moyen-âge correspond à une période d'affaiblissement de l'État. Critiquer le juge revient de manière sous-jacente à critiquer le pouvoir royal².

La seconde moitié du XVIII^e siècle est une période qui a suscité de nombreuses études, thèses et ouvrages³ car elle est un puissant stimulant pour le chercheur. Cette période de

¹ Plaute, *Œuvres complètes*, Paris, éditions Dubochet et Cie, 1844. Voir également Pierre Grimal, « Existe-t-il une morale de Plaute ? », *Bulletin de l'association Guillaume Budé*, 1975, LH-34, pp. 485-498.

² On retrouve des critiques sur les ventes onéreuses, la lenteur de la justice et le surnombre d'officier au bas Moyen-âge. En effet Bénédicte Decourt a bien su mettre en exergue l'ensemble des critiques judiciaires sous le règne de Charles le VI le fou. Les remèdes proposés par la doctrine de l'époque sont la diligence, le désintéressement ou servir l'Etat et enfin l'indépendance. Pour ce dernier point l'élection semble retenir toute l'attention doctrinale car elle permettrait de concilier indépendance et service de l'Etat sans pour autant générer de puissantes compagnies judiciaires. On le voit la maladie judiciaire est aussi ancienne et récurrente que les remèdes proposés. Si ces critiques datent du XIV^{ème} siècle, elles sonnent étrangement juste au XXI^{ème} siècle. Voir Bénédicte DECOURT-HOLLENDER, « Officiers de justice et opinion publique sous les règnes de Charles VI et Charles VII : Etude doctrinale et normative » Colloque « Rumeurs, propagande et manipulation de l'opinion publique aux XIV^e, XV^e et XVI^e siècles », organisé à l'Université du Québec par le Professeur Luc Vaillancourt, les 19 et 20 mai 2011. Presses de l'Université Laval, 2012.

³ Parmi une abondante bibliographie, on retiendra : Robert Allen, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire (1792-1811)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005 ; Jean-Pierre Allinne, *Gouverner le crime : Les politiques criminelles françaises depuis la Révolution*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; Antoine Astaïng, *Garanties et droits de l'accusé dans le procès criminel de l'ancien régime du 16^{ème} au 18^{ème} siècle*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999. ; Gérard Aubry, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, L.G.D.J., 1971 ; Robert Badinter (sous la direction), *Une autre justice (1789-1799)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 ; Emmanuel Berger, *La justice pénale sous la Révolution*, PUR, Rennes, 2008. Frédéric Bidouze, *Les remontrances du Parlement de Navarre au 18^{ème} siècle : essai sur une culture politique en province au siècle des Lumières*, Biarritz, Atlantica, 2000.

l'histoire de France est l'une des plus riches en événements et en idées politiques. Elle marque un tournant dans l'histoire de France : la Révolution Française de 1789.

Ce siècle dit « siècle des Lumières » est un siècle qui fait rêver, mais demeure un héritage contrasté. Il s'ouvre sous après le règne de Louis XIV dont le symbole constitue l'apogée de la monarchie absolue française. Il se poursuit avec ses successeurs Louis XV et Louis XVI qui rencontreront des difficultés financières. Ce siècle des Lumières se clôt brutalement avec la Révolution française de 1789. Elle-même se finira par le coup d'État du général Bonaparte le 8 Brumaire an VIII.

Les philosophes des Lumières vont puiser leur inspiration, notamment, dans la philosophie politique anglaise dont John Locke et son *Traité du gouvernement civil* qui préfigure les droits civils et politiques qui seront accordés ultérieurement.

Les philosophes s'imprègnent et s'extasient également devant la naissance de la monarchie constitutionnelle britannique⁴.

Ce siècle voit naître le mouvement des Lumières qui dans son acception la plus commune, à savoir celle du dictionnaire, est : « *un mouvement philosophique, littéraire et pictural qui place au centre de sa réflexion l'Homme* »⁵.

Ce mouvement naît lors de la publication de *L'Esprit des Lois* de Montesquieu en 1748 et va entreprendre une réflexion sur les institutions politiques afin de prolonger la réflexion de Nicolas Machiavel et la manière de gouverner du prince.

⁴ Sur ce point voir Édouard Tillet, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

⁵ *Dictionnaire de la langue française, Le Robert, article Lumières (Siècle des)*, Paris, Editions Le Robert 2018.

Cette philosophie politique a pour contexte la France de Louis XV et de Louis XVI où de nombreuses tentatives de réformes ont lieu. Ces tentatives de réformes se font dans l'administration en général.

Toutefois deux branches retiennent l'attention particulière de la royauté : la justice et l'impôt. L'État se retrouve dans une crise économique et institutionnelle. De plus le XVIIIème voit deux guerres majeures. Cela explique partiellement l'endettement public massif. Il faut également mentionner des finances royales en berne.

La première guerre est « La guerre de sept ans » entre 1756 et 1763 dont le motif est double. D'une part les tensions austro-prussiennes autour de la Silésie, d'autre part les convoitises britanniques sur les colonies françaises en Amérique du Nord. Ce conflit se soldera par la perte des colonies françaises et une consolidation de la puissance britannique. La France de Louis XV en sort affaiblie tant financièrement que diplomatiquement⁶.

La seconde guerre d'importance est la guerre d'indépendance des États-Unis d'Amérique entre 1776 et 1783. Le roi Louis XVI choisit d'intervenir militairement pour soutenir la révolte des insurgés américains. Ce choix sera doublement payant : sur le plan diplomatique et sur le plan militaire. D'un point de vue militaire, la France prend « sa revanche » face à l'Angleterre. Cette dernière est obligée de reconnaître l'indépendance des treize colonies nord-américaines. Elle est donc le perdant de cette guerre. Sur le plan diplomatique, cette guerre permet de tisser l'amitié franco-américaine. Les députés constituants américains choisiront la neutralité diplomatique.

⁶ Sur la guerre de sept ans on pourra se reporter à René Rémond, *Histoire de notre temps : Tome premier : L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Points, 2007.

Ils resteront toutefois proches de la France en guise de remerciements. Il y eut une dernière conséquence.

Elle se traduit sur le plan de la réflexion philosophique et politique à proprement parler. Le marquis de La Fayette devint le fidèle ambassadeur de l'organisation politique des États-Unis d'Amérique. Il a ainsi contribué à l'exportation du modèle américain en France.

L'historien du droit a légitimement rendu justice à ce siècle⁷. En particulier sur le plan de la Justice, envisagée comme pratique autant que comme institution. Nous disposons aujourd'hui de nombreuses études archivistiques en histoire du droit pénal. Ces travaux ont balayé de nombreuses idées reçues sur le droit pénal d'Ancien Régime. Ils restent précieux. Ces ouvrages et thèses démontrent que le quotidien judiciaire d'Ancien régime était plus nuancé et plus subtil. Nous sommes loin de la classique dichotomie que nous légua la Révolution entre le Bien et le Mal⁸.

De plus ces travaux de recherches, mis ensemble, ont réussi à mettre au jour les complexités du maillage judiciaire de l'Ancien Régime. Cela n'allait pas de soi. Les tribunaux de l'ancien droit se sont mis en place souvent de manière empirique et en fonction des besoins royaux.

Le juge pénal au XVIIIème siècle est un officier ministériel diplômé en droit descendant de la noblesse. Bien qu'il soit officier ministériel rémunéré par le trésor

⁷ Outre les ouvrages précités on pourra se reporter à Marie-Christine Guiol, *Finalités et Modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVIIème et XVIIIème siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008 ; Nicolas Laurent, *Le parlement de Dijon à la fin de l'Ancien Régime : Une cour souveraine en pays d'Etats*, Thèse, Droit, Dijon, 2005 ; Sylvain Soleil, *Le siège présidial d'Angers entre 1551 et 1790 : contribution à l'histoire administrative et judiciaire*, Thèse, Droit, Rennes 1, 1995.

⁸ Sur ce point Hervé Piant, *Une justice ordinaire : La justice civile et criminelle dans la prévôté royale de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015.

public, le magistrat compensait la faiblesse de ses émoluments. Ces compensations se traduisaient par d'importants héritages. Le juge criminel est statutairement nommé par le Roi et révocable à tout moment. La pratique démontre, depuis le roi Louis XII, une volonté des juges de garder leur indépendance fonctionnelle.

L'Ordonnance criminelle promulgué en 1670 à Saint-Germain en Laye organise la procédure criminelle française et distingue deux types de juges : le premier est le lieutenant criminel qui a pour mission d'instruire à charge et à décharge les affaires. L'autre type de juge criminel est le magistrat qui intervient lors du procès pénal pour condamner ou relaxer un accusé grâce à son arbitraire judiciaire. Dérivé du latin « *arbitrarium* » il signifie arbitrer, concilier.

Ainsi le juge tel que défini dans l'Ordonnance criminelle a une vocation de conciliation grâce à son arbitraire judiciaire. Toutefois l'Ordonnance reste un texte de procédure⁹ et n'a pas pu se substituer à une refonte générale de l'administration et de la justice pénale.

Il n'y a pas eu de véritable processus de rationalisation de l'appareil judiciaire de l'Ancien Régime. Il est indiscutable que des circonscriptions parlementaires, des baillages et des sénéchaussées, et enfin des prévôtés, existaient bien à la veille de la Révolution. Toutefois la notion de « carte judiciaire » est une notion totalement étrangère à l'Ancien Régime. Des tentatives de rationalisations eurent lieu mais elles furent infructueuses en raison de la vive opposition que ces réformes suscitaient au sein de la corporation des Parlements¹⁰.

⁹ Stéphanie Blot- Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : étude de la pratique angevine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

¹⁰ Sur ce point, voir l'ouvrage de Jacques Poumadère (sous la direction), *Les Parlements de Province*, Toulouse, FRAMESPA, 1996. Consulter également, Hugo Stahl, *Les conceptions des parlementaires provençaux sous le règne de Louis XV au prisme de l'ordre public*, Thèse, Droit, Aix-Marseille, 2018.

Comme le suggère Jean-Louis Halpérin, l'absolutisme a sans doute été une idéologie, voire une figure pédagogique, plutôt qu'une réalité institutionnelle¹¹. Cela conduisait donc à des incohérences géographiques. Le parlement de Pau¹² était compétent *ratione loci* uniquement dans la province de Navarre. Le parlement de Dijon avait compétence sur l'ensemble de la Bourgogne. Il se retrouvait aussi en concurrence avec le parlement voisin de Besançon¹³.

Quant au parlement de Paris sa compétence *ratione loci* était immense. Elle s'étendait de la ville de Paris jusqu'aux provinces du Berry et de la Touraine au Sud. Au Nord, la compétence du parlement de Paris s'étendait du Beauvaisis jusqu'aux provinces picardes.

Ces ouvrages forts précieux avaient également leurs limites. La principale était qu'ils ne se concentraient pratiquement que sur la procédure et ses problématiques. Ils n'abordaient pas la justice pénale du point de vue des idées politiques. En effet, ces thèses et autres travaux de recherches se concentraient uniquement sur la procédure criminelle de l'époque à travers les archives criminelles départementales. Elles ne mentionnaient le juge que sous l'angle de la sentence rendue. De plus, elles évoquaient le rôle très important de l'infra-judiciaire pour mieux comprendre la résolution des conflits.¹⁴

¹¹ Jean-Louis Halpérin, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français », article publié dans la revue électronique d'histoire du droit, *Clio@Themis*, numéro 5, <http://www.cliothemis.com/Est-il-temps-de-deconstruire-les>.

¹² Sur le Parlement de Navarre on se reportera à Frédéric Bidouze, *Les remontrances du parlement de Navarre au 18^{ème} siècle : essai sur une culture politique en province au siècle des Lumières*, Biarritz, Atlantica, 2000.

¹³ Sur le parlement de Dijon au XVIII^{ème} siècle voir Nicolas Laurent, *Le parlement de Dijon à la fin de l'Ancien Régime : Une cour souveraine en pays d'états*, Thèse, Droit, Dijon, 2005 ; sur le parlement voisin de Besançon voir l'ouvrage de Maurice Gresset, *Gens de justice à Besançon de la conquête par Louis XIV à la Révolution Française (1674-1789)*, Paris, BNF, 1978.

¹⁴ Outre les ouvrages précités voir également : Stéphanie BLOT-MACCAGNAN, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : la pratique angevine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

Or le droit pénal n'est jamais neutre car il confère des prérogatives exorbitantes de droit commun au juge. Le droit pénal façonne la procédure criminelle et la procédure criminelle façonne, à son tour, le juge criminel. La figure judiciaire et ses variations dans la période précitée, est, précisément le sujet de notre étude.

L'histoire des idées politiques doit être convoquée, pour mieux comprendre les ambiguïtés judiciaires de ce siècle des Lumières. La question pénale est une vraie question politique au XVIII^{ème} siècle¹⁵. Les théories politiques fleurissent, les pamphlets pour une meilleure justice aussi. Des travaux ont déjà démontré l'anglophilie des élites judiciaires et philosophiques de l'époque. En revanche, aucune étude en histoire des idées politiques n'avait réellement étudié la représentation judiciaire dans la pensée politique française de la seconde partie du XVIII^{ème} siècle. C'est pour combler cette lacune que nous avons entrepris cette thèse.

Il nous faut d'abord préciser cette notion de représentation que convoque notre travail de recherche. Au-delà de son sens étymologique, « montrer, de rendre présent quelque chose »¹⁶, et de son sens artistique. Celui, par exemple, de la représentation d'une pièce de théâtre ou d'un spectacle, ou celui de représentation, plus ou moins fidèle, de la réalité en peinture ou en dessin.

Nous entendons principalement « représentation » dans le sens de l'interprétation intellectuelle, savante ou populaire, de faits, d'événements, de pratiques ou

¹⁵ Voir à ce sujet Jean-Marie Carbasse, « Loi et justice chez Jacob-Nicolas Moreau, d'après le *Discours sur la Justice* rédigé pour l'instruction du dauphin (1767) », *Pensée politique et Loi*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, p. 67-81.

¹⁶ Alain Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, éditions Le Robert, 2018.

d'institutions d'une époque donnée, qu'il s'agisse, de l'Antiquité, du Moyen-Âge, de l'Ancien Régime ou encore de la Révolution.

Ces représentations peuvent être le fruit varié du travail académique ou non. Il peut s'agir de penseurs contemporains, de philosophes, de poètes. Il peut aussi s'agir d'historiens qui entreprennent une étude académique. Il peut encore s'agir d'historiens qui s'engagent dans une œuvre plus personnelle, voire pamphlétaire. Ces représentations ont toujours existé et sont profondément culturelles.

Elles sont souvent étroitement liées à leur contexte. Parfois, lorsqu'elles sont plus spécifiquement politiques, elles se teignent volontiers d'idéologie. On peut considérer, ainsi, que la représentation d'une république parfaite remonte à l'œuvre éponyme de Platon. Nous pouvons aussi considérer que Machiavel, dans *Le Prince*, questionne les représentations.

En l'occurrence, il interroge les représentations populaires et savantes des modalités de l'exercice du pouvoir. Ainsi retrouve-t-on ces représentations intellectuelles et politiques, par exemple, dans les variations presque infinies de l'historiographie sur la chute de l'empire romain d'Occident, les invasions barbares, les coutumes, la naissance de l'État centralisé, ou de la Nation. Au-delà de l'étude des sources archivistiques ou imprimées et des mécanismes d'évolution du droit et des institutions, les représentations permettent de révéler autant l'époque étudiée que celle de celui qui l'étudie.

L'étude des représentations s'inscrit ainsi dans l'histoire des idées politiques puisqu'elle est un puissant révélateur de limites de la connaissance historique, au-delà de la maîtrise des faits. Et, en même temps, elle est sans doute, sa meilleure justification. L'historien anglais Edward Hallett Carr, à la question de savoir ce qu'était un « fait

historique », répondait ainsi : « *On a longtemps répété que les faits parlent d'eux-mêmes. À l'évidence, c'est faux. Ils ne parlent qu'à l'invitation de l'historien : c'est lui qui décide de ceux auxquels il donnera la parole, et dans quelle succession ou dans quel contexte (...)* L'idée qu'il existe un noyau dur de faits existant objectivement et indépendamment de l'interprétation de l'historien est fausse et absurde, mais très difficile à extirper »¹⁷. La démarche de l'historien ne saurait donc se limiter à la collation des faits et des dates.

Ce qui vaut pour l'histoire générale, vaut aussi pour l'histoire du droit et des institutions et l'histoire des idées politiques. Cela se vérifie quand cette dernière, en particulier, se penche sur les mutations, les acteurs et les crises du monde judiciaire. Ce travail s'effectue à partir d'une démarche en amont et en aval de la révolution française de 1789.

Ce n'est pas un hasard, d'ailleurs, si l'un des axes majeurs du laboratoire auquel nous appartenons et au sein duquel nous avons mené cette recherche, est précisément l'étude des représentations, des « *dimensions théoriques et empiriques des identités politiques et sociales [ainsi que] les parcours du personnel politique et judiciaire* »¹⁸. Ce travail s'inscrit donc dans une dynamique plus large, prometteuse et finalement très actuelle.

Cette thèse est une étude des représentations des mécanismes et des crises du monde judiciaire. Elle souhaite en révéler, par le détour des idées, les substrats et les déclencheurs culturels. Au sein même des études portant sur l'histoire de la justice, il est possible de se concentrer sur la figure emblématique du juge criminel. Il est la cible

¹⁷ Edward Hallett Carr, *Qu'est-ce que l'histoire ?* Paris, éditions La Découverte, 1988, pp. 55-62.

¹⁸ Voir la présentation de cet axe sur la page dédiée du laboratoire ERMES : <https://www.ermes-unice.fr/?q=node/13>

privilegiée des critiques intellectuelles comme populaires. Il incarne une justice qui ne cesse, comme nous le disions, d'être dénigré par ceux-là même qu'elle doit défendre et protéger.

La figure du juge criminel est, à y regarder de plus près, un véritable enjeu au XVIII^{ème} siècle. Il y a une profonde dualité de la représentation de la Justice. Celle-ci est largement d'ordre idéologique.

D'un côté la justice d'Ancien régime est « honnie ». De l'autre, les Constituants construiront un système judiciaire pénal qui leur paraît universel. Ce même système pénal sera idéalisé sous la Convention.

En d'autres termes il y a une forte instabilité sur la figure judiciaire au siècle des Lumières. Ce sont les échos, les effets et les raisons, de cette opposition dualiste de la représentation judiciaire que nous avons choisi d'explorer. L'exploration de l'opposition dualiste suppose, naturellement, de comprendre les causes, d'analyser les faits, et surtout d'analyser les conséquences.

L'anglophilie ambiante joue en défaveur des juges français de l'Ancien Régime. Cette passion pour l'Angleterre provoque des tentatives d'exportation du modèle judiciaire de droit anglais en France¹⁹. Les intellectuels de l'époque y voient un puissant stimulant dans leur combat en faveur d'une meilleure justice²⁰. La Common Law fait partie de notre sujet.

¹⁹ Sur ce point voir Edouard Tillet, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, *op. cit.*

²⁰ Ibid.

Ce qui en constitue le cœur c'est avant tout le poids des représentations philosophiques du juge dans la pensée politique des Lumières. La vision judiciaire des Lumières et leur influence sur la période révolutionnaire.

La représentation judiciaire a toujours existé dès que les hommes ont commencé à juger leurs pairs. Les premières traces que nous pouvons en trouver se situe au V^{ème} siècle avant Jésus-Christ. Au temps de la démocratie athénienne, l'écrivain Aristophane écrit une pièce de théâtre dans laquelle il se moque des juges athéniens et de leurs manies à vouloir la chicane procédurale juridique²¹.

Son contemporain Eschyle, grand écrivain de tragédie antique, ne partage pas cette dérision. Il préfère voir le juge comme un homme prisonnier de la justice divine. En effet dans les rares tragédies qui nous sont parvenues d'Eschyle, la justice humaine est quasiment absente.

A l'inverse, la justice divine est omniprésente avec des Dieux qui n'hésitent pas à punir l'orgueil des hommes qui brave leur autorité. Au Moyen-Âge, il est relativement complexe d'avoir une peinture judiciaire²². Les hommes de l'époque décrivaient rarement des sujets en lien avec la justice humaine. De plus, pour les élites intellectuelles médiévales, la véritable justice se trouve dans les cieux et non sur Terre. Cette vision d'une justice suprahumaine est la conséquence de la théorie des deux cités de Saint-Augustin. Cette théorie politique sera améliorée par le théologien médiéviste saint Thomas d'Aquin.

²¹ À notre connaissance la seule thèse ayant décrit la justice athénienne antique est celle d'Alexandra Bartozka, *Le tribunal de l'Héliée : Justice et Politique dans l'Athènes du VI^{ème} siècle au IV^{ème} siècle avant Jésus-Christ*, Thèse, Lettres, Paris 10, 2014.

²² Cependant le professeur Jacob a réussi ce défi. Voir René Jacob, *Les figures judiciaires depuis le moyen-âge*, Paris, Editions Odile Jacob, 2007.

Cela ne signifie pas que la représentation de la Justice est totalement absente. Dans son livre *Perceval ou la quête du Graal*, Chrétien de Troyes peint l'idéal chevaleresque comme un idéal de Justice. Le chevalier ne rend pas de sentence judiciaire mais son sens de l'éthique morale doit le guider vers le juste, le Bien. Le chevalier doit rester un serviteur de la Justice.

Le délitement de l'État durant le haut Moyen-âge et les rivalités territoriales durant le bas-moyen-âge entre le roi de France et les grands seigneurs ne permettent pas de dresser un tableau exact de la justice médiévale²³.

Il faudra attendre le XVI^{ème} siècle et la Renaissance pour retrouver des représentations judiciaires picturales. La nouveauté de la Renaissance étant que la représentation des juges n'est plus exclusivement littéraire. Elle devient aussi picturale. La Renaissance correspond à un tournant intellectuel majeur.

Les philosophes de l'époque souhaitent remettre l'Homme au centre de l'univers. Leur postulat est le suivant : l'Homme est bon par essence. Le tournant est également pictural. C'est à partir de cette époque que les lettrés européens se font représenter en peinture. Le tournant est fortement symbolique. L'homme étant capable de s'auto-représenter, il est donc capable de peindre et de représenter picturalement la justice humaine.

Le XVI^e siècle coïncide en France avec la montée en puissance de l'absolutisme. Il y'a le désir de soumettre les juges à l'autorité royale. Cette étape est un tournant important. Elle démontre une volonté politique de la monarchie française de reconstruire l'État. La

²³ Voir Nicole Gonthier, *Délinquance, justice et société dans le Lyonnais médiéval : de la fin du XIII^{ème} au début du XIV^{ème} siècle*, Paris, Éditions Arguments, 1993. Voir également, Bernard Guénéé, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen âge 1380-1550*, Paris, les Belles Lettres, 1963

justice va donc servir de socle pour progressivement passer de trois justices concurrentes et diversifiées à une justice unique et dirigé par le Roi.

Le XVII^e siècle français correspond à l'apogée de cette philosophie politique. D'une part à travers l'adage « *Le roi est le lieutenant de Dieu* ». D'autre part à travers la longévité du règne du roi Louis XIV. Ce même monarque entame alors une réforme de la procédure pénale avec l'Ordonnance Criminelle²⁴. La tâche est confiée à Pussort, oncle de Colbert. Le but est de rationaliser la procédure pénale française. L'objectif est donc de modeler un nouveau juge royal. La procédure pénale modèle le juge, elle est un facteur déterminant dans les représentations judiciaires. Elles en disent long sur les rapports que les citoyens peuvent avoir avec le juge. Ces rapports juge/citoyen sont souvent houleux.

En 1668, Jean Racine écrit son unique comédie *Les Plaideurs*²⁵. Cette comédie racinienne décrit un juge à moitié fou qui veut juger des procès coûte que coûte. Pour l'occuper son fils lui propose deux procès : un procès pénal et un procès civil. Le procès criminel tourne en dérision les procès d'animaux jugés par la justice humaine. Il met en évidence l'incohérence des plaidoiries d'avocats dans ce type de procès. La comédie de Racine se termine par le procès civil. Celui-ci permet au fils d'épouser l'élue de son cœur.

Molière, contemporain de Racine écrit deux pièces où il se moque indirectement des juges. La première *Tartuffe ou l'Imposteur* écrite en 1669²⁶ se moque des hypocrites

²⁴ Sur la justice pénale au 17^{ème} siècle, voir Joël Hautebert, *La justice pénale à Nantes au Grand Siècle*, Paris, Edition Michel de Maule, 2001.

²⁵ Jean Racine, *Les Plaideurs*, Paris, Chez Barbin, 1669.

²⁶ Jean-Baptiste Poquelin dit Molière, *Tartuffe ou l'Imposteur*, Paris, Chez Barbin, 1673.

religieux. Bien que la thématique ne soit pas judiciaire, il est possible d'y voir une critique sous-jacente des juges puisque les corporations judiciaires étaient profondément catholiques. Il suffit de voir le scandale que provoqua cette pièce pour en mesurer la portée inflammable²⁷.

L'autre pièce dans laquelle Molière se moque indirectement des juges est *Le Bourgeois gentilhomme*²⁸. Cette pièce écrite en 1670 relate les efforts ridicules d'un bourgeois pour se hisser au rang de noble. La thématique n'est pas judiciaire mais l'essor de la noblesse de robe qui supprime la noblesse d'épée notamment dans la justice est un phénomène qui existe et s'accélérera au siècle suivant.

Le seul auteur du Grand Siècle qui se montre réellement dur à l'encontre du juge est La Bruyère qui dit dans son ouvrage majeur *Les caractères*²⁹ :

« *La question est un excellent moyen de condamner un innocent à la complexion faible et de relâcher un meurtrier à la complexion forte* »³⁰.

Le siècle des Lumières se montre beaucoup plus corrosif notamment à travers les comédies de Pierre-Augustin de Beaumarchais qui peint le juge comme un être misanthrope opposé à tout progrès et surtout imbu de lui-même et de sa puissance. Dans la pièce *Le mariage de Figaro*³¹ le héros Figaro, fidèle valet du juge, ne dit pas autre chose : « *Et vous qu'êtes-vous fait pour être noble ? Vous êtes né* »³². Cette phrase résume bien l'un des reproches fait aux juges d'Ancien Régime : celui de vivre dans un

²⁷ La pièce « *Tartuffe ou l'imposteur* » provoqua l'ire des milieux catholiques qui y voyaient une atteinte profonde à la religion catholique. La pièce subira la censure religieuse et dû être remanié profondément avant de pouvoir être jouée devant le Roi Louis XIV.

²⁸ Jean-Baptiste Poquelin dit Molière, *Le Bourgeois gentilhomme*, Paris, Chez Barbin, 1673.

²⁹ Jean La Bruyère, *Les Caractères*, Paris, Edition Flammarion, 1880.

³⁰ Ibid.

³¹ Pierre-Augustin Caron Beaumarchais, *Le barbier de Séville ou la précaution inutile*, Paris, Laplace, 1876 ;

³² Ibid.

supposé faste et d'être déconnecté du « peuple ». Si les familles de magistrats avaient un certain confort de vie, il est davantage lié aux héritages familiaux qu'au traitement versé par le Trésor royal aux magistrats.

Toutefois contrairement au XVII^{ème} siècle, les factums et écrits polémiques se multiplient sous l'influence du mouvement des Lumières. Ainsi la représentation judiciaire a toujours existé. Elle se construit selon les siècles et les influences philosophiques.

Le XVIII^{ème} siècle marque un tournant. Le ton et la gradation change. Avant la représentation judiciaire était axé sur la dérision. Au siècle des Lumières elle prend une coloration négative. La figure du juge est nécessairement mauvaise. C'est lui qui détient le droit de vie ou de mort sur les personnes.

De plus, sur le plan pictural, les représentations majestueuses de magistrats en costume judiciaire fastueux se multiplient. Ainsi la justice des Hommes est soumise à une grave crise judiciaire. Elle se montre toutefois dans son plus bel appareil sous l'angle pictural. Voici un fort étrange paradoxe judiciaire qui donne à notre sujet de thèse tout son intérêt.

En réalité, ce paradoxe démontre qu'entre 1748 et 1788 la justice royale vit une crise sans précédent. L'empilement juridictionnel censé simplifier et soulager les juges royaux ne fit qu'accroître la complexité du maillage judiciaire d'Ancien Régime.

De plus, les magistrats royaux deviennent de plus en plus puissants et frondeurs face à une monarchie qui peine à trouver l'argent pour payer décemment ses propres magistrats. En 1770 Le chancelier Maupeou propose une réforme de grande ampleur qui sera arrêtée en raison de la mort du roi Louis XV.

Le chancelier Lamoignon³³ proposera une autre réforme judiciaire en 1788 qui hérissera les juges royaux. Cependant il était trop tard pour que la réforme Lamoignon fonctionnât. La France, était dans un climat de tension entre les trois ordres. Cette tension aboutira à la scission du Tiers-État et à la naissance de l'Assemblée nationale constituante le 20 juin 1789.

L'avancement de notre sujet de thèse a été complexe. Il a fallu le retravailler à plusieurs reprises afin de surmonter les principales difficultés mentionnées ci-dessous.

La première difficulté était d'ordre disciplinaire : fallait-il s'orienter vers une thèse d'histoire du droit pénal ou une thèse en histoire des idées politiques ?

Il nous est apparu judicieux d'explorer la thèse sous l'angle des idées politiques. En s'orientant vers une thèse d'histoire du droit pénal, nous aurions fait de nouveaux travaux de recherches archivistiques.

Or ces recherches n'auraient été que la confirmation formelle de travaux antérieurs.³⁴ Toutefois nous n'excluons pas totalement le droit criminel. La question pénale est, comme nous l'avons déjà dit, une question politique à cette époque. De plus, toute pensée politique façonne le droit criminel. Par conséquent l'histoire des idées politiques et l'histoire du droit pénal sont intrinsèquement liées.

La seconde difficulté fût celle des bornes chronologiques : Quelle date devait être retenue pour commencer et quelle date pour finir ?

³³ Sur la réforme Lamoignon voir Marcel Marion, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme de 1788*, Paris, Hachette, 1905.

³⁴ Outre les ouvrages précités on pourra se référer, pour l'exemple provençal, à Aymeric Thareau, *La justice criminelle au 18ème siècle : l'exemple du parlement de Provence*, Thèse, Droit, Aix-Marseille, 2007.

Si la question de la date de début fut résolue rapidement en choisissant l'année 1748, datation communément admise pour le siècle des Lumières, il en fut autrement pour la date de fin. Où arrêter le sujet de thèse ?

Dans un premier temps, nous pensions nous arrêter en 1799. Il s'agissait de couvrir l'ensemble de la période révolutionnaire. Toutefois ce choix n'était guère satisfaisant pour notre plan de thèse. Il reposait uniquement sur le passage du Directoire au Consulat. Nous entreprîmes dans un second temps, de prolonger le sujet jusqu'en 1810. L'idée était de terminer sur le code pénal napoléonien. Cette date avait l'avantage de couvrir l'ensemble de la période révolutionnaire et une partie de l'Empire. La date de fin en 1810 correspondait à un changement de philosophie pénale par rapport aux codes de 1791 et de brumaire an IV.

Cependant aussi intéressante et tentante que pût être cette option, elle demeurait déraisonnable. Elle était déraisonnable car elle ne prenait pas en compte le critère essentiel de la faisabilité de la thèse. Cela aurait impliqué de faire de nombreuses coupures préjudiciables. La période 1792-1810 est d'une grande complexité historique.

Cette période est à elle seule un sujet d'histoire du droit à part entière. De plus cela aurait généré des questions complexes telles que « Faut-il mettre en comparaison la pensée politique révolutionnaire et impériale ? » « Faut-il les présenter comme complémentaire ou comme antagoniste » ?

Ce ne fût que dans un troisième et dernier temps que nous avons choisi 1791. Cette date avait l'avantage de pouvoir étudier la fin de l'Ancien régime. Elle permettait aussi l'étude du passage brutal de la monarchie judiciaire à la justice citoyenne. L'idéal de justice tel que le concevaient les députés constituants. Cette date de fin présentait le

mérite de la faisabilité tout en donnant suffisamment de matériaux historiques. De plus 1791 correspond à une rupture de philosophie pénale et politique.

La troisième difficulté à laquelle nous devons répondre était celle de la structure. Choisir le plan fut une étape décisive.

Fallait-il un plan thématique qui aurait mis en valeur la notion de représentation judiciaire au risque de négliger toute chronologie ? Fallait-il un plan chronologique afin de démontrer l'évolution de la pensée politique française en matière de représentation judiciaire au 18^{ème} siècle ? Il nous est apparu pertinent d'adopter la seconde solution afin de mieux mettre en exergue la cohérence et l'évolution majeure de la pensée politique française au XVIII^e siècle.

La quatrième difficulté que nous avons rencontrée concerne le jury criminel. La raison est liée à une abondante bibliographie. Cette bibliographie fournie ne nous permettait pas de trouver une approche aisée sur le jury criminel révolutionnaire.

En effet de nombreux ouvrages ont longuement décortiqué cette institution du droit pénal révolutionnaire³⁵. Notre objectif n'était pas de décrire l'organisation du jury criminel et d'analyser minutieusement les sentences rendues. Nous ne souhaitons pas d'analyses archivistiques d'un ressort géographique donné. Toutefois ignorer le jury criminel révolutionnaire c'est occulter un pan de la pensée politique révolutionnaire. En

³⁵ La bibliographie sur le jury est dominée par Antonio Padoa-Schioppa, *The trial jury in England, France, Germany*, (1700-1900), Berlin, Duncker et Humblot, 1987. Du même auteur, « le jury d'Adrien Duport » in Michel Vovelle, (sous la direction), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?* Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), Paris, Presses universitaires de France, 1988, tome 2, pp. 609-622. Voir également Bernard Schnapper « L'activité du tribunal criminel de la Vienne », in *Voies nouvelles en histoire du droit : la justice, la famille, la répression pénale (XVI^{ème}-XX^{ème} siècle)*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, pp. 223-240.

effet le jury est indissociable de la Révolution Française. En effet, il demeure encore en vigueur dans le droit criminel positif.

De plus étudier le jury c'est également étudier la représentation judiciaire citoyenne³⁶. La vision d'une justice par et pour les citoyens. C'est donc sous cet angle étroit de la représentation de la justice populaire que nous avons choisi d'inclure le jury révolutionnaire dans notre étude.

La cinquième difficulté était d'ordre géographique. Nous aurions aimé faire une partie consacrée à la pensée politique européenne. Face à l'immensité de cette tâche nous dûmes renoncer pour des raisons de faisabilité. Nous avons dû limiter notre champ d'étude géographique à la France des Lumières. Même si l'Angleterre fait partie, indirectement, de notre sujet.

Afin de mener à bien nos travaux de recherche, nous avons pris le parti d'utiliser des sources imprimées car le cœur de la pensée politique se trouve dans les ouvrages d'époque. Ces sources imprimées sont fort précieuses pour la période prérévolutionnaire cependant elles ne peuvent refléter la pensée révolutionnaire.

Ces sources imprimées³⁷ nous ont permis de dégager les doctrines politiques d'époque, de pouvoir en faire une analyse comparative. Il s'agissait, grâce à cette démarche, de mieux comprendre ce qui faisait les spécificités de chaque philosophe. Cette comparaison permit de mettre en lumière les convergences philosophiques. Elle a

³⁶ Voir Renée Martinage, Jean-Pierre Royer, *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'espace Juridique, 2004.

³⁷ Nous incluons dans les sources imprimées les ouvrages utopiques du 18^{ème} siècle. Sur l'utopie et la Justice au 18^{ème} siècle voir Yan-Erick Fajon, « Les représentations du juge dans les utopies du XVIII^{ème} siècle », *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-02011323](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02011323)).

également mis au jour les divergences qui peuvent exister entre les philosophes. Il s'agit là d'une authentique mise en valeur des sources.

Nous avons choisi d'inclure dans nos sources les débats parlementaires de l'Assemblée Constituante³⁸. Ils constituent une source très connue et très utilisée par les historiens du droit. En revanche, ils ne l'ont jamais été du point de vue de la représentation judiciaire.

En effet ces débats ont cette qualité unique de constituer un instantané de la pensée politique des révolutionnaires. Une photographie unique de l'ambition qui fut la leur de procéder à une réorganisation totale des institutions judiciaires. Cette part de sources archivistiques n'était pas seulement supplétive. Elle était nécessaire. Sans les débats parlementaires l'historien du droit ne peut pas comprendre le cheminement vers cette « *Cité idéale de Justice* »³⁹.

On peut accéder à la quintessence de la pensée politique des députés constituants. Il est possible de visualiser leurs représentations du juge pénal. Ce chemin d'accès passe exclusivement par une analyse minutieuse des débats parlementaires contenus au sein des archives de l'Assemblée Nationale. La représentation du juge est donc au cœur du siècle des Lumières. Toutefois il convient de délimiter le sujet afin d'éviter toute confusion.

En premier lieu, et comme nous l'avons déjà précisé en début d'introduction, nous entendrons, dans ce travail, la notion de représentation sous l'angle exclusivement

³⁸ Archives Parlementaires de l'Assemblée Nationale de 1787 à 1860, Série 1 : 1787-1799, Tome VIII à XXI.

³⁹ Nous empruntons l'expression au professeur Royer dans son ouvrage *Histoire de la Justice du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2016 (5^{ème} édition mise à jour).

politique. Il ne s'agit pas d'étudier le costume des gens de justice⁴⁰. Il ne s'agit pas, non plus, de ce que l'art, ou l'inconscient collectif, a pu retenir de la justice de cette époque. Il s'agit d'étudier le juge criminel du XVIII^e siècle, au prisme des théories politiques de l'époque.

En second lieu, la notion de juge doit s'entendre comme celle de juge royal. Nous avons écarté les juridictions seigneuriales et ecclésiastiques⁴¹. Les premières l'ont été en raison de leur lent mais irréversible déclin⁴².

Même si elles ont perduré jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, au siècle des Lumières ces juridictions ont été vidées de leur substance par la royauté. Concernant les officialités et les juges canoniques, nous avons considéré qu'ils constituaient un sujet d'étude spécifique, au regard de leur complexité. En raison de leur ancienneté, ce travail a déjà été maintes fois appréhendé. Qui plus est, sous l'angle des représentations, le juge ecclésiastique n'est pas la cible privilégiée des Lumières.

A l'exception peut-être celle de Voltaire, dans la mesure où les espoirs de réforme et de rationalisation s'inscrivent déjà largement dans une perspective de déchristianisation. Cela tient compte de la mise à l'écart des justices concurrentes de l'Église, depuis le XVI^{ème} siècle⁴³. C'est pourquoi il nous est apparu cohérent de retrancher de notre étude ces deux justices concurrentes, et non royales, de nos travaux de recherches.

⁴⁰ Sur le costume des gens de justice voir Jacques Boedels, *Les habits du pouvoir : la justice*, Paris, Antébi, 1992 ; voir aussi Naz-Maryam Banou Nayebi *Les coutures de la robe du magistrat*, mémoire de D.E.A, Sociologie du droit, Paris 2, 2004.

⁴¹ Nous n'avons pas trouvé, à notre connaissance, de travaux relatifs aux officialités à la fin de l'Ancien Régime qui nous auraient permis d'illustrer notre propos.

⁴² Pour un exemple de justice seigneuriale voir : Luc Tranduy, *La justice à Grignan sous l'ancien Régime : recherche sur le maintien d'une justice seigneuriale dans le bas-Dauphiné (1660-1790)*, Lille, ANRT, 2009.

⁴³ Nous pensons, naturellement, ici, à l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, déjà largement étudiée, ainsi que ses conséquences, et hors du cadre chronologique et thématique de cette thèse. Toutefois, il est possible de consulter : Ugo Bellagamba, « L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 : une arme juridique au service de l'Etat monarchique contre l'Église », communication au colloque international *Religions et État. Regards Croisés* :

Parmi les juges royaux, il nous a semblé cohérent de privilégier les juridictions parlementaires au détriment des juridictions prévôtales et des présidiaux. En effet dans les sources imprimées d'époque et dans les dossiers évoquant ou traitant d'erreur judiciaire, le juge visé est celui siégeant au sein des Parlements.

Le juge parlementaire est l'incarnation du décalage entre les textes pénaux en désuétude de l'Ordonnance criminelle de 1670 et les attentes réformatrices des philosophes des Lumières. Cela ne signifie pas que les autres juridictions n'existent pas. Cela signifie plutôt que le rejet du juge parlementaire est viscéral.

Le rejet des juridictions prévôtales et présidiales semble moins marqué. Cela ne signifie pas pour autant que les prévôts et les présidiaux jouissent d'une grande popularité dans la France de Louis XVI⁴⁴.

En troisième lieu, il s'agit de d'analyser et comparer les théories politiques de l'époque afin de brosser un portrait politique tel que les intellectuels se le représentent. Il s'agit de décrypter ce miroir judiciaire qui comporte beaucoup de « fantasmes » au siècle des Lumières. Comme dit plus haut, l'anglophilie est un moteur mais ce n'est pas le seul moteur.⁴⁵ Il y a une défiance claire et générale à l'encontre de la justice royale à partir de la publication de l'Esprit des lois de Montesquieu en 1748. Cette méfiance ira *crescendo* pour atteindre le point de rupture que constituent l'année 1789 et le début de la Révolution française.

Arabie Saoudite, Azerbaïdjan, France, Russie, organisé par le CERDACFF, l'Académie des sciences d'Azerbaïdjan, l'Ecole supérieure d'économie de Moscou (Faculté de droit), Nice, 10 et 11 octobre 2013, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

⁴⁴ Sur la prévôté voir Hervé Piant, opus cité ; sur le présidial voir Silvain Soleil, *Le siège présidial d'Angers entre 1550 et 1790 : contribution à l'histoire administrative et judiciaire*, Thèse, Droit, Rennes 1, 1995.

⁴⁵ Voir Edouard Tillet, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

Notre contribution vise à étudier les théories politiques afin de connaître les représentations idéalisées, les critiques et les propositions formulées par les intellectuels de l'époque sur la justice de leur temps. Notre étude a aussi pour objectif d'étudier l'influence que ces théories eurent auprès des députés constituants. Nous voulons ainsi de déterminer s'il y a un lien de causalité.

Ainsi notre thèse ne porte pas tant sur les mutations judiciaires plusieurs fois étudiées. Elle s'est bâtie et s'affirme comme une analyse du poids culturel des représentations philosophiques de la figure judiciaire.

Ce qui est en jeu, dans notre étude, ce n'est donc pas la présentation minutieuse des causes procédurales de la crise judiciaire qui frappe les juges d'Ancien Régime. C'est l'analyse de la perception populaire et philosophique de la crise judiciaire d'Ancien régime au prisme de la représentation.

Cette crise judiciaire de la fin de l'Ancien Régime marque la représentation du juge tel que les philosophes des Lumières se le représentent. C'est cette trace que nous étudions dans les textes et les auteurs retenus dans notre corpus. Ainsi, il est difficile de négliger l'aspect de la représentation et le poids de celle-ci.

Notre thèse n'est pas non plus une énième analyse d'un système politique et philosophique développé par un auteur donné⁴⁶. Par exemple celui de Montesquieu, même si, naturellement, l'œuvre de Montesquieu sera convoquée dans nos développements.

⁴⁶ Sur Montesquieu, voir Boris Mirkhine-Guetzevich, Henri Puget, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu : Bicentenaire de l'esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952. Sur Beccaria on se reportera aux nombreux travaux du professeur Porret : Michel Porret (sous la direction) *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du Colloque de Genève*, Genève, Droz, 1995. Michel Porret, *Beccaria : Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003.

Nos travaux n'ont pas pour objectif de décortiquer les concepts politiques et leurs sens dans une ou plusieurs œuvres philosophiques. Ils ont pour ambition de décortiquer le miroir judiciaire. Le système français *versus* Common Law, à travers les penseurs emblématiques du XVIII^e siècle.

C'est pourquoi, on ne trouvera pas ici une étude détaillée portant sur les œuvres des auteurs moins connus de la période. Notre contribution doit s'analyser comme un réexamen en profondeur de l'œuvre maîtresse des grands auteurs du siècle des Lumières. Ce réexamen se fait naturellement sous l'angle de la représentation. Cela se justifie d'autant plus que ce sont précisément ces œuvres-là qui ont eu le plus fort impact. Un fort impact en termes de diffusion et de réception. Un fort impact dans le personnel politique de la révolution française.

Cela a contribué à une évolution en termes de représentation de la figure du juge criminel. Cette démarche suppose d'adopter une approche comparative englobant la notion de représentation judiciaire⁴⁷.

En somme, notre approche propose de s'interroger sur la figure du juge dans la pensée politique du XVIII^e siècle en ce qu'elle exprime et prolonge les théories politiques de la justice, de ses forces et de ses faiblesses.

En quoi les théories politiques du siècle des Lumières sont-elles transformé et fait évoluer les représentations du juge ? En quoi ces mêmes idées politiques préfigurent-elles le mouvement révolutionnaire et les débats à l'Assemblée Constituante ?

⁴⁷ Notre démarche comparative ne doit pas s'entendre dans un sens géographique. Nous comparons différents auteurs, français et étrangers, politiques et leurs retentissements dans la France pré-révolutionnaire. Le comparatisme est politique et juridique. Il n'est en aucun cas géographique.

Ces deux questions sont imbriquées mutuellement car comprendre les théories politiques du siècle des Lumières permet de mettre le doigt sur la plaie judiciaire : la méfiance à l'égard du juge de l'Ancien Régime et le désir de refonte de la justice pénale⁴⁸.

Ces questions ont déjà été traitées sous l'angle de l'histoire de la procédure pénale. Il manquait et il manque encore des travaux sur la représentation judiciaire. Il faut encore compléter l'édifice sous le point de vue de l'histoire des idées politiques.

Le problématiser sous cet angle nous permet de renouveler l'approche de la justice d'Ancien Régime. Outre son approche transversale, notre thèse met l'accent sur des notions qui ne suscitèrent guère l'attention des chercheurs spécialisés en histoire du droit. Il existe bien des travaux antérieurs sur les représentations politiques.

Ces travaux antérieurs ne concernent toutefois que la profession d'avocat et la déontologie professionnelle de l'avocat⁴⁹. Ainsi, la mise au jour des représentations politiques du juge permet de mieux comprendre le basculement d'une justice royale à une justice nationale et citoyenne.

Par conséquent, questionner les théories politiques pour évaluer la représentation du juge criminel au XVIII^e siècle nous a semblé être une approche novatrice.

L'étude des représentations du juge doit se structurer en deux temps : dans un premier temps entre 1748 et 1766, la représentation judiciaire est en crise. Elle demeure éparse,

⁴⁸ Sur la refonte pénale voir David Moyaux, *Naissance de la justice pénale contemporaine : la juridiction criminelle et le jury, l'exemple du Nord (1792-1812)*, Thèse, Droit, Lille, 2000.

⁴⁹ Voir Ugo Bellagamba, *Les avocats à Marseille : praticiens du droit et acteurs politiques (18^{ème} et 19^{ème} siècle)*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

subtile, parfois contradictoire. L'objectif est d'éviter la censure royale et religieuse. Cependant cette représentation de la justice n'est pas uniforme.

Elle est plutôt l'incarnation du malaise judiciaire qui hante le règne de Louis XV. Ce malaise de la justice royale crée donc une crise des représentations judiciaires. La séance de la Flagellation en constitue le point d'orgue (Première partie).

Du point de vue de la pensée politique, la réception de l'œuvre de Beccaria en France marque la césure décisive dans notre plan. L'ouvrage de Beccaria date bien de 1764. La traduction en français publiée par l'abbé Morellet, en 1766 va jouer un rôle majeur. Elle en permet la pleine réception en France. De ce point de vue, la séance de la Flagellation en elle-même, même si elle est dans l'histoire de la justice une date importante, n'est ici qu'une heureuse coïncidence chronologique. La parole se libère lors de la fin de règne de Louis XV et le règne de Louis XVI.

Cette liberté de ton est permise grâce, notamment, aux Encyclopédistes⁵⁰. Les principaux artisans de cet immense ouvrage sont Diderot et D'Alembert. Ce foisonnement intellectuel entre 1766 et 1791 sera au cœur de notre seconde partie. La philosophie des Lumières est en pleine expansion au niveau national et européen. Cela provoque des prises de consciences au sein des élites de l'époque. Dès lors elles ne vont plus être passives et incarner le malaise des juges. Elles vont se montrer offensives en démontrant qu'une justice théorique alternative est possible grâce à Beccaria⁵¹.

⁵⁰ Louis Trenard (sous la direction), *Modèles et moyen de réflexions politiques au 18^{ème} siècle*, actes du colloque organisé à l'Université Lille III en octobre 1973.

⁵¹Phillipe Audegean, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010.

D'une certaine manière, il est possible de dire que le règne de Louis XVI voit l'essor de l'encyclopédisme et de l'opinion publique⁵². C'est cette opinion publique que Voltaire mobilisera avec succès face aux grandes erreurs judiciaires d'époques⁵³. La naissance de cette opinion publique constitue un grand moment car ce seront eux les futurs députés constituants de 1789. C'est tout ce laborieux travail pratique de la construction judiciaire qui agitera les Constituants. Ce qui amènera, inévitablement, l'émergence d'une nouvelle figure du juge. Ceci donnera naissance aussi à des foyers incontestables d'innovations au sein de l'Assemblée nationale constituante. (Deuxième partie).

⁵²Isabelle Moreau (sous la direction), *Les Lumières en mouvement : la circulation des idées au 18^{ème} siècle*, Lyon, ENS, 2009.

⁵³Michel Barrué, *Voltaire et le droit pénal*, Thèse, Lettres, Paris, 1966 ; Marc Chassaigne, *Le procès du chevalier de la Barre*, Thèse, Lettres, Université de Paris, Paris, J. Gabalda, 1920.

PREMIÈRE PARTIE :

LA CRISE DES REPRÉSENTATIONS

DU JUGE CRIMINEL D'ANCIEN RÉGIME

(1748-1766)

INTRODUCTION

Le siècle des Lumières rayonne comme un phare dans l'histoire des idées politiques, autant, d'ailleurs, que dans celle du droit et des institutions. Il en va de même si l'on se penche sur l'histoire, plus spécifique, mais tout autant politique, de la Justice. Et c'est parfaitement légitime, tant ce siècle qui fut celui de Voltaire, de Montesquieu et de Rousseau, marque un tournant dans l'activité, la place et la représentation et la définition même des organes et des acteurs du monde judiciaire. Les mutations que le monde judiciaire a connues au XVIII^e siècle sont nombreuses. En premier lieu, les conséquences procédurales des ordonnances de codification jusqu'à la mise en place précipitée des tribunaux de la révolution. En second lieu, les grandes affaires judiciaires comme Calas⁵⁴, Sirven⁵⁵, et celle du chevalier de La Barre⁵⁶. En dernier lieu, la reconnaissance, momentanée mais symbolique, du crime de lèse-nation⁵⁷, suffiraient à elles seules à nourrir plusieurs thèses. Il suffit de regarder l'historiographie de la période pour s'en convaincre⁵⁸.

⁵⁴ Sur l'affaire Calas outre Voltaire, *Pièces originales concernant la mort des Sieurs Calas et le jugement rendu à Toulouse*, Paris, 1762 <http://tolosana.univ-toulouse.fr/notice/144377322>, on pourra se reporter à l'ouvrage ancien d'Henri Robert, *Les grands procès de l'Histoire, tome premier*, Paris, Payot, 1935 ; Voir aussi Rémy Badjaoui, *Voltaire avocat : les affaires Calas, Sirven et autres affaires*, Paris, Tallandier, 1994 ; Benoit Garnot, *Voltaire et l'affaire Calas : les faits, les débats, les enjeux*, Paris, Hatier, 2013.

⁵⁵ Sur l'affaire Sirven voir Rémy Badjaoui, *Voltaire avocat : Les affaires Calas, Sirven et autres affaires*, Paris, Tallandier, 1994.

⁵⁶ Sur l'affaire du chevalier de La Barre voir Marc Chassaing, *Le procès du chevalier de La Barre*, Thèse, Lettres, Paris, Gabalda, 1920.

⁵⁷ Jean-Christophe Gaven, *Le crime de Lèse-Nation. Histoire d'une invention juridique et politique (1789-1791)*, Paris, éd. Les Presses Science Po, 2016.

⁵⁸ Qu'il nous suffise ici de citer un ensemble d'articles, d'ouvrages et de manuels significatifs, et parfois emblématiques, attestant d'une véritable « spécialité » au sein de la famille universitaire des historiens du droit et des idées politiques : R. Badinter (sous la dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la Justice sous la*

Ces transformations eurent, on le sait également, de nombreuses conséquences politiques. Mais, cette thèse, ne porte pas tant sur l'histoire et les mécanismes de ces mutations judiciaires et de leurs conséquences politiques, maintes fois étudiées, que sur le poids des représentations philosophiques de la Justice, et en particulier du Juge, au sein de la pensée des Lumières. En effet, c'est au cours de ce siècle que les représentations judiciaires vont s'en trouver bouleversées en raison de la coloration nouvellement péjorative que prend le terme « *arbitraire* », et qui lui restera jusqu'à nos jours, au point d'influencer longtemps le regard, sinon savant, du moins populaire, sur la justice d'Ancien Régime⁵⁹. Cette prérogative confiée au juge pour lui laisser la latitude à arbitrer un conflit entre justiciables devient au XVIII^e siècle synonyme de « rejet judiciaire ». Il faudra un certain nombre de travaux universitaires pour sortir de l'ombre portée dans laquelle l'idéologie

Révolution française, Paris, éd. Fayard, 1989 ; F. Bluche, « Justice révolutionnaire et terreur jacobine. Une fonction sociale », in *Mélanges Imbert*, éd. PUF, Paris, 1989 ; Justice & justiciables. *Mélanges Henri Vidal*, Montpellier, 1994 ; B. Schnapper (sous la dir.), *Voies nouvelles en histoire du droit. La Justice. La Famille. La répression pénale. XVI^e-XX^e siècles*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, Paris, 1991 ; J.-L. Halperin (sous la dir.), *Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine, Modes d'organisation dans divers pays européens*, Convention avec le Centre Lyonnais d'Histoire du Droit, publié avec le concours du Conseil de la Recherche du ministère de la Justice (*Mission de Recherche Droit & Justice*), novembre 1992 ; Jean-Pierre. Royer (sous la dir.), *Les systèmes judiciaires en Europe, cadres institutionnels & statuts de la magistrature*, Convention avec le Centre d'Histoire Judiciaire, publié avec le concours du Conseil de la Recherche du ministère de la Justice, janvier 1993 ; *La cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique*, publié par l'A.F.H.J., Paris, La Documentation française, 2001 ; F. Chauvaud, *Histoire de la carte judiciaire. L'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1790-1930)*, Paris, avril-juin 1994, 2 vol. ; A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, 1996 ; C. Guarnieri & P. Perderzoli, *La puissance de juger, pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, 1996 ; F. Bluche, *La justice en ses temples*, préface de R. Badinter et introduction de A. Girardet, Paris, 1992 ; *Justice & République(s)*, Lille, 1993 ; *Le parquet dans la République*, Actes du Colloque des 29 et 30 mai 1995, publications de l'ENM, Bordeaux, 1996 ; Antoine. Astaïng, *Droits & Garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI^e – XVIII^e siècles) : audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Thèse droit, Montpellier, 1996 ; Yves-Marie Berce, *La justice royale et le parlement de Paris (XIV^e – XVII^e siècles)*, Genève, éd. Droz, 1995 ; Nicolas Derasse, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le Premier Empire (1789 – 1810) : les mutations d'une fonction et d'une procédure*, Thèse droit, Lille, 1998 ; Jean-Louis Halperin, *L'impossible Code Civil*, éd. PUF, Paris, 1992 ; Jean-Pierre Royer, *Histoire de la Justice en France*, Presses Universitaires de France, coll. « Droit Fondamental », Paris, 1996 ; Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Presses universitaires de France., Droit Fondamental, 2000.

⁵⁹ Alain Rey (sous la direction), *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2018 On peut aussi citer le LOGOS : « qui présente un caractère contestable et tyrannique », in *LOGOS, Grand Dictionnaire de la langue française*, Paris, éd. Bordas, 1976, p. 138.

révolutionnaire avait fait plonger le juge d'Ancien Régime, et encore, il est à regretter, aujourd'hui même, qu'ils soient encore peu utilisés dans un contexte d'enseignement supérieur⁶⁰.

L'« *arbitraire* » du droit romain consacré dans l'Ordonnance criminelle de 1670 est donc rejeté au XVIII^e siècle. Ce rejet va donner naissance aux théories utilitaristes⁶¹ qui prônent une révision des prérogatives judiciaires et par corollaire la figure du juge s'en trouve nécessairement impactée. Toutefois ce rejet de la figure tutélaire et classique du juge est multifactoriel : en premier lieu, la justice royale française est sujette à une grave crise interne. En effet, la magistrature se révolte contre les projets de réformes judiciaires de la royauté pour des raisons corporatistes. La royauté ne parviendra jamais à convaincre les juges du bien-fondé des réformes de la Justice. Cette crise morale se double d'une crise organisationnelle. En effet, à la fin de l'Ancien Régime, la royauté a canalisé les ardeurs des juridictions seigneuriales. La contrepartie fût un enchevêtrement des juridictions royales notamment entre la prévôté⁶² et le présidial⁶³. En second lieu,

⁶⁰ Il faut citer à cet effet la thèse de la professeure Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime. Étude de la pratique angevine*, Rennes, éd. Presses Universitaires de Rennes, 2010, 324 pages, préface de Jean-Marie Carbasse.

⁶¹ Concernant l'utilitarisme, il faut consulter : Malik Bozzo-Rey & Guillaume Tusseau (sous la dir.), *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*. Actes du Colloque international des 5 et 6 février 2009, organisé par le Centre Bentham et le Centre d'étude des systèmes juridiques à la Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion de l'Université de Rouen, Paris, Economica, 2011 ; Kevin Mulligan & Robert Roth (sous la dir.), *Regards sur Bentham et l'utilitarisme*. Actes du colloque organisé à Genève les 23 et 24 novembre 1990, par le Département de philosophie de la Faculté des lettres, le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques et le Centre d'études, de technique et d'évaluation législatives de la Faculté de droit de Genève, Genève, Droz, 1993.

⁶² Sur la prévôté voir Hervé Piant, *Une justice ordinaire : justice civile et justice criminelle dans la prévôté de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2006.

⁶³ Sur le présidial voir Silvain Soleil, *Le siège présidial d'Angers (1551-1790) : contribution à l'histoire administrative et judiciaire*, Thèse, Droit, Rennes.

les intellectuels de l'époque placent la question pénale au cœur de leurs réflexions politiques et philosophiques. Les philosophes s'interrogent sur la finalité de la peine et le maintien d'une pénalité axée sur la rétribution⁶⁴. Leurs théories prônant une pénalité distributive vont susciter des polémiques entre partisans de la tradition et partisans du renouveau.

Ce débat doctrinal envenime encore plus la crise morale de la représentation judiciaire car le lien entre le type de peine pénale et l'image du juge est évidente. Cela signifie que l'image judiciaire au XVIII^e siècle se brouille inévitablement alors même que la question de la peine pénale devient un véritable enjeu politique. C'est pourquoi il nous apparaît pertinent d'employer l'expression « crise des représentations ». Les intellectuels de l'époque voyaient le juge comme un homme sachant prononcer uniquement la torture et la peine de mort à l'encontre des accusés. Ainsi le juge se retrouve lui aussi sur le banc des accusés au siècle des Lumières et on pourrait même affirmer qu'il est le principal accusé. C'est un juge souffrant et révolté⁶⁵. Si l'historiographie a surtout retenu le caractère révolté des parlements, notre objectif est de montrer qu'il y a une possible corrélation entre le désarroi des juges de l'époque et leurs révoltes contre la monarchie absolue française.

C'est un juge souffrant car il est tiraillé entre l'idéalisation des Anciens et de leur conception de la Justice et la stigmatisation des vicissitudes judiciaires propres

⁶⁴ Voir Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

⁶⁵ Voir Jacques Lemay, *Révoltes parlementaires et crises provençales à la fin du règne de Louis XV*, Thèse, Lettres, Aix-Marseille, 1971.

à son époque. L'idéalisation se retrouvant dans les Mercuriales⁶⁶, ces solennels discours de rentrée judiciaire qui insistaient sur les obligations morales et religieuses du magistrat. La stigmatisation se retrouve dans les écrits polémiques des philosophes qui souhaitent réformer, partiellement ou totalement, l'ordonnance de 1670 car devenue trop désuète un siècle après sa proclamation à Saint Germain en Laye (premier chapitre).

Dès lors, les intellectuels de l'époque ne vont pas cesser d'appuyer sur cette douleur judiciaire pour dénoncer, légitimement, les scandales judiciaires de l'époque. Cependant, en renforçant la douleur judiciaire, ils profitent avant tout de leur avantage tactique pour dénoncer l'arbitraire judiciaire qui leur semble une aberration.

Montesquieu est le premier, d'un point de vue chronologique, à critiquer la royauté et la théorie du « roi, fontaine de justice ». Ses motivations restent toutefois différentes de ce que la postérité politique a retenu en le présentant, malgré lui, comme le « père de la démocratie libérale ». Voltaire et Cesare Beccaria sont les deux philosophes qui suivent chronologiquement Montesquieu.

Le premier se veut le héraut des victimes de l'ordonnance criminelle, le second écrit un bref opuscule qui aura un retentissement européen. C'est à ce moment-là que le courant du légicentrisme connaît son apogée et influence profondément les philosophes et utopistes du XVIII^e siècle.

⁶⁶ Les mercuriales étaient prononcées lors de chaque rentrée judiciaire afin d'insister sur les obligations morales et religieuses de chaque magistrat. Elles étaient prononcées lors de la Saint Martin, ce qui correspond au 11 novembre selon le calendrier grégorien. L'origine vient sans doute du dieu romain Mercure, dieu des messagers, ce qui corroborerait l'idée que la mercuriale est bien plus qu'un discours c'est un message moral.

Ces mêmes écrivains serviront de modèle littéraire car à travers ces œuvres, on peut déceler la figure bienveillante du juge anglais.

Ce que les partisans du légicentrisme n'avaient pas anticipé, volontairement ou involontairement, c'est le fait que la royauté française est devenue, petit-à-petit, une monarchie crépusculaire. Ce seront donc ces dénonciations philosophiques de la figure judiciaire qu'il nous faudra étudier (second chapitre).

CHAPITRE 1 :

LA FIGURE DU JUGE ÉCARTELÉE

ENTRE IDÉALISATION ET STIGMATISATION

Le XVIII^e siècle est sans doute l'un des siècles les plus marquants dans l'histoire de la justice car le siècle des Lumières coïncide avec une crise profonde de la justice⁶⁷. En effet, le pouvoir royal après des décennies de centralisation progressive arrive dans une phase de profond essoufflement politique et économique sous Louis XV et Louis XVI.

L'essoufflement est politique car la royauté n'a pas su se réinventer face aux revendications parlementaires et, ce, en dépit des réformes Maupeou⁶⁸ et Lamoignon⁶⁹.

La première réforme judiciaire date de 1770 dont le chancelier Maupeou est le principal artisan. L'innovation majeure de ce texte demeure la gratuité de la justice et la suppression des offices ministériels⁷⁰. L'objectif étant de diminuer le coût de la justice et de la rendre plus accessible à tous les justiciables du royaume de France. Les parlementaires vont s'opposer vigoureusement à cette réforme et subiront l'exil ordonné par le roi Louis XV. Cette réforme, bien qu'ambitieuse et nécessaire, se retrouva brisée dans son élan par la mort du roi Louis XV en 1774, et le rappel des parlements par son successeur, Louis XVI, la même année, enterrant la réforme judiciaire.

⁶⁷ Dans le dictionnaire *LOGOS*, on trouve le sens péjoratif du mot : « *qui présente un caractère contestable et tyrannique* », in *LOGOS, Grand dictionnaire de la langue française*, Paris, éditions Bordas, 1976, p. 138. Voir également Alain Rey (sous la direction), *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2018.

⁶⁸ Jean-Luc A. Chartier, *Justice, une réforme manquée, 1771-1774 : le chancelier de Maupeou*, Paris, Fayard, 2009.

⁶⁹ Marcel Marion, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905.

⁷⁰ Voir Jules Flammermont, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou*, Paris, Alphonse Picard, 1880.

La réforme du chancelier Lamoignon en 1788 fut une seconde tentative de réformer la justice de l'Ancien Régime. L'idée principale de ce nouveau changement est de simplifier considérablement la carte judiciaire⁷¹. À cette fin, le chancelier Lamoignon souhaitait fusionner prévôtés et présidiaux et les remplacer par de grands baillages. L'idée de supprimer, en partie, l'enchevêtrement entre juridictions est fort louable mais la réforme généra un grand mécontentement dans le milieu judiciaire auquel cette nouvelle carte judiciaire et le chancelier Lamoignon ne survécurent pas.

Si les causes de l'abandon sont similaires, à savoir la révolte des corporations judiciaires et plus spécifiquement les Parlements. Elles doivent toutefois être nuancée car la réforme Maupeou eut un temps d'application et calma temporairement les ardeurs des parlements du fait de leur exil forcé ordonné par le roi Louis XV. À l'inverse, la réforme Lamoignon ne put entrer en vigueur et étant donné sa proximité chronologique avec la révolution française ne pouvait que mettre fin définitivement à toute tentative de réforme par la royauté.

L'essoufflement est également de nature économique car outre les conséquences des guerres contre l'Angleterre, la France est touchée par de graves crises économiques qui font grimper les prix des denrées alimentaires⁷². Ce qui provoque notamment l'émergence d'un courant physiocratique incarné par Lemercier de la Rivière⁷³. Ces

⁷¹ Jean-Luc A. Chartier, *Justice, une réforme manquée, 1771-1774 : le chancelier de Maupeou*, Paris, Fayard, 2009.

⁷² Voir René Rémond, *Histoire de notre temps : tome premier, L'Ancien Régime et la Révolution (1789-1815)*, Paris, Points, 2007.

⁷³ Sur les physiocrates voir Anthony Mergey, *L'Etat des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2010.

auteurs physiocrates prônent la liberté économique mais restent profondément monarchistes puisqu'ils sont à l'origine de théorie du « *despote légal* »⁷⁴.

Cette absence de renouveau de la part du pouvoir royal aura une incidence profonde sur la figure judiciaire car les corporations de judicature vont s'opposer durement aux réformes judiciaires devenant ainsi le « *cancer de la monarchie* »⁷⁵.

A côté de l'opposition des parlements qui demeure une opposition corporatiste, un second front s'est ouvert avec la naissance en 1748, du mouvement des Lumières à l'échelle européenne.

Le mouvement philosophique des Lumières a pour définition communément acceptée la suivante : « *Mouvement politique, littéraire, philosophique et esthétique qui domina le monde des idées du 18^{ème} siècle* »⁷⁶. La datation communément admise pour la naissance des Lumières françaises est la parution de l'ouvrage « *De l'esprit des lois* » par Montesquieu.

Toutefois ce mouvement est très hétérogène et recoupe des intellectuels de différentes sensibilités. Ce qui unit le mouvement des Lumières à l'échelle européenne est la fusion entre la question pénale et la question politique. Autrement dit, la question pénale devient une véritable question politique, bien au-delà de ses enjeux techniques. Face à une Europe qui se réforme avec comme pays avant-gardiste la Prusse et la Russie. La singularité politique française est de ne pas suivre cet élan réformateur à cause d'un immobilisme lié à la faiblesse du roi Louis XVI.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Voir Nicolas Laurent, *Le Parlement de Dijon à la fin 18^{ème} siècle : une cour souveraine en pays d'états contribution à l'histoire administrative et politique*, Thèse, Droit, Dijon, 2005.

⁷⁶ Alain Rey, *Grand dictionnaire de la langue française*, entrée « *siècle des Lumières* », Larousse, Paris, 2018.

C'est dans ce contexte d'immobilisme et de réformes judiciaires avortées que les intellectuels français du XVIII^e siècle vont, au travers de leurs œuvres, dessiner une nouvelle architecture de la justice en s'inspirant très fortement de l'Angleterre du roi Georges III. Ce désir réel mais tronqué de se calquer sur le système d'outre-manche traduit une réelle opposition au système judiciaire de l'ancien droit de la part de ces auteurs qui le perçoivent comme un repoussoir.

Section 1 : Les Mercuriales du chancelier D'Aguesseau ou l'idéalisation professionnelle et morale du juge

Le chancelier D'Aguesseau⁷⁷ a laissé dans ses discours de rentrée solennelle⁷⁸, une certaine vision du juge. Ses discours sont profondément empreints de morale afin de montrer brosser le portrait du bon juge professionnel et vertueux⁷⁹. Si les discours de D'Aguesseau sont écrits avec une certaine lourdeur syntaxique, ils ont le mérite de peindre le juge de la Régence de Louis XV. Bien entendu, ces discours doivent également être analysés avec le plus d'objectivité possible. En effet, il a une conception de ses confrères très religieuse. Le champ lexical de la piété et de la religion y est très

⁷⁷ Henri –François D'Aguesseau naquit en 1668 à Limoges et mourut en 1751 à Paris. Il fit une brillante carrière juridique sous Louis XIV. Nommé avocat général au Parlement de Paris en 1691 il est nommé procureur général en 1700. Cependant, c'est en tant que chancelier de France (1717-1722) puis (1727-1750) qu'il marqua l'histoire de France. Outre le privilège de l'Encyclopédie donné à Diderot en 1746 il s'attela à des ordonnances de codification afin de simplifier l'ancien droit. Voir Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halperin, Jacques Krynen (sous la direction), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^{ème}-XX^{ème} siècle)*, Paris, Presses universitaires de France, 2015 (2^{ème} édition mise à jour).

⁷⁸ Voir Jeanne- Marie Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges : Les Mercuriales de D'Aguesseau*, Paris, LGDJ, 2007. Voir aussi Henri François D'Aguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁷⁹ Bien que D'Aguesseau ne soit pas dans les limites chronologiques de nos travaux *stricto sensu*, il nous est apparu pertinent d'inclure le chancelier dans nos travaux. En effet ses discours et sa vision judiciaire en font le précurseur de la représentation « moderne » de la vie judiciaire.

fort. Ce qui peut sembler naturel chez certains juges de l'époque est en réalité un vice, un manquement, au regard des idées conservatrices du chancelier de France, D'Aguesseau. En ce sens, il fait un pont avec Montesquieu car tous deux ont une conception ancienne de la Justice⁸⁰. Cette idéalisation du juge doit donc s'analyser en deux temps : Dans un premier temps, sous l'angle de l'idéalisation professionnelle (§1), dans un second temps, il brosse un portrait moral idéal du juge (§2).

§1 : Une idéalisation professionnelle du juge

Sur le plan professionnel le juge doit être vertueux (A) en prenant exemple sur les Anciens qui sont le symbole d'une sagesse inégalée (B).

A) *Un juge vertueux et désintéressé*

Il s'agit d'un thème récurrent et transversal dans les *Mercuriales* car ce sujet est abordé dans les toutes premières pages mais surtout se poursuit avec pour point d'orgue les huitième et neuvième avant de se terminer avec les quinzième, dix-septième et dix-huitième *mercuriales*⁸¹.

Lors de son premier discours, le chancelier D'Aguesseau choisit comme thème « *L'amour de son état* » et, si la formule paraît désuète, elle n'en constitue pas moins

⁸⁰ La nostalgie de la Rome antique et de la sagesse juridique des Anciens sont des thèmes récurrents chez les deux auteurs. S'il est peu probable que Montesquieu ait « copié » D'Aguesseau, il a été très certainement influencé par le chancelier de France. Cette influence se retrouve le style de Montesquieu, un style savant empreint de conservatisme.

⁸¹ Voir Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges : les mercuriales de D'Aguesseau*, LGDJ, Paris, 2007. Voir aussi Henri-François D'Aguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

une source de déontologie pour le magistrat. En effet, il oppose de manière binaire dans la première mercuriale, deux juges : le premier, insatisfait de son état et ne cherchant que l'ambition, le second, vertueux et sachant s'imprégner de la sagesse de ses aînés, représente le bon juge car celui-ci sait la valeur de sa fonction. En effet, d'Aguesseau estime que « *si l'inconstance, si l'ennui, si la satiété des plaisirs sont les seuls guides qui conduisent le magistrat dans la retraite ; il y cherche la paix, et il n'y trouve qu'un repos languissant, une molle et insipide tranquillité* »⁸². Il poursuit sa harangue sur le juge vertueux en estimant que « *L'homme de bien au contraire, se cache pendant longtemps, pour jeter les fondements d'un édifice durable. Sa vertu patiente, parce qu'elle doit être immortelle, se hâte lentement et s'avance vers la gloire avec plus de sûreté mais moins d'éclat* »⁸³.

Toujours dans ce discours, le chancelier insiste sur le rôle primordial de la vertu du magistrat « *Ne craignons pas l'homme de bien ; la vertu imprime sur son front un caractère auguste que sa noble simplicité rendra inimitable à l'ambitieux* »⁸⁴.

Pour accentuer cette dichotomie entre vertu et vice, le chancelier en crée une autre cette fois-ci axée sur les anciens et les jeunes. En effet, pour lui, les premiers reçoivent l'enseignement des aînés dans une perspective constructive et savent faire preuve de retenue tandis que les seconds sont synonymes de rébellion et de décisions imprudentes et hâtives. L'auteur en profite pour critiquer l'outrecuidance et le dédain dont fait preuve la jeune génération de magistrats. Il insiste sur la nostalgie des anciens en écrivant « *ces*

⁸² Première Mercuriale « L'amour de son état » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *op.cit*, LGDJ, Paris, 2007 ; Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁸³Ibid.

⁸⁴ Première Mercuriale « L'amour de son état » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *op.cit*, LGDJ, Paris, 2007 ; Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit*, Paris, P.G Simon, 1759

grands noms de vengeurs de la discipline, d'organes de la vérité, de sévères réformateurs, uniquement occupé de la grandeur et de la dignité du Sénat, ne sont plus que des titres magnifiques et des qualités imaginaires dont nous nous honorons vainement »⁸⁵; et plus loin d'ajouter : « *la vérité n'ose même plus paraître, même dans le temple de la Justice que sous le voile trompeur et sous les ornements d'une fausse éloquence* »⁸⁶.

B) L'exemple des anciens ou la déontologie parfaite

Autant dire que D'Aguesseau ne se prive pas de critiquer l'absence de vertu chez ses semblables et l'oubli de la sagesse des aînés. Ces deux autres leitmotivs se retrouvent un peu plus loin dans sa deuxième mercuriale quand il prononce les paroles suivantes : « *Après avoir méprisé l'âge des anciens et la dignité des supérieurs qu'il est à craindre que l'on ne porte la prévention pour son avis jusqu'à mépriser l'avis du plus grand nombre des juges et à ne pas sentir et combien on doit respecter la règle immobile de la pluralité des suffrages* »⁸⁷. Cette phrase reflète bien l'un des axes majeurs des discours du chancelier, à savoir l'exemple des anciens pour mieux rappeler à l'ordre les juges contemporains à leurs obligations déontologiques professionnelles. Sur cette lancée, D'Aguesseau note que « *ce serait renverser les plus solides fondements de l'autorité des juges et ce serait rompre avec les liens les plus sacrés qui unissent les plus grandes compagnies que d'altérer par une négligence inexcusable, ou une liberté criminelle, la*

⁸⁵ Deuxième mercuriale « La Censure publique in Jeanne Tuffery-Andrieu, *op.cit.* Paris, LGDJ, 2007 ; Voir aussi Henri -François Daguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Deuxième Mercuriale « la censure publique » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges : les mercuriales de D'Aguesseau*, Paris, LGDJ, 2007 ; Voir aussi Henri -François D'Aguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

moindre partie d'un jugement que le suffrage du plus grand nombre des sénateurs a consacré, pour ainsi dire, à l'immutabilité »⁸⁸.

Ici, le chancelier fait bien plus que dissenter sur des considérations morales et métaphysiques pour élever le juge ; il rappelle et insiste lourdement sur les garde-fous déontologiques du magistrat qui doivent lui permettre de rendre une justice éclairée. Ces propos d'une éloquence indéniable doivent être mis en corrélation avec la huitième et neuvième mercuriale qui sont « le point d'orgue » puisque D'Aguesseau consacre les mercuriales précitées aux vertus professionnelles du magistrat idéal. En ce sens, la huitième mercuriale : « *L'homme public ou l'attachement du magistrat au service public* »⁸⁹ doit retenir notre attention : le juriste examine la facette inversée de la première mercuriale ; si dans le premier discours le chancelier faisait l'éloge du magistrat, il s'avère que dans la huitième, il adopte un ton plus proche du serment pour rappeler le poids des obligations des officiers de judicature. En effet, D'Aguesseau estime que les officiers de judicature sont débiteurs de la République⁹⁰ à laquelle ils doivent rendre des comptes ; la métaphore est religieuse car le juge est comparé à « *un prêtre de la justice chargé d'étendre son culte* »⁹¹, ce rôle lui donnant justement l'obligation d'être « *l'ardent défenseur du bien public* »⁹². Plus loin, il persévère en

⁸⁸ Voir aussi Henri-François D'Aguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G. Simon, 1759.

⁸⁹ Huitième mercuriale « *L'homme public ou l'attachement du magistrat au service public* » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *op.cit.*, Paris, LGDJ, 2007. Voir aussi Henri -François D'Aguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁹⁰ La République à laquelle D'Aguesseau fait allusion est, sans doute, la République Romaine pour mieux montrer que les préteurs romains servaient de manière exemplaire la Rome Antique. A moins qu'il ne fasse aux républiques de Gênes et de Venise. En toute hypothèse le terme de « République » ne saurait avoir son acceptation contemporaine dans ce discours car le chancelier était profondément monarchiste.

⁹¹ Voir Henri -François D'Aguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁹² Ibid

affirmant que le magistrat n'est rien d'autre que « *le dépositaire du salut du peuple* » expression très lourde visant à montrer qu'être juge revêt une importance capitale. Dans la même optique, le juriste prodigue ses conseils :

« *Il se hâtera d'instruire de bonne heure les affaires dont il doit instruire les autres juges et par cette préparation anticipée il sera armé contre la profonde malice {} Quel sujet peut exciter plus dignement l'homme public ? Qu'il s'applique donc tous les jours à couper cette hydre de procédure qui renaît tous les jours* »⁹³. Ainsi le juge D'Aguesseau insiste fortement sur le magistrat consciencieux, qui est soucieux de l'intérêt général et qui sait prendre ses responsabilités face au poids du métier tout en étant transcendé par la sagesse des anciens. C'est finalement une figure idéale basée sur la catharsis antique mais teintée d'un profond conservatisme religieux qui apparaît, pour D'Aguesseau, comme le moule judiciaire idéal. Il se montre encore plus ferme en disant : « *Que ce zèle qui anime les fonctions éclatantes de sa vie publique le suive dans l'obscurité de sa vie privée* »⁹⁴. Mais sa vision conservatrice transparaît encore plus dans la mercuriale suivante consacrée à l'autorité du magistrat⁹⁵. Son discours est profondément axé sur la nature de l'autorité du magistrat et le bon usage de celle-ci. En effet, pour le chancelier, le magistrat tient son pouvoir de la justice même, lui conférant ainsi une dignité dont il n'est pas le maître. Le juge ne peut s'élever que grâce à la vertu

⁹³ Huitième mercuriale « *L'attachement du magistrat au service public* », in J. Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges : les mercuriales de D'Aguesseau*, Paris, LGDJ, 2007. Voir aussi Henri -François D'Aguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁹⁴ Huitième mercuriale « *L'attachement du magistrat au service public* », in J. Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges : les mercuriales de D'Aguesseau*, Paris, LGDJ, 2007. Voir aussi Henri -François D'Aguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁹⁵ Neuvième mercuriale : « *L'autorité du magistrat et sa soumission à la loi* » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *op.cit.*, Paris, LGDJ, 2007.

qui est le rempart le plus solide contre les séductions de son autorité divine. En effet dans cette mercuriale, D'Aguesseau insiste particulièrement sur l'absence de compromission du magistrat. Il insiste aussi sur la solennité et le dévouement du magistrat dans sa vie publique. « *Pouvoir tout pour la justice et ne rien pouvoir pour soi tel est l'honorable mais aussi pénible condition du magistrat* »⁹⁶. Plus loin, il ajoute « *Ne craignons pas de dire hautement en ce jour consacré à la plus exacte vérité que nous ne connaissons pas d'actions indifférentes dans la vie publique du magistrat.* »⁹⁷. Pour montrer la force de son autorité, D'Aguesseau insiste à ne pas faire de distinctions sociales par le magistrat « *Quelle joie pour le pauvre et le faible quand il a la chance de précéder le riche et le puissant dans cet ordre tracé des de la justice même* ». Cette nécessité pour le magistrat de concilier autorité et charité chrétienne « *quelle bénédiction ne donnent-ils pas au Magistrat quand ils voient que le gémissement secret de sa misère est plus promptement et plus favorablement écouté que la voix de la haute fortune. Puisse le magistrat goûter toute la douceur de ces bénédictions et préférer une gloire si pure à la vaine ambition de faire éclater son pouvoir* »⁹⁸.

Surtout dans sa neuvième mercuriale, le magistrat d'Aguesseau semble poser les jalons d'un légicentrisme ou en tout cas postuler que la loi et l'équité sont complémentaires. Le magistrat doit se soumettre au premier tout en usant de la seconde pour rendre la justice⁹⁹. En effet, il déclare « *premier objet du législateur, dépositaire*

⁹⁶ Voir aussi Henri -François Daguesseau, *o.cit.*, Paris, P.G. Simon, 1759.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Neuvième mercuriale : « *L'autorité du magistrat et sa soumission à la loi* » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *la discipline des juges : les mercuriales de D'Aguesseau*, LGDJ, Paris, 2007 Voir aussi Henri -François Daguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G Simon, 1759.

⁹⁹ Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G. Simon, 1759. Il est possible que D'Aguesseau soit resté sur le schéma d'Aristote qui veut que la loi prévienne et l'équité tempère.

de son esprit, compagne de la loi l'équité ne peut jamais être contraire à la loi même {...} Si le magistrat qui est la loi vivante peut suppléer alors au silence de la loi morte ce n'est pas pour combattre la règle c'est pour mieux l'accomplir »¹⁰⁰. L'insistance se fait encore plus pesante lorsqu'il déclare « Dangereux instrument de la puissance du juge, hardie à former de nouvelles règles, l'équité, s'il est permis de parler ainsi, une balance particulière et un poids propre pour chaque cause »¹⁰¹. D'Aguesseau ajoute pour marquer en intensité son discours : « Il est vrai que la loi positive [...] ne peut pas marquer la juste mesure des peines ; mais si elle fait l'honneur au magistrat de remettre entre ses mains ce discernement si difficile c'est à la sagesse qu'elle le confie et non pas à son caprice »¹⁰².

§2 : L'idéalisation morale du juge

L'idéalisation morale conduit D'Aguesseau à dissenter sur la vanité des juges où il transparait un pessimisme assumé(A), cela ne signifie pas que le chancelier est opposé à une réforme judiciaire d'envergure (B).

A) *La vanité et la discipline judiciaire ou le pessimisme du chancelier D'Aguesseau*

Cette phrase trouve également un écho dans la onzième mercuriale¹⁰³ de D'Aguesseau qui s'attache à démontrer que seule une bonne probité peut rendre le magistrat vertueux.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Neuvième mercuriale : « L'autorité du magistrat et sa soumission à la loi » in Jeanne Tuffery-Andrieu, *op.cit.* LGDJ, Paris, 2007 Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G Simon, 1759.

¹⁰³ Onzième mercuriale « La vraie et la fausse » in Voir aussi Henri -François Daguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours,* Paris, P.G. Simon, 1759.

En effet le chancelier est sans langue de bois : « *Vouloir paraître juste, sans l'être en effet, c'est le comble de l'injustice* »¹⁰⁴.

Ainsi, pour lui, le juge artificieux est un mauvais juge qui joue de sa vanité et de sa gloire. A l'inverse, le juge vertueux est un homme de bien, conscient qu'il doit agir sans fards et affronter le jugement moral des hommes. Il trouve son bonheur non pas dans recherche perpétuelle de la gloire mais dans l'accomplissement désintéressé de ses obligations professionnelles. Ne renchérit-il pas en disant « *L'homme de bien l'est sans art car il est sans effort. Il n'a point de vices à cacher et il n'affecte pas ses vertus {...} il possède son âme en paix.* »¹⁰⁵.

Le chancelier D'Aguesseau renchérit sur le poids des obligations professionnelles, comme dans les précédentes mercuriales, car « *Conserver toujours le même caractère, marcher d'un pas égal sur la ligne du devoir et couronner d'honorables travaux par une persévérance encore plus glorieuse c'est le privilège de la sincère vertu* »¹⁰⁶.

Ce leitmotiv du combat de la Vertu contre le Vice contemporain trouve également un écho dans dix-huitième mercuriale de D'Aguesseau relative à la discipline¹⁰⁷. Si le juriste se montre pessimiste en raison des mœurs laxistes de son temps il appelle de ses vœux une réforme salutaire de la magistrature afin que « *se rétablisse insensiblement l'ancienne splendeur du Sénat* »¹⁰⁸ ce qui permettrait selon le chancelier « un

¹⁰⁴ Ibid.

Onzième mercuriale « *La vraie et la fausse* » in Jeanne-Marie Tuffery Andrieu, *op.cit.* Voir aussi Henri -François Daguesseau, *Œuvres de Mr le chancelier D'Aguesseau. Tome premier contenant les discours pour l'ouverture des audiences, les mercuriales, les réquisitoires et autres discours*, Paris, P.G. Simon, 1759¹⁰⁵.

¹⁰⁶ Ibid

¹⁰⁷ Dix-huitième Mercuriale « De la discipline » in *op.cit.*; Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G. Simon, 1759.

¹⁰⁸ Ibid.

accroissement de toutes les vertus avec l'amour de la Discipline »¹⁰⁹. En effet, pour le chancelier qui se réfère à la vertu Antique « *ne craignons point de faire dégénérer la censure en un éloge trop flatteur si nous l'appliquons à cet auguste Sénat* »¹¹⁰. Car le sombre tableau que dresse D'Aguesseau de ses semblables est sévère et dur : « *Mais ces Assemblées si sagement constituées que sont-elles devenues et à quoi les réduisons nous aujourd'hui ? A peine en conservons-nous encore le nom et les apparences. La gloire de l'orateur nous fait presque oublier le devoir du censeur et la censure elle-même ne semble être que l'ornement et la décoration de la pompe du Sénat* »¹¹¹. Ce que veut D'Aguesseau est un retour à l'ordre ancien sur les pas des ancêtres. Sa mercuriale sur la discipline en est un exemple significatif car « *la sagesse de nos pères et l'autorité de la loi avait voulu assurer une discipline si glorieuse* »¹¹².

B) L'espoir d'une réforme judiciaire salutaire

Mais, il faut toutefois se poser la question : le pessimisme du chancelier D'Aguesseau exclut-il toute réforme de la justice ?

« *Depuis que les mœurs sont changées et que la discipline domestique a péri avec la discipline publique ; peut-on encore concevoir des projets de réformes ?* », écrit-il.

La réponse est subtile et pleine de nuances car le juriste semble sans illusion sur le comportement dépravé de ses semblables mais en tant qu'homme de principes il appelle de ses vœux à une refonte intégrale du système judiciaire pour retrouver la vertu dont disposaient les ancêtres. « *Ce relâchement des mœurs que nous déplorons n'est pas*

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Dix-huitième Mercuriale « De la discipline » in *op.cit.*; Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G. Simon, 1759.

¹¹² Ibid.

encore si général qu'il y'ai des âmes privilégiées qui retracent à nos yeux l'innocence des premiers âges du Sénat »¹¹³.

Et le chancelier de conclure par ces mots : « *Mais nous sera-t-il permis de le dire, la volonté nous manque plus que le pouvoir. Rien n'est impossible à la vertueuse et opiniâtreté de l'homme de bien »¹¹⁴.*

Si pour le juriste du 17^{ème} siècle le juge idéal reste le juge qui sait se conformer aux préceptes religieux et ancestraux détenus par les anciens, il en est autrement un siècle plus tard. Les intellectuels français reprennent cette image du juge vertueux mais ne l'attribue pas aux ancêtres judiciaires, ils décernent cette image au juge d'Outre-manche.

Section 2 : Le juge anglais ou l'utopie de la Common Law

Le siècle des Lumières est un siècle qui se passionne pour le royaume d'Angleterre. Il y a des considérations de type militaire car le XVIII^{ème} siècle marque la suprématie militaire maritime des anglais¹¹⁵. Ce qui va avant tout fasciner les intellectuels français, c'est le système judiciaire anglais. Dès lors, la naissance de l'anglophilie est actée. L'anglophilie peut se définir comme l'admiration et la passion pour tout ce qui a trait au royaume d'Angleterre. Deux facteurs vont accentuer cette fascination pour le royaume de Georges III d'Angleterre. Le premier facteur est la publication des *Institutes de droit anglais* par le juriste William Blackstone qui décrit pour la première fois le système de

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Dix-huitième Mercuriale « De la discipline » in *op.cit.*; Voir aussi Henri -François Daguesseau, *op.cit.*, Paris, P.G. Simon, 1759. .

¹¹⁵ La désastreuse guerre de sept ans et la défaite française navale à Trafalgar en février 1805, sont des exemples représentatifs de la suprématie maritime anglaise. Cependant la suprématie maritime britannique commence bien plus tôt. La datation retenue est la fin de la guerre de succession d'Espagne en 1710 sous la reine Anne.

Common Law de manière approfondie¹¹⁶. L'autre facteur sera l'expression d'une révolte à l'encontre de l'Ordonnance criminelle de 1670 et de l'arbitraire du juge français. Ces deux éléments combinés vont pousser les intellectuels des Lumières à s'intéresser au système judiciaire anglais avec des documents parfois trompeurs puisqu'ils ne parlent de la Common Law que sous un aspect.

Cela conduit à une sorte de fantasme collectif autour de la figure judiciaire anglaise puisque les intellectuels français de l'époque en brosent un portrait fort flatteur délaissant des aspects plus « sombres » du système judiciaire anglo-saxon¹¹⁷.

Si les utopistes ont contribué indéniablement à forger des figures alternatives à partir de ce tronc commun que constitue le système de Common Law, Voltaire joue un rôle important dans la représentation idéalisée de l'Angleterre puisqu'il en fait la description d'un paradis perdu garantissant les libertés fondamentales.

Dès lors, l'anglophilie se répand comme une trainée de poudre et ce qui était au siècle précédent un royaume isolé devient, au XVIII^{ème} siècle, un royaume au centre de toute les attentions de la part de l'élite française tant pour ses institutions judiciaires qui sont vues comme des garanties pour l'accusé que pour ses institutions politiques qui sont vues comme un « remède » à l'absolutisme français puisque le roi Georges III partageait ses prérogatives avec le parlement britannique¹¹⁸.

Bien que ce fantasme perdure tout au long de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, deux tournants ultérieurs sont à noter : le premier est la guerre d'indépendance des États-

¹¹⁶ Antérieurement à Blackstone il y a bien des traités de droit anglais rédigés par des juristes anglo-saxons. Néanmoins Blackstone est le premier à exporter le droit anglais.

¹¹⁷ Pour une vision globale, voir William Murphy, Chris Pritchett, *Courts, Judges and Politics: an introduction to the judicial process*, New-York, Herman, 1986.

¹¹⁸ Voir Edouard Tillet, *La constitution anglaise dans la France des Lumières : un modèle politique et institutionnel*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2001.

Unis d'Amérique entre 1776 et 1783. En effet, une fois leur indépendance acquise, les constituants américains vont susciter l'intérêt des intellectuels français par leur choix d'instaurer une république fédérale ce qui est nouveau à l'époque¹¹⁹. L'autre tournant est l'été 1789 où les constituants décident de ne pas adopter le bicaméralisme par peur de redonner un poids à la noblesse française¹²⁰. Ces deux éléments combinés montrent donc qu'à la veille de la révolution, l'idéalisation du juge anglais subit un tassement au profit de la jeune république américaine.

Les philosophes des Lumières sont donc très attachés au modèle anglais tel qu'il peut exister sous Georges III (§1), c'est ce même modèle qu'il conviendra de nuancer pour en saisir toute la complexité juridique (§2).

§1 : Un mouvement des Lumières anglophile

Cet anglophilie se traduit par un retour sur la scène internationale du royaume anglais(A) et se poursuit dans les écrits utopiques (B).

A) *Georges III ou le retour de l'Angleterre*

Cette anglophilie tranche singulièrement avec le rejet qu'inspirait l'Angleterre à la suite de l'exécution du roi Charles I^{er}¹²¹. La nation d'outre-manche y était vue comme une nation régicide. Au siècle des Lumières, au contraire, le royaume d'outre-manche est vu comme un gardien de la liberté civile. Le système judiciaire

¹¹⁹ Les girondins se sont inscrits dans cette lignée fédéraliste à l'américaine par opposition au jacobin qui s'inscrit dans une tradition centralisatrice et antilibérale. Voir Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques du 18^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2003 ; Jean Touchard, *Histoire des idées politiques du 18^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Quadriges éditions, 2012.

¹²⁰ Marcel Couffin, *L'image de l'Angleterre au cours des débats de l'assemblée constituante (1789-1791)*, Thèse, Lettres, Paris, 1997.

¹²¹ Voir François Guizot, *Histoire de la révolution d'Angleterre depuis l'avènement du Charles I^{er} jusqu'à sa mort*, Paris, Didier, 1846.

y est vu comme plus humain et surtout beaucoup plus garant des droits de la défense. L'engouement pour la Common Law commence avec Montesquieu qui consacre quelques pages élogieuses sur le royaume d'Angleterre. En effet dans son livre XII, au chapitre 7¹²², le juriste bordelais estime que la constitution d'Angleterre garantit mieux les droits des accusés que ne le fait l'ordonnance criminelle de 1670. Surtout, il met en valeur l'absence de la torture judiciaire dans le système de Common Law, ce qui lui semble un réel progrès en comparaison de la procédure française. Cependant, il ne s'étend pas sur l'Angleterre et son système judiciaire, par conséquent il est possible d'avancer l'hypothèse selon laquelle Montesquieu parle du juge d'outre-manche que de manière incidente et accessoire¹²³.

Nous savons, depuis les travaux d'Édouard Tillet que les Lumières ont pris l'Angleterre comme modèle institutionnel¹²⁴. Ainsi, Voltaire plaiderait-il pour une monarchie constitutionnelle à l'anglaise¹²⁵. De même dans ses *Lettres anglaises* il fait l'éloge de la justice anglaise en raison surtout de l'absence de la question et une procédure pénale qui lui paraît beaucoup plus humaine. Cette anglophilie peut s'expliquer également par la parution des *Institutes* de William Blackstone¹²⁶.

L'explication de ce renversement de situation se situe, selon nous, à deux niveaux : en premier lieu, la mauvaise interprétation du *King's in Parliament* par les élites françaises comme le montra Edouard Tillet¹²⁷. Les intellectuels français y

¹²² Charles-Louis de Secondat, Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Londres, Nourse, 1772.

¹²³ Edouard Tillet, *La constitution anglaise : un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Charles-Louis de Secondat, Montesquieu (baron de), *op.cit.*, Londres, Nourse, 1772.

¹²⁶ William Blacstone, *Commentaries on the law of England*, Londres, John Murray, 1874.

¹²⁷ Edouard Tillet, *op.cit.*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001.

virent une séparation des pouvoirs et une application concrète des théories de Montesquieu.

Or, ce procédé de la constitution anglaise est une « association » du parlement anglais au pouvoir royal¹²⁸. Le parlement cohabite donc avec Georges III d'Angleterre. Il est certes associé au pouvoir politique mais le roi dispose de prérogatives étendues et il domine la vie politique anglaise.

En second lieu, l'omission de la « peine forte et dure ». Cette peine ressemblait à la question des brodequins dans le système judiciaire français. En effet l'accusé était écrasé sous des poids pour refus de plaider. Cette peine était encore en vigueur dans le royaume de Georges III. Elle symbolise, à elle seule, la sévérité masquée du système de Common Law¹²⁹.

Cette omission de la « peine forte et dure » traduit bien l'admiration béate des philosophes français pour le système anglais. Elle traduit également la difficulté pour des non spécialistes de la Common Law les limites de la vulgate. Bien que Montesquieu ne soit pas favorable à une vulgarisation concernant le système anglais, il inaugure, malgré lui, un cycle d'admiration pour le droit anglais.

Des années plus tard, l'Angleterre entrera dans la première révolution industrielle et marquera sa suprématie militaire et navale. L'Angleterre entrainera l'Europe dans la révolution industrielle. Elle est alors une source inépuisable d'inspiration politique et littéraire. L'inspiration est littéraire car il y'a bien des traces de cette admiration pour le royaume anglais dans les écrits utopiques.

¹²⁸Edouard Tillet, *op.cit.*, Aix-en- Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001.

¹²⁹ Ibid. Il faut noter que la peine forte et dure a été institué au XVIème siècle et ne sera supprimée qu' en 1772. Par conséquent elle était encore en vigueur sous le roi Georges III d' Angleterre.

B) La question de l'utopie au siècle des Lumières : une source anglophile

Cette anglophilie se retrouve également dans l'utopie¹³⁰ de manière implicite notamment chez Grivel et chez le physiocrate Lemer cier de la Rivière. En effet, tous les deux peignent dans leur utopie respective un roi sage, éclairé, disposant de pouvoirs étendus et gouvernant avec modération et des lois pénales accessibles au plus grand nombre¹³¹. Le rapprochement avec les monarques de l'époque qui semblent des modèles de gouvernement est aisé à faire à l'image de Frédéric II de Prusse, Catherine II de Russie ou Georges III d'Angleterre. La littérature utopique accroît le fossé entre les « despotes éclairés » et les régimes politiques « vieillissants » comme le royaume de France ou les républiques italiennes¹³².

L'abbé Morelly¹³³ et son *Code de la nature* en revanche nous semble beaucoup plus proche d'un fantasme sur les vertus antiques¹³⁴ : Rome et la cité spartiate ne présenteraient, selon l'abbé Morelly, qu'une utopie au caractère profondément anglophile¹³⁵. De plus, contrairement aux deux auteurs précités, l'homme d'église souhaite la mise en place d'un sénat suprême rappelant du fait de ses prérogatives le Sénat romain¹³⁶. L'abbé Serane voit dans le magistrat la sagesse socratique ; par

¹³⁰ Sur l'utopie en général se reporter à Bronislaw Baczko, *Lumières de l'Utopie*, Paris, Payot et Rivages, 2001.

¹³¹ Voir Guillaume Grivel, *L'île inconnue ou Mémoires du chevalier des Gattines*, Paris, Briand, 1812 ; Pierre-Paul Lemer cier De La Rivière, *L'heureuse nation ou le gouvernement des féliciens*, Paris, De Creuze et Bréhal, 1792.

¹³² Les républiques de Gênes et de Venise ne disparaîtront qu'en 1797 suite au traité de Camposso. Ce déclin est aussi lié à une lente agonie institutionnelle et aux invasions françaises.

¹³³ Etienne- Gabriel Morelly (abbé), *Code de la Nature*, Paris, Paul Mascagnat, 1841.

¹³⁴ Voir sur ce point Jacques Bouineau, *Réminiscences de l'Antiquité au siècle des Lumières*, Thèse, Lettres, Paris, 1984.

¹³⁵ Etienne- Gabriel Morelly (abbé), *op.cit.*, Paris, Paul Mascagnat, 1841.

¹³⁶ Ibidem.

conséquent, il le représente tel un philosophe éclairé et agissant pour le bien commun. Toutefois ce « magistrat-philosophe » ne se préoccupe pas d'une structuration de la Justice. C'est d'ailleurs le cas de la plupart des utopistes seul le physiocrate Lemer cier de la Rivière évoque l'institution des jurés dans son utopie. Ces jurés de Lemer cier de la Rivière sont probablement inspirés de la Common Law traduisant une nouvelle fois l'anglophilie ambiante parmi les utopistes et les intellectuels du XVIIIème siècle¹³⁷.

Si le « magistrat -philosophe » peut être vu comme l'incarnation d'une sagesse socratique, il peut également s'interpréter comme une volonté de valoriser l'idéal de sagesse dans l'institution judiciaire. Faut-il y voir une réminiscence de l'Antiquité et des vertus antiques ? Cette hypothèse est vraisemblable car Jacques Bouineau démontre bien la fascination des élites du XVIIIème siècle pour l'Antiquité¹³⁸. Bien que cela restât au stade de simple hypothèse, il ne serait guère surprenant que des travaux ultérieurs montrent un lien de causalité entre la passion de l'Antiquité et ce « magistrat-philosophe » de l'abbé Serane dans son opuscule utopique¹³⁹.

Ces « eunomies » nous montrent que derrière un paravent commun les auteurs d'utopies forment un bloc hétéroclite. Toutefois, comme indiqué plus haut, la structuration d'une justice publique est un thème absent dans les utopies à de rares exceptions près. Cette absence d'une justice criminelle structurée démontre une

¹³⁷ Voir Pierre-Paul Lemer cier De La Rivière, *L'heureuse nation Le gouvernement des Féliciens*, Paris, De Creuze et Behal, 1792.

¹³⁸ Voir Jacques Bouineau, *Réminiscences de l'Antiquité au siècle des Lumières*, Thèse, Lettres, Paris, 1984.

¹³⁹ Philippe Serane (Abbé), *L'heureux naufrage où l'on trouve une législation conforme à l'humanité, la nature et le bien public*, Rouen, 1789.

volonté de simplifier le système. En Utopie, la justice criminelle n'a pas besoin d'être structurée puisque la loi pénale est accessible à tous.

Ainsi, les utopistes, dans l'esprit de leur siècle, ont pu contribuer à forger des systèmes alternatifs faisant écho au miroir anglais. L'anglophilie ambiante qui circule dans les élites intellectuelles françaises¹⁴⁰ contraste fortement avec la politique militaire du royaume de France. Après une douloureuse guerre de sept ans contre l'Angleterre, la France choisit de soutenir les futurs États-Unis d'Amérique, dans le cadre de la guerre d'indépendance américaine, contre le royaume anglais.

L'autre contraste saisissant est celui entre l'anglophilie judiciaire et institutionnelle, d'une part, et la pratique de de la Common Law, d'autre part, car le droit anglo-saxon a ses propres limites dont les élites françaises n'ont pas conscience, faute de réel enseignement du droit anglais dans les facultés de droit du XVIIIème siècle.

Ce qui demeure également frappant c'est la mise sous silence de l'absence de procédure de cassation. En effet le système anglais ne connaît pas de procédures équivalentes à la procédure de cassation comme c'est le cas en France¹⁴¹.

§2 : La Common Law, une réalité judiciaire en demi-teinte

Le système juridique anglais apparaît idéal (A), il faudra donc s'interroger sur la place de l'avocat anglais pour nuancer l'idéalisation du droit anglais (B).

¹⁴⁰ Voir Isabelle Moreau (sous la direction), *Les Lumières en mouvement : la circulation des idées au 18^{ème} siècle*, Lyon, ENS, 2009.

¹⁴¹ Sur la procédure de cassation on se reportera à : Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, Thèse, Droit Paris 2, 1985.

A) *Un système juridique a priori idéal*

Il est admis aujourd'hui que le royaume d'Angleterre ne pratiquait pas la torture judiciaire¹⁴² contrairement à ses voisins européens du continent. Cette exception anglaise est liée à la procédure criminelle de Common Law. Cependant faut-il pour autant en conclure à l'absence de sévérité pénale du droit anglais ? C'est ici que la distorsion entre l'éloge voltairien de l'Angleterre et la réalité judiciaire de la Common Law prend tout son sens¹⁴³.

En premier lieu, si effectivement la torture judiciaire n'existe pas dans le royaume de Georges III, cela n'empêche pas les juges anglais de placer l'accusé en détention provisoire où les conditions de vie sont profondément exécrables, afin de lui arracher des aveux¹⁴⁴. L'objectif des juges anglais étant de faire céder les éventuelles réticences de l'accusé en lui infligeant des tourments psychologiques. Ce procédé est d'autant plus redoutable qu'il ne connaît pas de réelles limites temporelles. Ainsi cet enfermement pour l'accusé pouvait durer plusieurs jours consécutifs laissés à l'appréciation du juge pénal anglais¹⁴⁵. Compte tenu des difficiles conditions pénitentiaires, il était rare qu'un accusé persistât dans la négation, ce dernier préférant passer aux aveux afin de limiter la durée de son calvaire¹⁴⁶.

¹⁴² Bernard Durand (sous la direction), *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

¹⁴³ Voltaire, *Lettres Anglaises*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

¹⁴⁴ Bernard Durand (sous la direction), *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibidem.

B) *L'avocat dans la procédure pénale anglaise au siècle des Lumières*

En second lieu, il est juste d'affirmer que l'Ordonnance criminelle refuse le ministère de l'avocat¹⁴⁷ mais il est péremptoire d'opposer ainsi de manière tranchée Common Law et Ordonnance criminelle comme purent le faire certaines élites françaises¹⁴⁸. En effet, dans le système anglais, il est communément admis que la présence de l'avocat est autorisée¹⁴⁹. Néanmoins celui-ci n'était autorisé que lors du procès pénal puisque la procédure pénale anglaise est de type accusatoire ; ce qui doit relativiser l'importance de l'avocat anglais que Voltaire et les futurs constituants purent lui prêter à tort. En effet, tant que le procès n'a pas commencé, l'accusé se retrouve seul, durant les phases préparatoires, face au juge pénal anglais¹⁵⁰.

De plus si nous adoptons une approche de type sociologique¹⁵¹, nous arrivons au constat selon lequel seuls les aristocrates et bourgeois anoblis pouvaient réellement se permettre de payer les services d'un avocat générant *de facto* une inégalité juridique dans les droits de la défense entre les classes sociales dites « aristocratiques » et les classes sociales dites « populaires ». Même si Voltaire disait « *qu'il faut instruire l'homme des villes et non l'homme des campagnes* »¹⁵², il nous semble préjudiciable que les Lumières françaises aient fait un raccourci juridique et sociologique sur le système de Common Law.

¹⁴⁷ Voir Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : la pratique angevine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

¹⁴⁸ Voir Edouard Tillet, *La Constitution, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Bernard Durand (sous la direction), *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Voir Voltaire, *Lettres à Damhouder, du 1^{er} juin 1770 in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

Enfin en raison de l'idéalisation du juge anglais, les élites françaises ne purent prendre conscience que dans l'absolu le système de Common Law était plus répressif que l'ordonnance criminelle de 1670 puisqu'en examinant la pratique judiciaire, les juridictions royales anglaises prononcent plus facilement la mort¹⁵³ que les juridictions royales françaises *beaucoup* plus enclines à prononcer des peines alternatives comme les galères ou le bannissement soit temporaire soit définitif¹⁵⁴.

Surtout le système anglais était un droit basé sur les « whigs » qui étaient des autorisations royales concernant la validité d'une action judiciaire¹⁵⁵. Autrement dit la Common Law examinait le fait d'être en conformité avec une action en justice préexistante ou autorisé par le Roi et ce quel que soit l'infraction pénale commise par l'accusé¹⁵⁶.

De ce point de vue, le système anglais rejoint, selon nous, davantage le système de la Rome antique républicaine basé sur la procédure des actions de la loi. En effet le droit romain se concevait non en raison des infractions commises mais en raison des actions de la loi autorisées et délivrées par le préteur. Ainsi une action déterminait à la fois l'infraction et la procédure juridique applicable¹⁵⁷. Ce système juridique romain dit des « actions de la loi » se retrouve substantiellement en droit anglais puisque la procédure

¹⁵³ Bernard Durand (sous la direction), *op.cit.*, Paris Presses universitaires de France, 1995.

¹⁵⁴ Voir Marie-Christine Guiol, *Finalités et Modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008. Louis-Bernard Mer, « La procédure criminelle au 18^{ème} siècle : L'enseignement des archives bretonnes », *R.H.*, Paris, 1985, pp. 9-42.

¹⁵⁵ Sur les actions en justices voir : Jacqueline Hoareau-Dodineau, Guillaume Metairie, Pascal Texier (sous la direction), *Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit pas d'action ?* C.I.A.J, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2006.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Jean-Marie Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2017 (7^{ème} édition mise à jour).

des « whigs » est largement tributaire du droit romain. En ce sens le droit romain a bien pénétré le royaume d'Angleterre.

Au regard de ce qui précède, il nous semble hâtif et réducteur d'estimer que la procédure criminelle de Common Law était véritablement meilleure que celle prévue par les textes pénaux d'ancien régime¹⁵⁸. Nous pourrions même aller à contre-courant en estimant que la procédure pénale française était plus équitable puisqu'elle ne faisait aucune distinction sociale. Cependant, si cette idéalisation de la justice du royaume de Georges III est discutable, l'Ordonnance criminelle de 1670 n'en est pas moins exempte de reproches, car la procédure pénale française devient, au siècle des Lumières, aussi obsolète et inadaptée.

Section 3 : Une procédure criminelle française désuète : l'ordonnance Criminelle de 1670

Le dix-huitième siècle français est marqué par une crise profonde de la justice et des tentatives de réformes judiciaires qui seront abandonnées en raison du trop fort corporatisme des magistrats royaux¹⁵⁹.

La première réforme date de 1770, communément appelée « réforme Maupeou ». Elle a pour objectif de supprimer la vénalité des offices de judicature qui caractérise les juges depuis le seizième siècle. Cependant, la corporation judiciaire y a vu une

¹⁵⁸ Voir Voltaire, *Lettres anglaises* in *Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

¹⁵⁹ Sur la crise de la justice au 18^{ème} siècle parmi une abondante littérature on retiendra pour une vue générale : Jean-Pierre Royer (sous la direction), *Histoire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, Droit, 2016. Pour des exemples « locaux » : on consultera avec profit bien sûr Maurice Gresset, *Gens de justice à Besançon (1674-1789)*, Paris, BNF, 1978 mais aussi la thèse Nicolas Laurent : *Le parlement de Dijon au 18^{ème} siècle : une cour souveraine en pays d'états*, Thèse, Droit, Dijon, 2005 ; Aymeric Thareau, *La justice criminelle à la fin du 18^{ème} siècle : l'exemple du parlement de Provence*, Thèse, Droit, Université d'Aix-Marseille, 2007 ; Hugo Stahl, *Les conceptions des parlementaires provençaux sous le règne de Louis XV au prisme de l'ordre public*, Thèse, Droit, Université d'Aix-Marseille, 2018.

atteinte fondamentale à son indépendance et c'est dans la difficulté et la douleur que le chancelier Maupeou promulgua cette réforme. Elle sera finalement abandonnée lors de la mort de Louis XV en 1774 et le rappel des parlements par son successeur, Louis XVI.

La seconde réforme de la justice avortée intervient en 1788, à la veille de la Révolution Française, cette réforme Lamoignon souhaite une refonte de la carte judiciaire de l'Ancien Régime mais, là encore, les ires corporatistes puis révolutionnaires tueront cette réforme de la justice royale.

C'est dans ce contexte troublé que la question pénale devienne centrale dans les écrits des intellectuels français¹⁶⁰ et va voir la naissance de controverses liées de manière croisée à la naissance de l'opinion publique et des scandales judiciaires.

Ce mélange insoupçonné entre l'opinion et les erreurs judiciaires va montrer les failles du système français telles que se les représentent les philosophes de l'époque. Néanmoins le système de l'époque a également ses partisans qui sont sans surprise des juristes aguerris et dont la citation suivante pourrait être le porte-étendard :

Mieux vaut relâcher un suspect plutôt que de condamner un innocent »¹⁶¹.

Cependant, pour bien comprendre cette définition, il convient de se rappeler que le système français a choisi une procédure criminelle inquisitoire. Le système des preuves légales qui en découle, confère à une preuve une importance juridique plus ou moins élevée. Par conséquent la procédure très formaliste, d'autant plus que c'est

¹⁶⁰ Elle deviendra sous la Révolution une question politique.

¹⁶¹ Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, Debure, 1771.

la doctrine qui définit la valeur juridique d'une preuve ce qui oblige le juge criminel à consulter fréquemment la doctrine pénale afin de ne pas se tromper¹⁶².

Cet adage juridique adage auquel la doctrine est profondément attachée est donc doublement contraignant pour le juge criminel du siècle des Lumières.

En effet, l'Ordonnance criminelle se basait sur « l'arbitraire », la capacité d'arbitrer un conflit. Si la capacité d'arbitrer un conflit suppose une liberté dans le choix de la peine, en revanche le juge était corseté dans la procédure de 1670¹⁶³.

Il convient d'étudier deux aspects de l'ordonnances criminelle : en premier lieu l'ordonnance criminelle et le système des preuves légales (§1) ; en second lieu l'ordonnance criminelle et l'exécution des peines pénales (§2).

§1 : L'inadaptation du système des preuves légales

Il faudra d'avoir s'intéresser au régime juridique de la preuve (A) pour mieux mettre en exergue les causes de son inadaptation (B).

A) *Le régime juridique de la preuve légale*

L'ordonnance criminelle est avant tout un texte de procédure pénale et prévoit l'administration de la preuve de manière formaliste afin de faire contrepoids à l'arbitraire du juge : c'est le système des preuves légales. Ainsi, si le juge criminel possède une large appréciation au niveau de la peine, il est néanmoins tenu par des

¹⁶² En effet, l'ordonnance criminelle restait vague sur la définition des preuves. « Il fallait que les preuves de culpabilité soient plus claires que le jour » in Daniel Jousse, *op.cit.*, Paris, Debure, 1771.

¹⁶³ Sur ce point, voir l'article de Lucien Drugeon « Des peines arbitrées aux peines codifiées » Hypothèses, Publication de la Sorbonne, 2002, Paris, 2003 ; Bernard Durand « Arbitraire du juge et peine de mort en Roussillon » in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques, Actes du colloque de Montpellier, Giuffrè, Milan, 1979.*

« *preuves plus claires que le jour* »¹⁶⁴, l'objectif étant d'éviter les abus car selon Jousse « *Il vaut mieux relâcher un suspect que de condamner un innocent* »¹⁶⁵. L'objectif étant de mettre en place des garde-fous procéduraux en faveur de l'accusé et humaniser la procédure criminelle de l'ancien droit¹⁶⁶.

La récusation faisait partie de ces importants contrepois formels afin de trouver l'équilibre entre sévérité et défense de l'accusé¹⁶⁷. La récusation permettait à l'accusé de contester la présence d'un juge en cas de conflits d'intérêts. Le même mécanisme fonctionnait quand l'inculpé démontrait la partialité du juge criminel.¹⁶⁸

Néanmoins l'Ordonnance criminelle demeure très critiquée pour le maintien de la torture. Si un conservateur comme Muyart de Vouglans¹⁶⁹ n'y voit nul inconvénient¹⁷⁰, un modéré comme Serpillon¹⁷¹ regrette la présence de la question et demeure plus réservé sur son usage¹⁷². Néanmoins, les juristes du XVIIIème siècle

¹⁶⁴ Daniel Jousse, *Traité de justice criminelle*, Paris, Debure, 1771.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Sur ces questions on se reportera avec profit à Antoine Astaing, *Garanties et droits de l'accusé dans le procès criminel de l'ancien régime du 16ème au 18ème siècle*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Marseille, 1999 ; Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : la pratique angevine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibidem

¹⁶⁹ Pierre-François Muyart de Vouglans fait partie des juristes les plus célèbres du 18ème siècle. Au-delà de ses traités de droit criminel qui ont fait autorité, c'est par ses positions ultra-conservatrices que ce juriste parisien se fait remarquer. Profondément hostile à Cesare Beccaria il écrit un *Contre traité des délits et des peines* pour démontrer l'absurdité du légicentrisme. Voir Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen (sous la direction) *Dictionnaire historique des juristes français (XIIème-XXème siècle)*, Paris, Presses universitaires de France, 2015 (2ème édition mise à jour).

¹⁷⁰ Pierre François Muyart De Vouglans, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Neufchâtel, Société typographique, 1781.

¹⁷¹ François Serpillon fait partie des juristes du XVIIIème siècle proche des idées des Lumières. Il s'oppose à la vision conservatrice de son contemporain Muyart de Vouglans. Son Code criminel qui analyse l'ordonnance Criminelle de 1670 est resté également fort précieux en son temps. Voir Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halperin, Jacques Krynen (sous la direction) *op.cit.*, Paris, Presses universitaires de France, 2015 (2ème édition mise à jour).

¹⁷² François Serpillon, *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Lyon, Périsse, 1767 ; Voir dans un sens similaire Nicolas Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1784-1785.

s'accordent sur un point, à savoir le refus de toucher à l'Ordonnance criminelle soit par « conviction » soit en raison d'un « sentiment d'impuissance »¹⁷³.

En toute hypothèse le texte ne règle pas le problème de l'enchevêtrement juridictionnel qui est l'un des défauts majeurs de la justice d'Ancien régime.

B) Les causes de l'inadaptation structurelle de la preuve légale

L'ordonnance criminelle ne prévoit pas de simplification du maillage judiciaire puisqu'elle conserve les compétences concurrentielles entre prévôts¹⁷⁴, présidiaux¹⁷⁵ et parlements en matière criminelle.

Originellement, les prévôts étaient des juges royaux locaux chargés de contrecarrer la justice seigneuriale¹⁷⁶. Ainsi, en installant des juges royaux au niveau local, le roi veut assurer la consolidation étatique et affaiblir les seigneurs locaux. Face à la trop grande affluence des affaires judiciaires, l'édit de Crémieux prévoit la création de présidiaux¹⁷⁷ chargé de soulager le contentieux prévôtal et en même temps d'être une juridiction d'appel en faveur des justiciables désireux de se pourvoir en appel de la décision de la prévôté royale¹⁷⁸.

Ainsi pour une même infraction le prévôt et le présidial vont se déclarer compétents. Il faut également rajouter la coexistence des juridictions ordinaires avec

¹⁷³ Antoine Astaing, *op.cit.*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001.

¹⁷⁴ Voir Hervé Piant, *Une justice ordinaire : la justice civile et criminelle dans la prévôté royale de Vaucouleurs*, P.U.R, Rennes, 2015.

¹⁷⁵ Sur les présidiaux on se reportera avec profit à la thèse du professeur Soleil : Sylvain Soleil, *Le siège présidial d'Angers entre 1551 et 1790 : contribution à l'histoire administrative et judiciaire*, Thèse, Droit, Rennes 1, 1995.

¹⁷⁶ Voir Hervé Piant, *op.cit.*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015.

¹⁷⁷ Sylvain Soleil, *op.cit.*, Thèse, Droit, Rennes 1, 1995.

¹⁷⁸ Ibid.

les juridictions d'exception¹⁷⁹. Par conséquent, il est très difficile de dessiner une « architecture judiciaire » sous l'Ancien Régime.

Les parlements, quant à eux, sont les plus anciennes et les plus hautes cours de justices royales qui font office de cour d'appel dans l'ancien droit pénal. Ce qui fait la spécificité des parlements est sans nul doute son aspect sociologique puisqu'il est communément admis aujourd'hui que la noblesse avait le monopole pour exercer les fonctions de judicature¹⁸⁰. De plus, les offices parlementaires étant exercés par l'élite nobiliaire, les théories pour un parlement de France vont rapidement émerger en leur sein.¹⁸¹

En effet, le maillage judiciaire de l'Ancien Régime s'est construit par « empilement » ce qui donne le sentiment d'une justice désorganisée.

L'Ordonnance criminelle opte pour le principe de la procédure inquisitoire. Il appartient à la justice étatique de rechercher les preuves grâce aux maréchaussées¹⁸² ainsi qu'aux procureurs royaux¹⁸³. Ces derniers déclenchent l'instruction préparatoire chargés de réunir les preuves à charge et à décharge. Si l'infraction est jugée peu importante elle est soit réglée à l'amiable soit renvoyée devant les juridictions civiles. Elle sera jugée selon la procédure édictée dans l'Ordonnance

¹⁷⁹ Sur les juridictions militaires, on pourra se reporter à : Alain Babouche, *Marine et Justice au 18^{ème} siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007 ; sur les amirautés et juridictions maritimes : Régis Lavoux, *L'Amirauté de Collioure (1691-1790)*, Thèse, Droit, Perpignan, 1998 ; Delphine Rauch : *Les prudhommes de pêches (1670-1790)*, Thèse, Droit, Nice, 2014.

¹⁸⁰ Outre les ouvrages précités on pourra se reporter à : Monique Cubells, *les parlementaires aixois au 18^{ème} siècle*, Thèse, Lettres, Nice, 1990.

¹⁸¹ Marie-Laure Duclos-Grecourt, *L'idée de loi au 18^{ème} siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers, LGDJ, 2012.

¹⁸² Julian Pardo, *La maréchaussée et le crime en Ile de France sous Louis XIV et Louis XV*, Paris, Les Indes Savantes, 2012.

¹⁸³ Sur les procureurs royaux : Claire Dolan, *Les procureurs du Midi sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 2012.

civile de 1667, il s'agit d'une « civilisation du procès ». Dans le cas contraire, les magistrats criminels prennent le relais pour juger selon les formes prescrites par l'Ordonnance de 1670. Dans cette hypothèse et si besoin, ils peuvent soumettre à la question judiciaire l'accusé.

Bien que l'accusé ne soit pas en position équitable, au sens où nous l'entendons aujourd'hui, il ne demeure pas démuné face à ses juges puisqu'il peut procéder à des vices procéduraux tels que les nullités d'actes juridiques¹⁸⁴. De plus, les textes pénaux sont stricts en matière de preuve, le juge doit avoir la certitude absolue à travers les preuves qu'ils lui sont soumis que l'accusé est bien coupable. Cette certitude s'apprécie non pas sur le plan moral comme aujourd'hui, mais sur un raisonnement exclusivement logique et formaliste dessiné par la doctrine pénale de l'époque¹⁸⁵ qui fixe une échelle de la valeur mathématique des preuves et des circonstances aggravantes ou atténuantes selon les cas juridiques. Ainsi, l'aveu est considéré comme la « *reine des preuves* »¹⁸⁶, un écrit notarié vaut une « *preuve pleine* »¹⁸⁷ tandis qu'un témoignage ne sera considéré que comme une « *preuve simple* »¹⁸⁸.

Cependant ce n'est pas tant dans l'administration de la preuve que l'ordonnance criminelle a le plus vieilli mais davantage dans l'exécution de la peine pénale.

¹⁸⁴ Voir Antoine Astaing, *Garanties et droits de l'accusé dans le procès criminel de l'ancien régime du 16ème au 18ème siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001 ; Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime : la pratique angevine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

¹⁸⁵ Voir notamment : Guy Du Rousseau De La Combe, *Traité des Matières criminelles*, Paris, Théodore le Gras, 1768 ; Nicolas Guyot, *répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1784-1785.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, Debure, 1771.

¹⁸⁸ Ibid.

§2 : L'Ordonnance Criminelle et l'exécution de la peine pénale

L'exécution de la peine se traduit par un « spectacle pénal » anachronique (A) mais l'équité processuelle demeure cardinale compensant ainsi ce défaut (B).

A) *Le spectacle pénal : une pratique judiciaire anachronique*

Là où l'Ordonnance se révèle inefficace au siècle des Lumières, c'est sur la théorie du « spectacle pénal »¹⁸⁹. Le fondement de cette théorie est de dissuader le peuple de tomber dans la criminalité en rendant publique les exécutions et châtiments du bourreau. Elle possède une connotation religieuse car « le spectacle pénal »¹⁹⁰ doit permettre l'expiation des fautes commises par le coupable afin d'espérer pouvoir sauver son âme.

Les textes pénaux de l'ancien droit ont une approche axée sur la rétribution. Elle consiste à faire souffrir l'accusé à la hauteur de la gravité de son infraction. Plus l'infraction est grave plus, l'accusé subira un châtiment exemplaire.

Cette philosophie de l'Ordonnance Criminelle ne trouve plus d'échos favorable au siècle suivant¹⁹¹, excepté le juriste conservateur Muyart de Vouglans dans *son Contre Traité sur les délits et des peines*¹⁹².

¹⁸⁹ Marie-Christine Guiol, « Les acteurs de la scène pénale à travers les écrits de la doctrine traditionaliste du 18^{ème} siècle » Les Cahiers poitevins d'Histoire du droit, L.G.D.J., n°61, 2014, pp. 211-228.

¹⁹⁰ Marie-Christine Guiol, « Le spectacle pénal, mise en œuvre de l'exemplarité aux derniers siècles de l'Ancien Régime : Le cas de la sénéchaussée de Draguignan », Bulletin de la Société d'Etudes Scientifiques et Archéologiques de Draguignan et du Var, tome 49, 2012, pp. 97-120.

¹⁹¹ Sur ce point on se reportera à la thèse de Marie-Christine Guiol, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique au 17^{ème} et 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

¹⁹² Pierre-François Muyart De Vouglans, *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, à la suite des, *Lois criminelles*, Neufchâtel, Société typographique, 1781.

Le texte de 1670 prévoyait un large arsenal de peine extrêmement sévère mais sans réel ordre logique¹⁹³. La philosophie étant de respecter l'arbitraire du juge et sa possibilité de moduler la peine pénale¹⁹⁴.

Néanmoins, les justiciables n'étaient pas tous égaux devant le bourreau puisque les nobles bénéficiaient du privilège de la décollation tandis que les non-nobles étaient pendus¹⁹⁵.

B) L'Ordonnance Criminelle de 1670 : entre équité processuelle et peine rétributive

En revanche les textes pénaux se montrent plus équitables en matière de défense puisque le ministère de l'avocat¹⁹⁶ est prohibé ce qui nous permet d'émettre l'hypothèse selon laquelle la royauté d'Ancien Régime souhaitait abolir les distinctions de classe durant la procédure pénale ; cette hypothèse se renforce par le fait qu'un noble pouvait être soumis à la question préparatoire et préalable et ne bénéficiait pas d'avocat malgré son statut nobiliaire privilégié.

Cependant la philosophie des textes pénaux de l'Ancien Régime se situe dans une logique de peine rétributive¹⁹⁷ : c'est parce qu'un criminel a violé l'ordre social établi

¹⁹³ Voir Marie-Christine Guiol, *op.cit.*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ On pourra se référer à : Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

¹⁹⁶ Sur cette question du ministère de l'avocat : Nicolas Derasse, *La défense dans le procès pénal sous la Révolution et le premier Empire 1792-1810*, Thèse, Droit, Lille, 1998.

¹⁹⁷ Voir Marie-Christine Guiol, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et politique du 17^{ème} et 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

qu'il faut le punir avec une grande sévérité¹⁹⁸. Même si la grâce royale demeure le contrepoids de cette sévérité pénale afin d'atténuer un arsenal répressif très fort¹⁹⁹.

Depuis les travaux de Louis-Bernard Mer²⁰⁰ et de Bernard Schnapper²⁰¹, nous savons qu'il existe une distorsion importante entre ce que prévoyait l'Ordonnance Criminelle et la pratique des Parlements sous l'ancien régime²⁰². Ceci est d'autant plus vrai à partir de la seconde moitié du 18^{ème} siècle où les juridictions condamnant à la torture et à la mort se raréfient²⁰³, la justice royale déléguée préférant condamner aux galères, ancêtre du bagne²⁰⁴. Ainsi, la question pénitentiaire est en germe préfigurant, selon nous, le rôle important de la prison. Ce nouveau mode de sanction pénale deviendra le nouveau socle pénal à compter de la Révolution française²⁰⁵. Toujours dans cette optique d'adoucir les peines, les officiers ministériels prononçaient souvent un *retentum*²⁰⁶ qui consistait en ordre annexé au jugement

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Louis-Bernard Mer, « *La procédure criminelle au 18^{ème} siècle* : « l'enseignement des archives bretonnes », R.H., Paris, 1985, pp. 79-107 ; voir également : Louis-Bernard Mer, « *Réflexions sur la jurisprudence criminelle du Parlement de Bretagne* », in J. Yver (sous la direction), *Droit privé et institutions régionales*, P.U.F, 1976, pp. 505-530 ; Louis-Bernard Mer, « *Criminalité et répression en Bretagne (1750-1760)* », *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, A.Pedone, 1980, pp. 300-323.

²⁰¹ Voir Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, Presses universitaires de France., 1991.

²⁰² Nicolas Laurent, *Le parlement de Dijon à la fin de l'Ancien Régime : Une cour souveraine en pays d'États*, Thèse, Droit, Dijon, 2005 ; Aymeric Thareau, *La justice criminelle au 18^{ème} siècle : l'exemple du parlement de Provence*, Thèse, Droit, Aix-Marseille, 2007 ; Natalie Thevenard, *Étude sur le petit criminel et l'action d'injure à Lyon au 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Dijon, 2002.

²⁰³ Sur l'exception en Roussillon, on se reportera avec profit à : Antoine Astaing, « *Le conseil souverain du Roussillon, gardien de l'ordonnance de 1670* », in Jacques Poumarede (sous la direction), *Les Parlements de Province*, Toulouse, FRAMESPA, 1996, pp. 311-327 ; Pierre-François Blanc, *Les Magistrats du Conseil Souverain du Roussillon : une exception au principe de la vénalité des offices au 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Perpignan, 1999.

²⁰⁴ Louis Bernard Mer. « *L'enseignement des archives bretonnes* », R.H., Paris, 1985, pp. 79-107.

²⁰⁵ Sur la question pénitentiaire au 18^{ème} siècle : Laurent Reverso, « *La doctrine de la prévention chez Beccaria* », *Les éclaircisseurs du pénal*, Institut Rhônalpin de sciences criminelles, n°3 ; Jean-Jacques Clere, « *Les Constituants et l'organisation de la procédure pénale* », in Michel Vovelle, *La Révolution et l'Ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, Paris, Presses universitaires de France, pp. 441-456 ; Guillaume Coqui, *La peine de prison et l'éducation morale, Prisons et droits*, Institut Rhônalpin de science criminelles, n5 janvier 2016.

²⁰⁶ Yves Jeanclos, *Les atteintes corporelles imposées au condamné en France du 16^{ème} siècle à nos jours*, Publications de l'université Robert Schuman, Strasbourg, 1999 ; Yves Jeanclos (sous la direction), *La dimension historique de la peine*, Paris, Economica, 2013. Voir également : Damien Fragassi, *La peine et sa logique*, Thèse,

définitif pour le bourreau d'étrangler en secret et avant l'exécution publique le condamné. Ces retentums sont fréquents en cas de condamnation au supplice de la roue et ont pour but d'éviter de faire souffrir inutilement le condamné. Ainsi force est de constater la désuétude, dans l'exécution de la peine²⁰⁷, de l'Ordonnance de 1670 au siècle suivant malgré sa longue longévité puisqu'elle ne sera définitivement abrogée qu'en 1790.

Malgré cet adoucissement des peines, la procédure pénale ne donne pas l'impression d'une grande modernité bien au contraire en raison de scandales judiciaires à l'image de l'affaire Calas ou de l'affaire du chevalier de La Barre²⁰⁸. La première étant une affaire judiciaire impliquant un protestant injustement accusé du meurtre de son fils et qui sera soumis au supplice de la roue. La seconde concerne un jeune noble qui subit la décollation en raison de son refus de se prosterner devant la Vierge Marie au cours d'une procession religieuse²⁰⁹.

Ainsi l'ordonnance criminelle est affaiblie en raison des erreurs judiciaires « médiatisée » par Voltaire mais également en raison d'une contestation judiciaire extrêmement virulente bloquant ainsi toute tentative de réforme de la magistrature d'Ancien régime²¹⁰.

Droit, Paris II, 1986 ; Marie-Christine Guiol, *Finalités et Modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVIIème et XVIIIème siècles*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

²⁰⁷ Il nous semble pertinent de préciser l'exécution pénale car c'est cette partie des textes pénaux qui cristallise le plus les passions. C'est cette partie de la procédure pénale, avec la question, qui est pointée du doigt. L'architecture restante ne subit pas autant de critiques féroces.

²⁰⁸ Voir Marc Chassaing, *Le procès du chevalier de la Barre*, Thèse, Lettres, Université de Paris, Paris, J. Gabalda, 1920.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Benoit Garnot, *Histoire des juges de l'Ancien régime à nos jours*, Dijon, Editions du nouveau monde, 2000 ; Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Universitaires de France, 1988.

Nous avons montré, ici, qu'il faut sortir des caricatures sur la procédure criminelle française²¹¹ : malgré d'indéniables archaïsmes juridiques concernant la preuve et surtout l'exécution pénale, elle n'était pas si mauvaise. Ce colosse juridique aux pieds d'argiles ne va pas cesser de se fragiliser au cours du siècle pour enfin céder sous le poids de la Révolution de 1789²¹².

Nous venons de voir les fluctuations de la représentation du juge criminel et nous avons montré qu'il demeure, à ce stade, tiraillé entre deux élans contradictoires : l'idéalisation et la stigmatisation. Ces fluctuations de représentations ne sont que les prémices d'une grave crise de la représentation judiciaire française au XVIII^{ème} siècle. Les hésitations, les tiraillements vus dans le présent chapitre, vont très vite disparaître pour laisser la place à la seule stigmatisation et à une figure « noire » du juge.

Ce glissement brutal vers la dénonciation du juge par les philosophes des Lumières fera l'objet du chapitre suivant : La dénonciation philosophique de l'arbitraire.

²¹¹ Voir Première Partie, Chapitre second, section 2.

²¹² Voir Seconde Partie, chapitre premier, section 1.

CHAPITRE 2 :

LA DENONCIATION PHILOSOPHIQUE DE L'ARBITRAIRE

« *Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger
n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* »²¹³

Montesquieu

Les critiques à l'encontre du juge ont toujours existé, à l'instar de Racine qui dans son œuvre *Les Plaideurs* dénoncent la lenteur de la justice de son temps²¹⁴. Cependant le siècle des Lumières marque une rupture dans la critique et la caricature judiciaire et politique. La raison en est très simple : le juge est le représentant du roi et de la prérogative régaliennne qu'est la Justice. De plus, les magistrats, très attachés au prestige social de leur office, sont souvent des nobles de robe qui sont titulaires de ces offices de judicatures²¹⁵. Par conséquent, caricaturer la magistrature de l'Ancien Régime, est très symbolique. Cela revient à critiquer l'ensemble des institutions monarchiques qui remontent toutes au roi « fontaine de justice »²¹⁶.

C'est pourquoi on peut retrouver une ambition forte, chère au mouvement des Lumières, à savoir repeindre, repenser le juge pénal. Il s'agit en réalité d'explorer les fondements de la Justice et les mettre à l'aune des idées nouvelles issu de ce siècle de

²¹³ Montesquieu Charles-Louis de Secondat (baron de la Brède), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre 6, Paris, Flammarion, 1979, p. 294.

²¹⁴ Jean Racine, *Les Plaideurs in Œuvres Complètes*, Paris, Folio, 1982.

²¹⁵ Depuis la fin du Grand Siècle et la mort de Louis XIV la noblesse d'épée n'a cessé de décliner au fil de l'Ancien Régime bien que celle-ci soit encore titulaire de certains offices de judicatures.

²¹⁶ Sur ce point on pourra se reporter à l'ouvrage d'Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

progrès. Il s'agit de montrer que de nouvelles voies existent en matière de Justice et de représentation du juge.

Les utopies, genre littéraire et discursif très apprécié au 18^{ème} siècle, ont contribué au développement d'une nouvelle représentation du juge et de la justice en général. Ce sont, en premier lieu, les théoriciens politiques qui ont posé les jalons d'une nouvelle réflexion sur le juge et donc d'une nouvelle représentation de celui-ci.

Néanmoins cette représentation du juge théorisée par les philosophes doit également s'analyser sous le prisme de l'amour de l'Antiquité. En effet, le siècle des Lumières est marqué aussi par un goût pour l'Antiquité hérité de la Renaissance et plus particulièrement des humanistes. Montesquieu disserte sur le droit romain²¹⁷, l'abbé Mably²¹⁸ exalte la cité de Sparte²¹⁹ dans ses œuvres et les juristes de l'époque se réfèrent constamment au droit romain à l'instar de Jousse²²⁰ et de Muyart de Vouglans²²¹.

Cette passion pour l'Antiquité se traduit par une forte influence de la civilisation romaine car les philosophes des Lumières sont, pour des raisons éducatives inhérentes au système de l'instruction de l'époque imprégné de civilisation antique et notamment de la civilisation romaine comme exemple vertueux²²².

Ce siècle passionné d'antiquité gréco-romaine, va influencer durablement l'élite du 18^{ème} siècle et l'Assemblée nationale constituante de 1789 sur la figure judiciaire

²¹⁷ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de la Brède), *Discours sur les causes de la grandeur et la décadence des Romains*, Paris, Chez Delagrave, 1734.

²¹⁸ Etienne-Gabriel Mably ou Abbé Mably naquit en 1709 à Grenoble et mourut en 1785 à Paris à 76 ans. Bien qu'appartenant au clergé, il fut très proche du mouvement des Lumières et se distingua par sa critique du modèle anglais. Il fut également un fervent partisan de Rousseau car il voyait en la propriété privée la cause des maux de son temps. Voir Lucien Bely, *Dictionnaire historique de l'Ancien régime*, Paris, Presses universitaires de France, 2010 (3^{ème} édition mise à jour).

²¹⁹ Etienne-Gabriel Mably (abbé), *De la législation ou principe de ces lois*, Amsterdam, 1776.

²²⁰ Daniel Jousse, *Traité de justice criminelle*, Paris, Debure, 1771.

²²¹ Pierre-François Muyart De Vouglans, *Institutes de droit criminel*, Paris, Le breton, 1757.

²²² Jacques Bouineau, *Réminiscences de l'Antiquité sous la Révolution française*, Thèse, Droit, Paris, 1984.

préfigurant ainsi les futurs bouleversements politiques et institutionnels à venir dans la France révolutionnaire.

En effet Montesquieu, Voltaire et les philosophes collaborant à l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert en sont les principaux artisans.

Montesquieu se réfère, en noble qu'il est, au droit de pairie et aux justices seigneuriales médiévales qui n'étaient pas sous contrôle étatique mais qui appliquait la loi du fief au sein duquel elles s'exercent.

Voltaire cherche un nouveau souffle dans sa carrière littéraire discrète jusqu'à présent²²³. L'affaire Calas va lui permettre de révéler ses talents de communicant polémiste et va faire naître un nouveau contre-pouvoir amené à se développer par la suite grâce à l'essor de la presse : l'opinion publique.

Ainsi, les philosophes des Lumières en raison de leur goût pour l'Antiquité²²⁴ et les utopies vont donner naissance à des figures diversifiées du juge criminel dans la perspective d'une refonte théorique de la justice. Cependant, ces figures restent isolées et sans colonne vertébrale idéologique concrète bien qu'elles témoignent d'un désir sous-jacent de changer dans une direction donnée le système judiciaire de l'Ancien Régime.

Montesquieu, par sa théorie du juge automate, peut être considéré comme le précurseur des nouvelles figures du juge, bien que sa théorie ait été mal comprise (section 1), Voltaire, en polémiste de son époque, marque la naissance de l'opinion

²²³ Bien que Voltaire fût un écrivain prolifique, ses ouvrages antérieurs à l'affaire Calas en 1762 ne connurent point le succès escompté. Voltaire se voyait comme le « nouveau La Fontaine » selon ses dires. Un choix littéraire manifestement aux résultats peu visibles.

²²⁴ Jacques Bouineau, *op.cit.*, Thèse, droit, Paris, 1984.

publique et le rôle qu'elle a joué sur les représentations du juge (section 2) ; enfin, c'est par l'Encyclopédie qu'il faut clore ce chapitre en raison de son impact important. Elle fut une vitrine reflétant la vision que l'élite intellectuelle de l'époque se fait du juge de l'Ancien Régime (section 3).

Section 1 : Le « juge automate » de Montesquieu

Montesquieu s'est particulièrement distingué en matière de nouvelles figures du juge criminel et son œuvre a donné lieu à de nombreux commentaires sans pour autant bien comprendre le fil conducteur de sa philosophie politique. La figure judiciaire chez cet aristocrate juriste est un élément fondamental de sa réflexion car elle recoupe plusieurs aspects : professionnel, juridique et politique. Cependant, les multiples aspects lui confèrent également une complexité dans la représentation qu'il est difficile de trancher²²⁵.

En effet au premier abord, ce « juge automate » est conforme à l'esprit du siècle et s'inscrit dans la dynamique rationnelle et novatrice des Lumières. Cependant ceci ne constitue que la face visible d'un iceberg. Un iceberg dont la face cachée est beaucoup plus profond et subtile. C'est pourquoi des malentendus naquirent entre les thèses de Montesquieu et le sens que l'inconscient collectif a pu en retenir bon gré, mal gré.

L'enjeu de cette section est double : en premier lieu, il s'agira d'examiner la figure judiciaire a priori novatrice proposé par Montesquieu (§1), en second lieu, il s'agira de montrer le caractère et alternatif de cette figure du juge pénal (§2).

²²⁵ Le lecteur pourra se reporter aux deux thèses suivantes : Hamid Al-Mahmoud, *La philosophie politique chez Montesquieu : l'exemple de la justice*, Thèse, Droit, Poitiers, 2013 ; Papa Ousmenaba, *Montesquieu et la liberté politique*, Thèse, Lettres, Paris 1, 2011.

§1 : Un juge automate *a priori* révolutionnaire

Il s'agit de savoir si la séparation des pouvoirs tel que l'entend Montesquieu constitue une innovation ou un retour vers le passé (A). Ensuite nous pourrions examiner l'ambiguïté de Montesquieu vis-à-vis de l'Angleterre (B).

A) *La séparation des pouvoirs et le juge : retour en arrière ou innovation politique ?*

« *Le juge n'est que la bouche de la loi* »²²⁶. Cette célèbre phrase de Montesquieu extrait de son livre *De l'esprit des lois* peut paraître simple d'explication : Le juge criminel ne doit obéir qu'à la loi. Or, il s'agit de l'interprétation qu'en ont faite les intellectuels prérévolutionnaires donnant à cette phrase un sens et un régime politique qui aurait probablement effrayé le juriste bordelais.

Montesquieu se représente le juge de manière particulière : c'est une vision ancienne dont la figure puissante contrebalance le pouvoir central. En effet, il reprend un concept clé du système anglais à savoir le « *check and balances* » déjà esquissé par le libéral John Locke²²⁷. Cette expression pourrait se traduire par un contrepoids qui trouve son expression dans la pratique de la Common Law. Elle permet au juge pénal d'être indépendant de l'État tant du point de vue statutaire que du point de vue fonctionnel.

²²⁶ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6, Londres, Nourse, 1772.

²²⁷ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1999.

C'est cette partie du système anglo-saxon que Montesquieu semble mettre en exergue bien plus que la procédure accusatoire. Le jury criminel ou la présence de l'avocat dans la procédure anglo-saxonne semble des sujets annexes pour Montesquieu²²⁸.

Cette théorie des trois pouvoirs du président à mortier au parlement de Bordeaux n'est pas neutre, car en tant que juriste et élite des Lumières, il a voyagé au Royaume d'Angleterre. Il a pu observer la pratique judiciaire de la Common Law et cette notion de « *check and balances* » fut construite comme une garantie pour le justiciable anglais en matière de procédure pénale. En effet Locke estime que « *Le juge est garant de la liberté civile* »²²⁹.

Toujours dans cette perspective de contrepoids, Montesquieu a su bâtir la théorie de la séparation des pouvoirs qui lui a assuré la postérité littéraire et dans l'histoire des idées politiques. Cette théorie repose sur l'idée que chacun des trois pouvoirs doit jouer un rôle de contrepoids d'où sa citation « Seul le pouvoir peut arrêter le pouvoir »²³⁰. Ainsi en suivant le fil de cette théorie, le juge serait un garde-fou contre les excès du pouvoir exécutif et législatif et réciproquement. L'interprétation qui en a suivi fut que Montesquieu est le père de la démocratie libérale pour les révolutionnaires.

B) Montesquieu, le juge aristocrate et l'Angleterre : une ambiguïté en trompe l'œil

²²⁸ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *op.cit.*, Londres, Nourse, 1772.

²²⁹ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1999.

²³⁰ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6, Londres, Nourse, 1772.

Nous souhaiterions nuancer cette vision démocratique de la théorie de Montesquieu ; en effet, il nous semble que s'il s'est bien inspiré des trois pouvoirs et de la notion de balancier, de contrepoids à travers l'exemple anglais ; il n'est en revanche pas certain voire hasardeux de poser Montesquieu en père de la démocratie libérale. Selon nous, il fait surtout une analogie entre le système anglo-saxon et le droit de remontrance des Parlements en France. Ce droit de remontrance étant l'expression de la Noblesse face à la Royauté. Cela confirmerait davantage notre thèse selon laquelle Montesquieu est l'incarnation d'une certaine nostalgie du système féodal. Il n'est nullement l'incarnation d'une volonté démocratique contrairement à Rousseau. Il n'est pas non plus la volonté d'instituer une probable République au sens moderne du terme.

De plus, en réfutant le fait que « *le peuple est capable de bien gérer les affaires publiques* » et en estimant que « *seuls les gens d'honneurs et élitistes peuvent le faire* »²³¹, Montesquieu se situe davantage en héritier de Machiavel²³² et de Jean Bodin qu'en précurseur potentiel de Rousseau.

En conclusion, Montesquieu disserte peu sur la Common Law mais s'étale beaucoup sur le droit féodal dans son ouvrage *De l'esprit des lois*²³³. En effet, il nous semble que si le juriste bordelais voulait transposer le système anglo-saxon dans le royaume de France il aurait pu disserter davantage tant du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif.

²³¹ Charles-Louis de Secondat Montesquieu. *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre 6, Londres, Nourse, 1772.

²³² Voir Nicolas Machiavel, *Le prince in Œuvres complètes*, La Haye, Chez Johannes Van Duren, 1741.

²³³ Néanmoins le style de Montesquieu est sibyllin par conséquent nous ne pouvons confirmer cette hypothèse.

Du point de vue quantitatif car Montesquieu ne consacre qu'une quinzaine de pages à la Constitution de l'Angleterre sur un total de 550 pages²³⁴, inversement, il se lance dans des développements très longs et parfois techniques sur le droit féodal et les institutions médiévales²³⁵. Qualitativement ensuite, car si le juriste bordelais semble trouver bon le système anglo-saxon, il semble qu'il ne tarisse point d'éloge sur la justice et les institutions du Moyen-Age français. En toute hypothèse, il semble plus proche d'un observateur méthodique et rigoureux du système anglo-saxon. Il ne semble nullement être un encenseur de la Common Law.

Néanmoins, les remarques précédentes ont permis de mettre au jour deux points essentiels sur la représentation du juge pénal de Montesquieu.

Cette représentation est à la fois alternative et contrastée d'où la nécessité de prendre des précautions préalables avec la pensée politique de l'auteur.

§2 : Une figure alternative et nuancée du juge pénal

Le juge de Montesquieu est clairement dans son temps (A) mais cela n'est qu'apparent car c'est bien un juge conservateur auquel pense Montesquieu (B). C'est en ce sens qu'il est une bifurcation politique (C).

A) Le juge de Montesquieu : un juge indépendant dans l'air du temps

Il convient désormais d'analyser de manière critique l'œuvre de Montesquieu afin de déterminer s'il y'a une figure judiciaire alternative. Dans l'hypothèse affirmative, il

²³⁴ Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *op.cit.*, Londres, Nourse, 1772.

²³⁵ Le chapitre, situé en fin d'ouvrage, sur le droit féodal est de loin le plus long de son ouvrage « De l'esprit des lois ». Preuve, selon nous, que Montesquieu cherche à réhabiliter la noblesse française d'épée plutôt qu'à exporter le droit anglais en France.

conviendra alors d'analyser le caractère novateur du juge dans la pensée politique de Montesquieu.

La figure du juge chez Montesquieu possède un caractère alternatif. Le juge est indépendant du pouvoir royal. Ceci ouvre ainsi une brèche²³⁶ dans la maxime qui forgea la monarchie absolue « Le roi est fontaine de Justice »²³⁷. Ce que cherche Montesquieu c'est une justice indépendante, hors tutelle étatique comme cela put être le cas sous la période féodale²³⁸.

En effet, la féodalité marque un tournant dans l'histoire car elle est synonyme de désagrégation de l'État et apparition de pouvoirs locaux qui possèdent une réelle indépendance face à la faiblesse institutionnelle du pouvoir royal surtout en matière judiciaire puisque chaque seigneur local rendait sa propre justice. Par conséquent, cette prérogative régaliennne que constitue le fait de rendre la justice est vue par le noble bordelais comme l'incarnation de l'ancienne liberté féodale dont jouissaient auparavant la noblesse.

En revanche, il ne critique point le système de la vénalité des offices de judicature contrairement à des auteurs postérieurs. Cependant, il nous faut être prudent car Montesquieu écrit de manière sibylline et très interprétative. Cela lui permet d'éviter la censure royale et un éventuel opprobre social.

Il faut donc bien considérer la représentation du juge dans ses théories comme une représentation alternative au juge de l'Ancien Régime. La théorie de séparation des trois

²³⁶ L'emploi du lexique militaire peut surprendre. Toutefois il nous semble pertinent pour démontrer les desseins de Montesquieu.

²³⁷ Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

²³⁸ Bernard Guenée, *Tribunaux de justice et opinion publique au XII^{ème} siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2010.

pouvoirs et son indépendance statutaire et fonctionnelle est importante à cet égard. Sous l'Ancien Droit, l'indépendance n'est que fonctionnelle ; du point de vue statutaire, le Roi reste titulaire des offices de judicature avec droit de révocation non motivé²³⁹. Mais également par le fait que, sur certains aspects, il préfigure Beccaria. Au livre XII de son ouvrage « De l'Esprit des Lois »²⁴⁰, il estime que « *les lois pénales sont celles qui protègent et garantissent la sûreté du citoyen or la sûreté du citoyen se trouve menacée lorsque des accusations publiques ou privée voient le jour* »²⁴¹.

Toutefois, broser le portrait du juge tel que se le représente le baron Montesquieu ne serait pas complet si nous n'abordons pas le caractère nuancé de ce portrait du juge criminel alternatif.

B) Une vision réactionnaire et purement nobiliaire de la justice : le refuge féodal ou le « vrai » Montesquieu

En quoi ce portrait est-il contrasté ?

Ainsi il présente malgré tout une figure alternative mais conservatrice du juge criminel. Il semblerait que la centralisation et la « domestication » de la noblesse opérée sous le Roi-Soleil, et prolongée par ses successeurs, ne soient pas du goût de Montesquieu²⁴². Il préfère voir une noblesse titulaire des offices de judicature et pesant politiquement sur la royauté. Il voit la Noblesse en tant qu'acteur politique plutôt que comme sujet passif. Ce constat se confirme par le fait qu'il reprend bien la notion de contrepois intrinsèque au système anglais. Il y voit davantage les parlements français,

²³⁹ Cependant pour des raisons financières, la révocation de magistrats était extrêmement rare, voire inexistante.

²⁴⁰ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Londres, Nourse, 1772.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Le juriste bordelais doit également avoir en tête la Chambre des Lords en Angleterre qui représente les nobles. Par cette représentation parlementaire, l'Angleterre donne une véritable tribune politique aux aristocrates anglais. Nul doute que Montesquieu y fût très sensible en tant que noble français.

cours de justice faisant usage massivement de leur droit de remontrance²⁴³ au Roi. Montesquieu voit les Parlements au sens de l'ancien droit. Dans sa philosophie, cette notion de Parlement ne peut pas servir à établir un éventuel régime démocratique. Un régime parlementaire au sens moderne et actuel du terme²⁴⁴ n'existe pas pour lui. Le dernier point accentue une figure plus contrastée du juge de Montesquieu. Il s'agit de sa préférence pour le régime de type monarchique. Celui-ci repose sur l'honneur²⁴⁵, valeur fondatrice de la monarchie, selon lui.

Cette représentation du juge de nature aristocrate trouve une partie de sa réponse dans l'étalage qu'il fait sur le droit féodal. La réponse se trouve aussi au sein du droit romain dans ses « *Causes sur la grandeur et décadence des Romains* »²⁴⁶. Pourquoi analyser de manière très méticuleuse les droits savants ? Pourquoi montrer peu d'intérêt réel à la Common Law et ses pratiques judiciaires ? Montesquieu est en quelque sorte à l'image de ses écrits c'est-à-dire intéressant et complexe avec une once de nostalgie à caractère réactionnaire de l'Ancien Régime.

C) Montesquieu : une bifurcation politique et judiciaire ?

Est-ce un retour en arrière ou une « bifurcation » dans l'histoire de la justice ?

La réponse est beaucoup plus complexe qu'une simple affirmation péremptoire. En effet, Montesquieu a une vision nostalgique, ancienne du juge comme nous venons de le démontrer.

²⁴³ Sur les remontrances voir Frédéric Bidouze, *Les remontrances du Parlement de Navarre au 18^{ème} siècle : essai sur une culture politique en province au siècle des Lumières*, Biarritz, Atlantica, 2000.

²⁴⁴ Montesquieu est un noble dans la tradition nobiliaire, il n'est pas républicain et encore moins démocrate.

²⁴⁵ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Londres, Nourse, 1772.

²⁴⁶ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Paris, Chez Antoine-Auguste Renouard, 1795.

Sa thèse personnelle et politique est de permettre un retour de la justice sur des bases « solides ». Il s'agit de permettre aux nobles de pouvoir à nouveau rendre la justice. Cette prérogative nobiliaire a été confisquée par la Monarchie à travers l'adage « le Roi est fontaine de Justice »²⁴⁷. Par conséquent, lorsque Montesquieu écrit sa vision de la figure du juge au XVIII^{ème} siècle, il conçoit sa thèse comme une bifurcation réformatrice en histoire de la justice. Il s'agit de retrouver une prérogative ancienne de la noblesse afin de lui rendre son lustre d'antan. Il garde ainsi un parfum de nostalgie dans la représentation du juge judiciaire. Ce qui apparaîtrait aux historiens comme une sorte de retour en arrière, le retour à une justice nobiliaire, est pour Montesquieu « source de progrès ». Il souhaite montrer, outre son opposition à la monarchie absolue, le fait que rendre la justice aux nobles ne peut être que profitable, pour l'État, le royaume et, bien évidemment, la Noblesse. Ainsi, il pourrait être qualifié de porte-parole des thèses parlementaires²⁴⁸. Toutefois, il reste profondément ardu de lui donner une étiquette politique précise.

Paradoxalement, sa représentation du juge apparut comme démocratique. Elle influença durablement les révolutionnaires. Montesquieu fut mal compris ou plus exactement fut compris plus tardivement. L'écrivain avait pris l'ascendant sur le théoricien politique contrairement à Voltaire²⁴⁹. Le succès politique de la théorie de la

²⁴⁷ Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

²⁴⁸ Sur les thèses parlementaires et l'idée d'un « Parlement de France » au 18^{ème} siècle, on se reportera utilement aux ouvrages suivants : Frédéric Bidouze, *Les remontrances du Parlement de Navarre au 18^{ème} siècle*, Biarritz, Atlantica, 2000 ; Marie -Laure Duclos-Grécourt, *L'idée de loi au 18^{ème} siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Thèse droit, Poitiers, 2012. Plus récemment, Hugo Stahl, *Les conceptions des parlementaires provençaux sous le règne de Louis XV au prisme de l'ordre public*, Thèse, Droit, Aix-Marseille, 2018.

²⁴⁹ Myrtille Mericam-Bourdet, « Voltaire contre Montesquieu : débats et polémiques autour de l'esprit des lois », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°35, 2012 ; voir aussi Jean Graven, « Montesquieu et le droit pénal » in Boris Mirkhine-Guetzevitch, Henri Puget, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 209-254.

séparation des pouvoirs fit de l'ombre au « vrai juge pénal » de Montesquieu²⁵⁰. En effet, les intellectuels prérévolutionnaires y virent le père d'un hasardeux mais idéal régime démocratique libéral et un anglophile convaincu par les institutions anglaises. Cette mésentente d'idée politique biaisa les Constituants américains et français qui le lurent à la lettre en instaurant un système de contrepoids strict et continue d'alimenter les débats dans l'histoire politique et institutionnelle car cette fausse paternité continue de rester ancrée à Montesquieu.

En somme ce qui lui valut la postérité littéraire et politique fit que l'inconscient collectif ne comprit pas ses visées aristocrates. La gloire littéraire de Montesquieu emporta sa théorie et idées politiques.

Dans la section suivante, nous allons explorer une autre figure alternative du juge criminel ou plus exactement un balancier citoyen destiné à réduire les prérogatives du juge pénal dont Voltaire s'est fait le chantre : l'opinion publique.

Section 2 : Voltaire ou « la médiatisation » de l'erreur judiciaire

Le XVIII^{ème} siècle est un siècle où les idées sont en perpétuel mouvement et leur circulation facilitée. Entendons-nous bien, les idées circulent entre les élites intellectuelles via notamment les salons littéraires ou la franc-maçonnerie²⁵¹. Un écrivain va tirer profit de ce phénomène de l'essor des idées, il s'agit de Voltaire. Le

²⁵⁰ Voir Hamid Al-Mahmoud, *La philosophie du droit chez Montesquieu : l'exemple de la justice*, Thèse, Droit, Poitiers, 2013.

²⁵¹ Voir Isabelle Moreau (sous la direction), *Les lumières en mouvement : la circulation des idées au 18^{ème} siècle*, ENS Lyon, 2009 ; Ran Halevy, *Les loges maçonniques dans la France de l'Ancien Régime : aux origines de la sociabilité démocratique*, Paris, Armand Colin, 1984.

génie voltairien est d'avoir su alerter les masses sur des affaires de justice qui ne pouvaient que susciter la révolte. C'est d'ailleurs grâce à cette émergence de l'opinion publique que Voltaire bâtira la fin de sa carrière d'écrivain et sa gloire²⁵².

Chaque affaire judiciaire ayant trait à l'intolérance religieuse²⁵³ est suivie de près par cet écrivain français. Il s'avère davantage précurseur de la liberté de presse et d'expression que comme véritable théoricien politique. En effet, si son héritage est passée à la postérité c'est parce qu'il sut porter à la connaissance de l'opinion publique naissante, malgré la censure royale, des faits révoltants.

La métamorphose demeure exceptionnelle car il avait commencé une carrière littéraire pour être écrivain dans la pure tradition du classicisme littéraire français. Son objectif était alors d'égaliser le fabuliste La Fontaine. Ainsi, Voltaire, par son talent pour « médiatiser » l'erreur judiciaire, va acquérir une notoriété rapide et par son jeu subtil avec l'opinion, il sera l'un des fers de lance contre le système judiciaire français. Entre acclamation de Cesare Beccaria et exaltation envers le royaume anglais pourrait être l'une de ses devises. Il saura très bien tirer son épingle du jeu pour se montrer offensif à des moments-clés et ouvrir des brèches à l'encontre du juge d'Ancien Régime qui ont marqué l'époque. Dès lors, Voltaire est indissociable de la polémique, ce qui lui vaudra un engouement général, de l'Angleterre, « *cette nation de la liberté* », et de la naissance de l'opinion publique qu'il va faire émerger de manière méthodique.

²⁵² Xavier Martin, *Voltaire méconnu : aspects cachés de l'humanisme des Lumières (1750-1800)*, Poitiers, Martin Morin, 2015.

²⁵³ Voir Marc Chassaigne, *Le procès du chevalier de la Barre*, Université de Paris, Thèse, Lettres, Paris, J. Gabalda, 1920 ; Michel Barrue, *Voltaire et le droit pénal*, Thèse, Lettres, Paris, 1966.

Cette naissance de l'opinion publique est vue comme un balancier public à l'encontre du juge en vue de susciter la polémique (§1), ce qui confirme l'exaltation de Voltaire pour le système anglais (§2).

§1 : Voltaire, polémiste tardif mais très vite encensé

L'affaire Calas marque l'ascension littéraire de Voltaire (A) dont la pensée politique demeure, en réalité, limitée (B).

A) *L'affaire Calas ou les « vrais » débuts de Voltaire*

Lorsqu'éclate l'affaire Calas en 1762, un écrivain ose prendre la défense de l'accusé protestant. Il met sa plume au service de la justice en mettant en lumière les défauts des tribunaux. Cet écrivain se nomme Voltaire.

Pourtant quand commence cette affaire judiciaire, Voltaire n'est pas jeune²⁵⁴. Il a déjà publié des ouvrages littéraires tout en ayant la gloire espérée. Voltaire faisait partie des écrivains notables de son temps. C'est un écrivain connu mais qui n'est pas encore incontournable au XVIII^{ème} siècle.

En fait, rien ne semblait le prédestiner à se faire le héraut des « opprimés de l'Ordonnance criminelle »²⁵⁵. Cependant, Voltaire voit, en cette affaire, une manière de poursuivre sa carrière ascendante. Son objectif étant essayer de passer à la postérité littéraire en utilisant un outil redoutable mais efficace : l'opinion publique.

²⁵⁴ Voltaire étant né en 1694, il a 68 ans lorsqu'il prend part à l'affaire Calas.

²⁵⁵ La question de l'intérêt personnel de Voltaire continue de susciter des débats. Voir Benoit Garnot, *Histoire de la justice entre le 16^{ème} et 18^{ème} siècle*, Paris Folio, 2009. Dans la même optique : Xavier Martin, *Voltaire méconnu : aspects cachés de l'humanisme des Lumières*, Paris, Martin Morin, 2015. Pour un contre-exemple, on se référera à l'article du professeur Porret : Michel Porret, « *Voltaire un activiste du moment Beccaria* », RHMC, n°63, pp. 88-109.

S'il convient de ne pas exagérer en dépeignant un Voltaire « Harpagon »²⁵⁶, il nous paraît difficilement envisageable de voir en Voltaire un simple mécène désintéressé de l'affaire Calas comme semble le penser le professeur Porret²⁵⁷. En effet, Voltaire pose question quant à son choix d'intervention dans les affaires judiciaires. D'une part, il n'est intervenu que dans des affaires à forte connotation religieuse²⁵⁸. D'autre part, les procès auxquels il prit part furent incontestablement des erreurs judiciaires marquantes. En revanche, la question de sa non-intervention dans des affaires pénales de droit commun laisse perplexe. Elle est d'autant plus étonnante pour celui qui veut pourfendre l'Ordonnance criminelle.

B) Voltaire et les idées politiques : un apport limité et en trompe l'œil

Derrière un motif louable qui est de lutter contre le zèle religieux²⁵⁹ et ses excès, on peut légitimement se demander si en réalité Voltaire était conscient que l'opinion publique délaissait la philosophie de l'Ordonnance de 1670²⁶⁰. Il a bien exploité cette brèche judiciaire. A défaut de pouvoir apporter une réponse tranchée il nous semble que cette question reste en suspens.

En effet, la question demeure impossible à trancher. Si plus haut nous évoquions le « mystère Montesquieu » notamment en raison son style interprétatif. Il y a, selon nous, un « mystère Voltaire » que nous pourrions traduire par l'interrogation suivante :

²⁵⁶ Voir Benoit Garnot, *L'erreur judiciaire de Jeanne d'Arc à Roland Agret*, Paris, Imago, 2004.

²⁵⁷ Voir Michel Porret « Voltaire un activiste du moment Beccaria » RHMC, n°63, pp. 88-109.

²⁵⁸ Les affaires Calas, Sirven et Lally-Tollendal sont des affaires judiciaires où l'accusé fut condamné en raison de son appartenance au protestantisme. Quant au procès du Chevalier de la Barre, il s'agit d'un jeune catholique accusé de blasphème pour ne pas avoir embrassé la Vierge Marie lors d'une procession religieuse. Voir Marc Chassigne, *Le procès du chevalier de la barre*, Thèse, Lettres, Paris, J. Gabalda, 1920.

²⁵⁹ Voir sur ce point Voltaire, *Mémoires supplétifs au procès Calas in Œuvres Complètes*, Gallimard, Paris, 1992.

²⁶⁰ Sur ce point, François Tricaud « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *Revue de philosophie du droit*, pp145-167.

Comment un polémiste tardif a su se faire une place dans l'histoire des idées politiques aux yeux de l'opinion publique et de la postérité ?

La question mérite d'être posée car si l'intervention de Voltaire dans les affaires judiciaires demeure à controverse, sa postérité politique nous semble limitée et surtout amplifiée de manière artificielle par ses contemporains et les Constituants de 1789²⁶¹.

Si nous passons au peigne fin l'apport voltairien sous l'angle de l'histoire des idées politiques, sa contribution reste mince et sans réelle colonne ou pilier idéologique. En effet, les œuvres voltairiennes usent très peu du style argumentatif au profit du style satirique afin de mieux tourner en dérision le tragique et les défauts sociétaux de son temps²⁶². Quant aux écrits plus polémiques et politiques, notamment les mémoires judiciaires, il nous est difficile de cerner une théorie politique voltairienne sur la Justice. En effet, ces fragments sont, selon nous, davantage des écrits cherchant à alerter l'opinion publique et en faire une arme de pression morale et psychologique sur le juge que de véritables traités politiques dégagant une ligne directrice²⁶³. Ceci est d'autant plus vrai que les procès auxquels participent Voltaire se passent sous le régime juridique de la révocation de l'Édit de Nantes supprimant la liberté de culte. Voltaire critiquait-il l'Édit de Fontainebleau à travers ses interventions ? L'hypothèse n'est pas improbable car Voltaire était pour la liberté et s'opposait à toute forme de fanatisme religieux. Il

²⁶¹ Le lecteur pourra se reporter avec profit à : Jean Touchard, *Histoire des idées politiques du 18^{ème} siècle à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2012 ; Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques des Temps Modernes au XX^{ème} siècle*, Paris Quadriges, 2013 ; On pourra également consulter : François Quastana, *Voltaire et l'absolutisme éclairé (1736-1778)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires, Aix Marseille, 2003.

²⁶² Le chapitre relatif au nègre du Surinam dans *Candide* est peut-être l'un des passages les plus marquants à cet égard. Le style employé est un style satirique pour dénoncer la condition des esclaves noirs. Cependant y voir un manifeste politique anti-esclavagiste nous semble plus hasardeux. Voir Voltaire, *Candide ou l'optimisme in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁶³ Voltaire nous paraît idéal dans le rôle d'un chroniqueur contemporain subversif pour prendre à brûle pourpoint l'opinion publique naissante.

faut d'autant plus se rappeler que si Voltaire réussit à faire réhabiliter Calas ce fût au prix de trois longues années de procédure. Par conséquent l'affaire Calas ne paraissait pas aussi scandaleuse aux yeux de l'opinion publique du XVIIIème siècle.

De plus, son « Commentaire des délits et des peines »²⁶⁴ fut encensé par la critique de l'époque. Il y a certes des points de convergences avec Beccaria comme la douceur des peines, la proportionnalité entre crime et délit, le refus de la torture et le légicentrisme. Cependant cette œuvre est plus proche de l'éloge de la pénologie de Beccaria que d'un commentaire critique et objectif sur lesdites thèses²⁶⁵.

C'est pourquoi sa pensée politique nous semble réduite à l'incarnation de valeurs possédantes qui travaillent intellectuellement la bourgeoisie française de l'époque. Il y aurait donc, selon nous, deux Voltaire différents mais pas forcément antithétiques : le premier, serait un Voltaire « auteur littéraire » lié à son intervention dans les affaires judiciaires en médiatisant les procès et reconnu publiquement comme l'un des auteurs français les plus influents de son siècle. Le second Voltaire serait « politique » avec ses thèses libérales qui serait l'archétype de la bourgeoisie de l'époque, et ce, en dépit d'une faible contribution aux idées politiques. D'ailleurs ce n'est pas pour rien si son ennemi juré fut Rousseau. Ce dernier incarnant l'absolu démocratique auquel Voltaire est évidemment hostile²⁶⁶.

²⁶⁴ Voltaire, *Commentaire des délits et des peines in Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ A leur manière, Montesquieu, Rousseau et Voltaire incarnent trois facettes de la France de l'époque : Le premier incarne la France aristocrate hostile au pouvoir, le second incarne le Tiers-État « populaire et rural » enfin le dernier incarne le tiers-état « urbanisé ». Il est intéressant de noter qu'aucun des trois n'incarne l'ordre du clergé. Cela nous semble un signe révélateur de la méfiance religieuse au 18^{ème} siècle.

En effet Voltaire écrira « *c'est un grand malheur pour l'État que de laisser raisonner la populace sur les affaires publiques* »²⁶⁷. Dans la même lignée, il estime que « *celui qu'il convient d'instruire c'est l'homme des villes, pas l'homme des campagnes* »²⁶⁸.

En réalité, Voltaire ne cesse de marteler que l'opinion doit être un contrepoids citoyen ce qui lui confère sa dimension polémique. Néanmoins, son style satirique et sa verve littéraire ont pris l'ascendant pour l'élever au rang artificiel de penseur politique alors que sa contribution réelle demeure mince pour l'historien des idées politiques. Si pour Montesquieu, le théoricien politique a engendré la gloire littéraire, pour Voltaire, c'est la gloire de l'écrivain qui lui conféra la postérité politique²⁶⁹. Cette mésentente sur les propos voltairiens nous semble regrettables car collectivement et inconsciemment nous encensons le simple successeur des écrivains La Bruyère et La Fontaine. Il ne se contentait pas d'intervenir sur les affaires religieuses et de les médiatiser, il s'empreint et s'exalte également en faveur du système anglais.

§2 : Voltaire, un anglophile conforme à son temps

L'exaltation de Voltaire prouve bien son anglophilie (A) ce qui ne l'empêche pas de rester aussi paradoxal (B).

A) *L'exaltation voltairienne pour le royaume d'Angleterre : une communication bien pensée*

²⁶⁷ Voltaire, *Lettre à Damvillers du 1^{er} avril 1770* in *Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ L'immense foule présente lors de ses obsèques témoigne bien de cette postérité politique méritée aux yeux de l'inconscient collectif. D'autant plus qu'il sera parmi les premiers à entrer au Panthéon en 1791 à la suite d'une proposition des députés constituants votée à l'unanimité.

Comme dit plus haut²⁷⁰, le siècle des Lumières est marqué par une redécouverte de l'Angleterre et une forte anglophilie²⁷¹. En tant qu'homme de lettres de son temps, Voltaire n'échappe pas à cette vague anglophile. Ces écrits notamment les « Lettres Anglaises »²⁷² en témoignent à plus d'un titre. Il va, comme ses contemporains, ériger l'Angleterre en utopie judiciaire sans paradoxalement étudier le droit anglais qui se diffuse pour la première fois en Europe continentale²⁷³.

C'est donc à partir d'un faible bagage que Voltaire va grandement s'exalter pour le système de la Common Law qui lui semble plus juste et respectueux des droits de la défense. Cependant, en bon communicant, Voltaire sait très bien qu'en peignant le royaume anglais en modèle il utilise une flèche supplémentaire contre la justice française et, par effet domino, génère la polémique sur la question judiciaire. Ainsi, ses écrits sur la justice anglaise²⁷⁴ ne sont certes pas neutres en termes de communication politique mais nous semble confirmer que Voltaire n'a pas la stature d'un théoricien politique et reste dans l'alerte de l'opinion éclairée.

Ainsi, Voltaire décrit les institutions anglaises aux lettres 8 et 9²⁷⁵ et estime que ces institutions sont plus justes car le régime politique est une monarchie constitutionnelle. Il fait l'éloge des institutions politiques d'outre-manche car selon lui les Anglais ont souhaité s'affranchir de la tyrannie et ont institué comme garde-fou la liberté²⁷⁶. Afin

²⁷⁰ Voir Chapitre 1, section 2.

²⁷¹ Les rares à s'opposer au modèle anglais sont Jean-Jacques Rousseau et Etienne-Gabriel de Mably. Voir Benoit Mely, *Jean-Jacques Rousseau : un intellectuel en rupture au XVIIIème siècle*, Paris, Minerve, 1985.

²⁷² Voltaire, *Lettres Anglaises in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁷³ Le droit anglais se diffuse grâce à la traduction des *Institutes* de William Blackstone, premier juriste anglais à exporter la Common Law. S'il est possible que Voltaire ait lu des fragments de Blackstone cela demeure trop hypothétique pour être étayé.

²⁷⁴ Voltaire, *Lettres anglaises in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁷⁵ Lettres 8 et 9, Voltaire, *Lettres Anglaises in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁷⁶ Ibid

d'étayer ses propos il dresse dans la lettre 12 un portrait élogieux du chancelier Bacon²⁷⁷ et, à la lettre suivante, marque son admiration pour John Locke²⁷⁸, père du libéralisme et inspirateur de la charte de 1688.

Par conséquent, faire une brèche sur le juge criminel c'est bien plus que de proposer une réflexion théorique sur la figure du juge pénal ; il s'agit d'un réquisitoire à l'encontre du principal pouvoir régalien de l'État. Cela ne signifie pas que Voltaire marqua l'histoire des idées politiques mais cela signifie que, grâce à sa posture de tribun et en ciblant la Justice, il critique l'État monarchique qui se trouve dans une situation crépusculaire et agonisante. Ainsi, derrière une proposition d'éveil des consciences, c'est bel et bien une attaque politique que Voltaire mène contre l'État absolutiste²⁷⁹.

B) Les paradoxes voltairiens ou la limite évidente de la « médiatisation »

Malgré tout, un paradoxe se pose face à l'historien du droit : Clamer les bienfaits de l'opinion en tant que contrepoids, d'une part, et prôner le despotisme éclairé, de l'autre. Autrement dit comment peut-on faire souffler le chaud et le froid en même temps tout en ayant une conception élitiste de l'instruction publique ? Comment peut-on prôner la mise sous tutelle législative du juge criminel tout en réfutant en bloc massif les thèses de Rousseau ? Pourquoi se montrer virulent à l'égard de la monarchie absolue alors qu'on semble soi-même favorable au despotisme éclairé ?

²⁷⁷ Lettre 12, Voltaire, *op.cit.*, Paris, Gallimard, 1992.

²⁷⁸ Lettre 13, Voltaire, *op.cit.*, Gallimard, Paris, 1992.

²⁷⁹ Xavier Martin, *Voltaire méconnu : aspects cachés de l'humanisme des Lumières (1750-1800)*, Poitiers, Martin Morin, 2015.

Voilà de bien étranges paradoxes dont seul Voltaire semble avoir gardé les réponses jusque dans sa tombe en 1778.

Il reste la seconde explication qui serait un dérivé de l'idéalisation du système anglais par Voltaire. Ainsi, en faisant la comparaison France-Angleterre sur le plan de la procédure criminelle, il transmet ses thèses anglophiles et, grâce à cette approche comparatiste, il peut critiquer l'État d'un point de vue plus politique et moins juridique.

Quoi qu'il en soit, il semble pertinent également de noter que l'ensemble de ses réflexions sur la Justice sont en réalité des « ramifications » de ses propos contre le fanatisme religieux. Selon Voltaire, la Justice prolonge le fait religieux à travers des sanctions pénales et les tribunaux ecclésiastiques²⁸⁰. D'où cette brèche à l'encontre de la prérogative régaliennne et sacrée du pouvoir royal que représente la Justice. Pour Voltaire, la Justice n'est qu'une partie du problème. Selon lui, le problème essentiel demeure l'Église et la religion. C'est donc un Voltaire polémiste et communicant qui souhaite alerter l'opinion sur la dangerosité du couple Justice/Religion et qui voit dans le jury criminel « le tribunal suprême de l'opinion »²⁸¹, le seul capable, selon lui, de remettre en cause les décisions de justice rendues par les juges de l'Ancien Régime²⁸². Toutefois, Voltaire reste loin des projets d'organisation judiciaire comme le firent

²⁸⁰ Voyez les principales affaires dans lesquelles Voltaire s'est engagé contre la Justice : Calas ; Sirven ; Chevalier de la Barre. Ces affaires ont en commun une connotation religieuse très forte. Voir Marc Chassaigne, *Le procès du chevalier de la Barre*, Université de Paris, Thèse, Lettres, Paris, J. Galbada, 1920.

²⁸¹ Voltaire, *Lettres anglaises in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992

²⁸² Ce tribunal de l'opinion n'a rien d'un tribunal de Cassation. Il ne s'agit pas de casser et renvoyer l'arrêt rendu. Il s'agit de permettre à l'opinion publique de faire pression sur le juge pour que celui-ci annule sa décision de justice. Cependant, il faut rester prudent sur l'interprétation de cette phrase car rien ne garantit que Voltaire ait approuvé le jury tel que la Constituante le mettra en place. Cela semble relever davantage de considérations personnelles que d'une réelle volonté politique de transposer le jury anglais en France.

Brissot, Nicolas Bergasse²⁸³ ou Jean Paul Marat²⁸⁴. Voltaire s'inscrit davantage dans l'humanitarisme²⁸⁵ c'est-à-dire que son objectif est de se préoccuper du sort de l'humanité. Voltaire prit l'humanitarisme sous l'angle de la dénonciation du religieux. Ses œuvres ont pour fin la critique du fanatisme religieux et l'abolition de la cruauté. La construction intellectuelle et cohérente d'une théorie politique n'est pas du tout la de Voltaire.

Si, de nos jours, sa réflexion peut apparaître comme mince et limitée sur le plan de la Justice, c'est peut-être parce qu'il n'a jamais eu la réelle intention d'être un vrai théoricien politique mais plutôt un héritier de La Bruyère ou de La Fontaine. Toutefois son nom lui permit de passer, comme Montesquieu et Rousseau, à la postérité littéraire. Cela suffira à influencer et inspirer les Révolutionnaires constituants lors de la réorganisation de la justice prévue dans la loi de 1791. La plus grande reconnaissance que lui témoigneront les révolutionnaires sera finalement sa panthéonisation en 1790 sur décision unanime de l'Assemblée Constituante.

Ainsi se clôture notre section sur l'écrivain Voltaire qui est davantage une réflexion pour démocratiser la justice et le rapport entre la justice et le fait religieux. Les arguments juridiques sont relativement limités. En revanche, sa portée politique fut paradoxalement considérable. Toutes les réflexions, tous les débats d'idées et leurs mises en application naquirent lors de la Révolution Française.

²⁸³ Nicolas Bergasse, *Discours sur l'humanité dans l'administration de la justice criminelle*, s.n.,s.l,s.d ; Jacques-Pierre Brissot De Warville, *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France sans nuire à la sûreté publique*, Paris, Desauges, 1781.

²⁸⁴ Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, 1790, Aubin, Bibliothèque sociale, Paris, 1974.

²⁸⁵ Voir Henri Benac, *Guide des idées littéraires*, Paris, Hachette, 1977 pp. 195-196.

Là encore, la gloire littéraire de Voltaire a largement surpassé ses théories et idées politiques. Toutefois à la différence de Montesquieu, Voltaire n'est pas un théoricien des idées politiques vu l'argumentation déployée par les deux auteurs aucune comparaison n'est possible. Néanmoins, il sera plus vite compris par les constituants. Il est probable que son combat contre le fanatisme religieux a marqué les futurs députés constituants. Ici, le Voltaire politique est passé à la postérité au détriment du Voltaire lettré et érudit.

« L'idéologisation du mouvement des Lumières »²⁸⁶ devient dès lors inéluctable mais décisif. Bien sûr, il est un peu hâtif à ce stade de la thèse de parler d'idéologisation concernant le mouvement des Lumières, cependant c'est le cœur de notre seconde partie.

Toutefois il convient de manière préliminaire, à la seconde partie, d'étudier l'apport de L'Encyclopédie et du chevalier de Jaucourt à la procédure pénale et à la représentation de la justice criminelle ce qui est l'objet de la section suivante.

Section 3 : La figure du juge dans l'Encyclopédie

Le juge dans l'Encyclopédie est traité comme toute autre matière juridique et politique. Il va de soi que ce fut une des entrées les plus sensibles car susceptible d'attenter à la royauté. L'Encyclopédie est une œuvre collective, naturellement subdivisée par spécialité et supervisée par Diderot et D'Alembert qui se tournent naturellement vers Rousseau pour diriger le pôle juridique et politique. C'est contre toute attente qu'il décline. Diderot se voit contraint de nommer un collaborateur auquel

²⁸⁶ Cette expression est de nous pour marquer le passage de réflexions purement théoriques dans un siècle d'idées réformatrices à l'élaboration d'un véritable dogme révolutionnaire basé sur ces idées lors de la Révolution Française de 1789.

il n'avait pas pensé : Le chevalier de Jaucourt²⁸⁷. Ce choix s'avérera payant puisque Jaucourt incarne, mieux que quiconque, l'ouverture d'esprit voulue par l'Encyclopédie : N'est-il pas surnommé « *l'homme aux 17 000 articles* »²⁸⁸. Il butine le savoir tel une abeille. « *Jaucourt abeille de l'Encyclopédie* »²⁸⁹. « *Cette abeille* » va produire l'essentiel des articles relatifs à la justice et à la figure judiciaire. Si les articles sont écrits par un seul homme, ils reflètent la méfiance collective des encyclopédistes à travers le juge (§1). Afin de mieux appréhender la vision personnelle du chevalier, il nous faudra détailler l'ensemble de sa contribution juridique à *l'Encyclopédie* (§2).

§1 : Le juge tel qu'envisagé par les encyclopédistes

Il faudra d'abord étudier l'entrée « *Juge* » dans l'Encyclopédie (A). Nous pourrons ensuite étudier les entrées complémentaires (B).

A) *L'entrée « Juge » dans l'Encyclopédie*

L'Encyclopédie donne une définition a priori très sommaire du juge « *le juge est un magistrat institué par le souverain pour rendre la justice en son nom à ceux qui lui sont soumis* »²⁹⁰.

²⁸⁷ Louis de Jaucourt naquit à Paris en 1704 et mourut en 1780 dans sa demeure. Il fit ses études en Suisse et en Hollande car ses parents protestants craignaient qu'il subisse les persécutions religieuses contre les protestants avec l'abrogation de l'édit de Nantes par Louis XIV. Ouvert d'esprit, il gardera toujours un attrait pour la Suisse. Jaucourt est également un des plus grands érudits de son temps puisqu'il se passionne pour toutes les matières, ce qui conduira Diderot à lui proposer le « pôle Droit et politique » au sein de l'Encyclopédie dont il sera un contributeur prolifique. Voir Jean Haeschler, *L'encyclopédie de Diderot et Jaucourt : essai biographique sur le chevalier de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995.

²⁸⁸ Voir l'ouvrage de Gilles Barroux et François Pepin « *Le chevalier de Jaucourt : L'homme 17 000 articles* », Paris, Société Diderot, 2015.

²⁸⁹ Voir la contribution de Véronique Leru in Gilles Barroux, François Pepin, *Le chevalier de Jaucourt : l'homme aux 17 000 articles*, Paris, Société Diderot, 2015, pp. 59-71.

²⁹⁰ Article Juge, Tome IX, p. 6.

La définition demeure neutre et sommaire, cependant les commentaires qui suivent la définition renvoient une image acerbe des officiers de judicature. En effet, le rédacteur de l'article estime que les juges privent de la liberté « *On trouva fort bon d'établir des juges et de leur donner le pouvoir de venger ceux qui auraient été offensés. De sorte que tous les autres membres de la communauté se trouva privée de sa liberté naturelle* »²⁹¹.

Plus bas, l'auteur de l'article estime que « *selon le style de la jurisprudence, les juges doivent dire droit et non faire le droit* »²⁹². Cette opposition entre dire le droit et faire le droit est révélatrice de l'influence profonde que Cesare Beccaria a eue au sein de l'Encyclopédie et de l'importance que les intellectuels de l'époque accordent aux thèses du légicentrisme²⁹³. En effet, le Chevalier de Jaucourt partage l'opinion de ses semblables en affirmant que « *le juge doit dire droit* » et non « *faire le droit* »²⁹⁴. Cette hostilité à l'égard de la jurisprudence montre bien que les thèses légalistes sont très présentes chez Jaucourt.

Il poursuit son article en présentant la fonction judiciaire comme inique : « *Quelle iniquité serait-ce de vouloir transformer despotiquement la possession et la propriété en des mains étrangères* » ; « *Une sentence, injuste et émanée arbitrairement est un attentat contre la loi* »²⁹⁵.

Par cette phrase, le chevalier de Jaucourt démontre à quel point la confiance est cassée entre l'élite intellectuelle prérévolutionnaire et le monde judiciaire.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Voir Isabelle Moreau (sous la direction), *Les Lumières en mouvement : La circulation des idées au siècle des Lumières*, Lyon, ENS, 2009.

²⁹⁴ Article « *Juge* », Tome IX, p6.

²⁹⁵ Ibid.

Cette phrase symbolise également un changement sémantique important : l'arbitraire du juge prend désormais une coloration péjorative qui s'amplifiera sous la Révolution Française.

Ainsi, le chevalier de Jaucourt sous-entend qu'il existe un despotisme judiciaire²⁹⁶ en France et que ce despotisme des juges est malsain et reflète la corruption des officiers de judicature²⁹⁷. Il va même jusqu'à comparer les tribunaux à des « *buissons épineux* » et les juges de son temps à des « *sangsues de palais* »²⁹⁸.

B) *L'entrée « loi pénale » et autres entrées complémentaires*

Cette entrée de l'Encyclopédie est éclairante car elle est un miroir supplémentaire de la perception de la figure judiciaire. En outre, il est possible de retrouver des références tant à l'Angleterre qu'au traité *Des délits et des peines*. Ainsi, Jaucourt ne se prive pas d'exprimer sa position légaliste « *La loi ne doit prévoir que des châtiments prompts et doux* »²⁹⁹. La référence à la Common Law est évidente quand il poursuit avec « *L'accusé est jugé par un jury en Angleterre et cela n'apporte que des bienfaits* »³⁰⁰.

« *Le monarque contient ses sujets dans leur devoir en se faisant aimer d'eux, en ne relâchant rien de son autorité, en punissant les coupables mais en soulageant les malheureux* »³⁰¹. Selon le chevalier, la loi pénale est l'incarnation de la justice royale.

Cependant, il convient de combiner maintien de l'ordre public avec des peines

²⁹⁶ Article *Juge*, Tome IX, p. 7 ; Voir également l'article *Tribunal secret de Westphalie*, Tome XVI, p. 630.

²⁹⁷ Voir l'article *Ephète*, Tome V, p. 774.

²⁹⁸ Voir l'article *Tribunal secret de Westphalie*, Tome XVI, p. 630.

²⁹⁹ Voir article *Loi*, Tome IX, p. 645.

³⁰⁰ Voir article *Justice*, Tome IX, p. 89.

³⁰¹ Article *Révolution*, Tome XIV, p.237.

pénales humaines³⁰². Pour Jaucourt, la « devise royale » devrait être : Coercition, charité, clémence, bien que sur la clémence l'exemple chinois du chevalier puisse laisser perplexe : « *On change l'exécuteur de cinq coup en cinq coup, ou plutôt deux exécuteurs frappent alternativement afin qu'ils soient plus pesants et que le châtiment soit plus rude. Il faut néanmoins remarquer que quatre coups sont réputés cinq ; c'est ce qu'on appelle la grâce de l'empereur, qui comme père de ses sujets, par compassion pour son peuple diminue toujours quelque chose de la peine* »³⁰³.

Cette illustration par la loi pénale chinoise est des plus étranges car une question se pose : Est-ce une maladresse du chevalier ou bien le chevalier serait-il partisan d'une pénalité distributive tout en ne reniant pas la pénalité rétributive de l'Ancien Droit ? Il nous semble que la première hypothèse doit être privilégiée au bénéfice du doute. Toutefois, cette illustration ne colle pas avec les valeurs progressistes du chevalier de Jaucourt et sa grande participation à la dynamique de l'Encyclopédie. Ce sentiment d'étrangeté est encore plus marqué par la lecture de l'article *Clémence*. Dans cet article, le chevalier dénonce l'inutilité des châtiments corporels³⁰⁴.

Il fait de la clémence le pivot de la justice en reproduisant le chapitre XXI, livre VI de l'Esprit des Lois³⁰⁵. Ainsi Jaucourt ne s'oppose pas au droit de grâce contrairement à Beccaria. En revanche, l'encyclopédiste souscrit aux critiques de la justice déléguée de son époque³⁰⁶. Jaucourt a la même vision déformée de la question que ses contemporains. Il estime aussi que l'Angleterre est un exemple à suivre

³⁰² Voir Patricia Prevaute, *le chevalier de Jaucourt : ses idées politiques et sociales*, Thèse, Droit, Bordeaux, 1997, p. 99 ; voir également l'article *Révolte*, Tome XIV, p. 237.

³⁰³ Voir l'article *Pant-See*, Tome XI, p. 830.

³⁰⁴ Voir article *Clémence*, Tome III, p. 521.

³⁰⁵ Ibid. Le même argumentaire se retrouve à l'article *Peine*, Tome XII, p. 247.

³⁰⁶ Voir les articles : *Inquisition*, tome VIII, p. 776 ; *Question*, tome XIII, p. 704.

« *Nous voyons aujourd'hui une nation très polie et aussi éclairée que respectueuse envers l'humanité, qui a rejeté ce supplice sans inconvénient dans les cas de trahison : il n'est donc pas nécessaire par sa nature* »³⁰⁷.

De plus l'encyclopédiste, relais de Montesquieu, reprend à son compte la théorie pénale élaboré par le juriste bordelais. En d'autres termes la nature du crime détermine le châtement applicable. Jaucourt classe les crimes en fonction de l'atteinte aux valeurs sociales, à savoir : religion, mœurs, tranquillité, sûreté. Dans cette optique, le sacrilège est l'atteinte à la religion³⁰⁸, la mort, l'atteinte à tranquillité et à la sûreté³⁰⁹. En revanche, il fait ressortir sa plume légaliste en estimant que la loi pénale doit être précise et ne peut souffrir d'aucune exception ni interprétation³¹⁰. « *Enfin dès qu'une loi a fixé l'état des choses il ne faut point y ajouter d'expression vagues. Dans une ordonnance criminelle de Louis XIV après l'énumération des cas royaux, on ajoute « et ceux dont de tous temps les juges royaux ont décidé » ; cette addition fait rentrer dans l'arbitraire que la loi venait d'éviter* »³¹¹.

§2 : Le chevalier de Jaucourt : l'encyclopédiste face à la figure judiciaire

Si Jaucourt exprime la méfiance collective que portent les encyclopédistes dans l'article *Juge*, il livre dans ses articles complémentaires une vision personnelle agrémentée d'une solide réflexion juridique et politique. En ce sens, il est clairement

³⁰⁷ Article *Question* tome XIII, p. 704.

³⁰⁸ Article *Sacrilège*, Tome XIV, p. 485.

³⁰⁹ Voir article *Crime*, Tome IV, p. 466.

³¹⁰ Article *Loi*, Tome IX, p. 645.

³¹¹ *Ibid.*

« l'abeille » de l'Encyclopédie. Jaucourt est donc un homme de son temps synonyme du rejet qu'inspire le juge d'ancien régime et disciple de Montesquieu.

Cependant le chevalier a cette capacité hors norme à défendre des auteurs politiques. Il les défend volontiers même s'il est en désaccord politique, Rousseau en étant le symbole. Jaucourt reste monarchiste mais demeure une voix du républicanisme³¹². Il reste profondément attaché à la monarchie mais il n'est pas insensible au système républicain contrairement à Montesquieu.

Disciple de Montesquieu, mais défenseur de l'auteur du *Contrat social*³¹³, Jaucourt est en réalité un penseur éclectique des Lumières³¹⁴ qui a pu contribuer à sa marginalisation au risque de tomber dans l'oubli collectif.

Le chevalier de Jaucourt est donc bien un encyclopédiste de son temps (A) mais il demeure malgré son érudition un intellectuel marginalisé (B).

A) Un encyclopédiste de son temps : symbole du rejet de l'arbitraire judiciaire

« La question est une invention sûre pour pendre un innocent qui a la complexion faible et sauver un coupable qui a la complexion forte »³¹⁵.

³¹² Voir Céline Spector, « Voix du républicanisme dans l'Encyclopédie : Harrington, Montesquieu, Jaucourt » in Gilles Barroux, François Pepin (sous la direction), Paris, Société Diderot, 2015, pp. 119-143 ; voir également Jean Haeschler, *L'encyclopédie de Diderot et de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995.

³¹³ Christophe Litwin, « Le principe de tous nos maux naturels » : Jaucourt aux lumières de King, Leibniz et Rousseau » in opus cité pp. 196-200. L'auteur montre l'admiration de Jaucourt pour Rousseau malgré leurs divergences politiques. En effet Jaucourt se situe dans la tendance monarchiste et libérale soit l'exact contraire de Jean-Jacques Rousseau.

³¹⁴ Voir Gilles Barroux, François Pepin, « Encyclopédisme, éclectisme, critique : les figures philosophiques de Jaucourt », in Gilles Barroux, François Pepin (sous la direction), *Le chevalier de Jaucourt l'homme aux 17 000 articles*, Paris, Société Diderot, 2015.

³¹⁵ Article *Question* tome XIII, p. 704.

Le chevalier reçoit une éducation de qualité puisque ses parents l'envoient étudier à Genève où il acquerra une érudition universelle³¹⁶. Une fois ses études genevoises terminées, le chevalier décide de se perfectionner en sciences aux Pays –Bas, ce qui l'amènera à soutenir une thèse de doctorat en médecine³¹⁷. Ces perfectionnements firent de lui l'un des plus grands esprits éclairés du siècle des Lumières. En outre, il possédait une personnalité douce et généreuse qui lui permit d'exercer sa vraie passion : aider son prochain³¹⁸. Madeleine Morris en fait d'ailleurs un portrait élogieux car selon elle « *Jaucourt apporte une mesure de bonté et de compréhension profonde qu'on ne retrouve chez aucun maître, De Montesquieu à Voltaire, Diderot ou même Rousseau, ni même dans les nombreux sermons édifiants des gazettes du temps, plus préoccupés par de salut personnel que par la justice sociale* »³¹⁹. Elle ajoute même que « *Le public de l'Encyclopédie qui n'avait pas toujours la perspicacité des lecteurs de Candide ou des Lettres persanes a trouvé dans les articles de Jaucourt une simple leçon d'humanité directe qui répétée des centaines de fois sous différents sujets a fini par donner à ce public un point de vue plus ouvert et plus généreux sur le monde* »³²⁰. Jean Haeschler note également que « *Le chevalier n'apparaît jamais comme un aristocrate, nulle part il ne fait état de sa noblesse. Il est un bourgeois. Mais un bourgeois érudit, un bourgeois éclairé, un bourgeois des Lumières* »³²¹.

³¹⁶ Voir Jean Haeschler, *L'encyclopédie de Diderot et Jaucourt : essai biographique sur le chevalier de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995.

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Madeleine Morris, *Le chevalier de Jaucourt, un ami de la terre*, Genève, Droz, 1979, pp. 110-111.

³²⁰ Madeleine Morris, *Le chevalier de Jaucourt, un ami de la terre*, Genève, Droz, 1979, pp. 110-111.

³²¹ Voir Jean Haeschler, *op.cit.*, Paris, Honoré Champion, 1995.

Paul Sadrin se montre tout aussi admiratif puisqu'il estime que « *Jaucourt est un homme qui a consacré sa vie à mériter ses origines, à s'adouber jour après jour par ses travaux, à gagner ce qu'il avait déjà* »³²².

Ce sont des nobles qui sont sensibles aux idées des Lumières et à toute idée de réforme de la monarchie nonobstant leur appartenance au deuxième ordre de la société de l'Ancien Régime.

En parallèle de ses débuts en tant que médecin, Jaucourt bénéficie du rayonnement culturel et scientifique de l'académie de Leyde³²³ où il peut assouvir sa soif de connaissance³²⁴. Pourtant, le chevalier est tombé quelque peu dans l'oubli collectif alors qu'en son temps il fut un collaborateur actif de Diderot et D'Alembert dans le cadre de « *L'Encyclopédie* »³²⁵.

Jaucourt s'inscrit directement dans la lignée de Montesquieu³²⁶ en qui il voit le précurseur du régime démocratique libéral³²⁷. L'exaltation du modèle anglais n'est également pas étrangère à l'admiration de Montesquieu nourrie par le chevalier de Jaucourt³²⁸.

³²² Paul Sadrin, *L'article Noblesse dans l'Encyclopédie*, RDE, n°7, 1989, p. 460.

³²³ L'académie de Leyde est l'une des plus anciennes universités aux Pays-Bas. Sa création date de février 1575 par Guillaume Ier d'Orange, prince de Nassau. Cette université est multidisciplinaire car elle enseigne toutes disciplines connues. Du temps de Jaucourt, l'Académie de Leyde était l'une des plus prestigieuses universités européennes. Il n'est donc pas surprenant que ses parents l'aient envoyé étudier là-bas. Voir Frédéric ATTAL, *les universités en Europe du XIIIème siècle à nos jours : espaces, modèles, fonctions*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2005, p. 248.

³²⁴ Jean Haeschler, *L'Encyclopédie de Diderot et de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995, p. 61.

³²⁵ Jean Haeschler, *op.cit.*, Paris, Honoré Champion, 1995, p60 ; également : Patricia Prevautel, *Le chevalier de Jaucourt, ses idées politiques et sociales*, Thèse, Droit Bordeaux, 1997.

³²⁶ Voir Patricia Prevautel, *op.cit.* Thèse, Droit, Bordeaux, 1997, pp. 47-51.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ibidem, pp. 92-94.

En effet, ce noble ne cache pas son intérêt, voire son admiration, pour les institutions anglaises à l'instar de Montesquieu³²⁹. Toutefois, la démarche intellectuelle demeure différente : Montesquieu cherche à légitimer la noblesse comme contre-pouvoir tandis que le chevalier de Jaucourt cherche à légitimer une monarchie constitutionnelle à l'image de ce qui se pratique sous Georges III d'Angleterre. Les deux auteurs ont pour point commun de considérer les bienfaits d'un sénat constitué d'aristocrates afin de contrebalancer la chambre basse. La chambre « basse » représenterait les citoyens, le sénat ou chambre « haute » représenterait la noblesse.

Le chevalier est un véritable relais de Montesquieu. Cette dimension de relais permet à la diffusion généralisée de ses idées. Afin d'éviter toute forme de censure, l'encyclopédiste prétexte l'objet de l'Encyclopédie qui demeure la diffusion du savoir.

Jaucourt souscrit également à la « théorie des climats » de Montesquieu³³⁰. Cette adhésion à la théorie des climats n'est ni surprenante ni critiquable car Jaucourt ne fait que reprendre des théories très en vogue de son temps. Cette théorie est censée expliquer, par exemple, la décadence de l'empire ottoman³³¹. Or le recul ottoman s'explique davantage par des troubles intérieurs et une influence militaire décroissante que par un problème climatique.

329 Patricia Prevautel, *Le chevalier de Jaucourt, ses idées politiques et sociales*, Thèse, Droit Bordeaux, 1997, p. 94.

330 Voir *ibid* pp. 50-51. Voir également Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *op.cit.*, Livre XIV, Chapitre X, Londres, Nourse, 1772.

³³¹ La décadence de l'empire ottoman commence en 1643 avec l'échec du siège de Vienne pour se terminer en 1920 et le traité de paix du Trianon qui le démembré intégralement.

L'encyclopédiste semble également parfois pencher en faveur de la théorie du « despote éclairé » si chère à Voltaire³³². Cela se voit dans sa volonté de classer les « bons souverains » et les « mauvais souverains ». Ce classement inclut les rois tant français qu'européens. Ainsi, Louis XIV et Henri VIII d'Angleterre sont rangés dans la seconde catégorie³³³. Tandis qu'Alexis 1^{er} de Russie et Frédéric II de Prusse font partie des premiers³³⁴. Le risque que prit Jaucourt en idéalisant le souverain prussien est de minimiser la guerre entre Frédéric II de Prusse et Marie-Thérèse d'Autriche³³⁵.

De plus, Jaucourt partage la « sacralisation de la loi » de ses contemporains promue par Cesare Beccaria. Ainsi, le collaborateur de Diderot s'insurge contre le système de l'Ancien droit et surtout contre la torture à l'instar de Voltaire. Toutefois la réflexion du premier est plus dense que celle du second. En effet, il estime que la loi pénale doit être juste et surtout que le souverain est lié par ce contrat social³³⁶.

Le chevalier s'inscrit pleinement dans son temps en faisant un jeu de miroir inversé entre la France et l'empire ottoman³³⁷. En effet, il critique sévèrement le

³³² Jaucourt considère Frédéric II de Prusse comme un modèle de gouvernement. Voir Article « Prusse », Tome XIII, pp. 532-533. Cet article a été co-rédigé avec Diderot tout aussi louangeur.

³³³ Voir Patricia Prevautel, *Le chevalier de Jaucourt : ses idées politiques et sociales*, Thèse, Droit, Bordeaux, 1997, pp. 111-112.

³³⁴ Ibid., pp. 110-111.

³³⁵ Voir l'article Silésie, Tome XV, p. 193. L'aveuglement de Jaucourt est ici préjudiciable. La guerre de Silésie est déclenchée en 1742 par Frédéric II de Prusse qui souhaite annexer ce territoire frontalier sous drapeau autrichien. Malgré toutes les tentatives militaires autrichiennes de riposte, Frédéric II gardera la Silésie aux dépens de Marie-Thérèse d'Autriche.

³³⁶ Voir Patricia Prevautel, *op.cit.* Thèse, Droit, Bordeaux, 1997, p. 98.

³³⁷ Ibid. On pourra se reporter également aux articles *Despotisme*, Tome VI, p. 888 et « Turquie », Tome XVI, p. 754.

despote ottoman. Il laisse le soin au lecteur de déceler les critiques qu'il décoche à l'encontre du royaume de France³³⁸.

Le chevalier partage avec Montesquieu l'idée d'une souveraineté déléguée par le peuple au souverain³³⁹. Toutefois, il se montre plus précis, que ses contemporains, en étant un partisan de la monarchie constitutionnelle. Il se propose de décrire les mécanismes de celles-ci dans l'article *Lois fondamentales* : « *Toutefois pour en assurer le succès dans une monarchie limitée, le corps entier de la nation peut se réserver le pouvoir législatif, la nomination de ses magistrats confier à un sénat, le pouvoir judiciaire celui d'établir des subsides et donner au monarque entre autres prérogatives le pouvoir militaire et exécutif. Si le gouvernement est fondé sur ce pied- là par l'acte primordial d'association, cet acte primordial porte le nom de lois fondamentales de l'état parce qu'elles en constituent la liberté et la sûreté* »³⁴⁰.

En proposant la séparation entre trois pouvoirs distincts mais complémentaires, le noble encyclopédiste s'inscrit dans la lignée de Montesquieu et de sa fameuse théorie de la séparation des pouvoirs. Il est fort probable que le chevalier s'inspire également du système anglais. Ainsi, l'organisation institutionnelle chez Jaucourt comporte quatre pivots : Un parlement doté du pouvoir législatif, un sénat garant de l'indépendance des juges, un pouvoir judiciaire chargé de la justice, un roi chargé du pouvoir exécutif et des prérogatives militaires. Par cette organisation, Jaucourt montre, une fois de plus,

³³⁸ Voir les articles « *Monarchie* », Tome X, p. 636.

³³⁹ Voir article *Souveraineté*, Tome XV, p. 425.

³⁴⁰ Voir article *Lois Fondamentales*, Tome IX, p. 646.

son attachement à l'indépendance de la magistrature ou plutôt la volonté de dissocier ce qui relève du juge et ce qui relève du politique. De ce point de vue, il rejoint bien ses contemporains.

Si Jaucourt s'inscrit pleinement dans la dynamique encyclopédique de son temps, il choisit néanmoins de développer une voix singulière au risque d'être marginalisé et de tomber dans l'oubli de l'inconscient collectif.

B) Le chevalier de Jaucourt : Un intellectuel marginalisé

Le collaborateur de Diderot eût parfois des positions contradictoires : Il voit dans le système anglais un bon système³⁴¹ mais partage toutefois certaines idées rousseauistes, comme l'idée d'un contrat social, et s'éloigne de certains tel que Diderot en qui il voit la renaissance de l'absolutisme. Le fait d'être jus naturaliste n'est pas ce qui pose problème, ce qui met le chevalier dans la contradiction est son souhait de voir s'établir une monarchie « à l'anglaise » tout en étant sensible aux arguments rousseauistes et plus largement contemplateur des systèmes de démocraties directes en vigueur dans les républiques helvétiques³⁴².

De plus, Jaucourt demeure un peu ambigu quant à son véritable modèle politique, il s'inspire indéniablement de l'Angleterre mais il est probable qu'il ait puisé dans les théories physiocrates « le despote légal »³⁴³.

³⁴¹ Voir Patricia Prevaute, *Le chevalier de Jaucourt : ses idées politiques et sociales*, Thèse, Droit, Bordeaux, 1997, pp. 92-94. Voir aussi les articles : *Prérogatives royale*, Tome XIII, p. 307 ; *Liberté Politique*, Tome IX, p. 72 ; *Westminster salle de*, Tome XVII, p. 606.

³⁴² Selon Jean Haeschler, ce serait surtout lié son enfance genevoise. Voir Jean Haeschler, *L'Encyclopédie de Diderot et de Jaucourt : essai biographique sur le chevalier de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995.

³⁴³ On retrouve chez Jaucourt cette idée que le Roi est lié par un contrat et les lois naturelles. Or cette idée d'un souverain lié contractuellement par les lois naturelles est un point fondamental chez les physiocrates.

Un autre point met en évidence la singularité du chevalier : son refus de la révolution. En effet, il appelle à des réformes politiques de bon sens afin de préserver le système monarchique malgré tout³⁴⁴. C'est notamment pour cette raison qu'il se garde de juger universelle la royauté sous Georges III d'Angleterre contrairement à Montesquieu ou à Voltaire³⁴⁵. Selon lui, il faut tenir compte des spécificités nationales : ce n'est pas parce qu'un gouvernement est bon dans un État donné qu'il le sera automatiquement ailleurs³⁴⁶. Ainsi Jaucourt reste prudent quant à « l'exportation » du modèle anglais en France et en Europe. L'autre argument qui montre que ce noble s'oppose à la révolution est son refus implicite de soutenir les constituants américains. En effet, considérant que le roi doit être pacifique par nature et non un conquérant³⁴⁷ le chevalier critique la politique militaire du royaume de France. Il se montre très réservé quant à l'intervention militaire française pour soutenir les insurgés américains. En cela, l'encyclopédiste fait valoir une voix dissonante au sein des intellectuels de son époque qui sont majoritairement en faveur de l'indépendance américaine³⁴⁸.

Jaucourt fait entendre une voix dissonante au niveau des valeurs étatiques : en effet selon lui la justice et la légalité ne sauraient constituer des valeurs suprêmes pour l'État³⁴⁹. Cette marginalisation se ressent encore davantage si nous mettons en

Voir Patricia Prevautel, *Le chevalier de Jaucourt : ses idées politiques et sociales*, Thèse, Droit, Bordeaux, 1997 ; sur les thèses physiocratiques voir Anthony Mergey, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2010.

³⁴⁴ Voir Patricia Prevautel, *op.cit.*, Thèse, Droit, Bordeaux, 1997, p. 94 ; cf. également l'article *Liberté politique*, Tome IX, p. 72.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ Voir l'article *Liberté politique*, Tome IX. P. 72.

³⁴⁸ Sur l'engouement que suscite les constituants américains : Marcel Couffin, *L'image de l'Angleterre au cours des débats parlementaires de l'Assemblée Constituante (1789-1791)*, Thèse, Lettres, Paris, 1997.

³⁴⁹ Voir article *Justice*, Tome IX, p. 89.

perspective son souhait d'une société égalitaire sur la base d'un contrat social et les « tâtonnements » du chevalier sur la question de l'esclavage³⁵⁰. Le chevalier de Jaucourt est abolitionniste voire, selon certains, l'un des plus grands anti-esclavagistes de son temps³⁵¹. Il suffit de lire les articles *Esclavage* et *traite des nègres*³⁵² pour voir à quel point Jaucourt s'insurge contre la servitude. De ce point de vue le noble encyclopédiste est en parfaite harmonie avec l'auteur de *L'esprit des lois*³⁵³.

Jaucourt ne sera pas non plus un grand théoricien de la justice malgré ses connaissances juridiques et sa participation fructueuse à l'Encyclopédie. En effet, il ne se positionne pas comme Beccaria³⁵⁴ qui est un théoricien de la justice. Il ne vise pas à repenser intégralement la justice criminelle de son temps d'où sa modération envers le premier philosophe. Il prône des réformes judiciaires à travers ses articles encyclopédiques et son érudition de très haut niveau³⁵⁵.

De ce point de vue, il est plus proche de Montesquieu puisque l'exigence première du chevalier de Jaucourt est d'expliquer la justice de son temps en partant des origines jusqu'au siècle des Lumières³⁵⁶. L'autre raison pour laquelle il fut oublié est la première République et sa politique criminelle³⁵⁷. Patricia Prévautel

³⁵⁰ Voir Patricia Prévautel, *Le chevalier de Jaucourt : ses idées politiques et sociales*, thèse, Droit, Bordeaux, 1997, pp. 200-206 ; voir aussi les articles : *Esclavage*, Tome V, p. 934 ; *Traite des nègres*, Tome XV, pp. 532-533.

³⁵¹ Sur ce point : Regis I, Guerlais Marcel, Cochais Jean-Yves, Biou J, *Lire l'Encyclopédie*, Paris, Littérature, 1981, n°42, pp. 20-39.

³⁵² Voir les articles : *Esclavage*, Tome V, p. 934 ; *Traite des nègres*, Tome XV, pp. 532-533. Jaucourt est l'un des rares intellectuels de son temps à s'élever publiquement contre l'esclavage.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Cf Partie II, Chapitre 1.

³⁵⁵ Jean Haeschler, *L'encyclopédie de Diderot et de Jaucourt : essai biographique sur le chevalier de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995.

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ Parmi une abondante bibliographie on retiendra : Robert Allen, *les tribunaux criminels sous la révolution et le premier empire*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005 ; Nicolas Derasse, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le premier empire*, Thèse, Droit, Lille, 1998 ; Jean-Pierre Royer, sous la direction,

conclut avec justesse que « *Jaucourt ne pouvait cautionner les massacres révolutionnaires, il fut donc oublié* »³⁵⁸.

Le Chevalier se fait également dissonant sur les objectifs du souverain, selon lui le souverain doit être pacifique, protecteur et garantir le bonheur de son peuple.

« *J'ajoute enfin pour se procurer sous cette protection un véritable bonheur pour faire connaître que la fin de la souveraineté est la félicité des peuples* »³⁵⁹. Jaucourt est réellement le seul à insister lourdement sur la question de la félicité publique. Il préfigure également un droit qui sera repris par les constituants américains³⁶⁰.

Jaucourt cautionne également les thèses de Rousseau sur l'état de nature puisque selon le chevalier l'état de nature s'articule autour de la liberté, de l'égalité et de l'absence de licence.

Il s'agit pour lui d'un état de liberté car « *Je puis tuer sur le champ un voleur qui se jette sur moi, qui se saisit des rênes de mon cheval, arrête mon carrosse parce que la loi qui a statué pour ma conservation, si elle peut être interposée pour assurer ma vie contre un attentat présent et subi, me donne la liberté de tuer ce voleur* »³⁶¹.

L'article du chevalier est limpide, les rapports sociaux sont libres, la vie sociale est compatible dans l'état de nature bien que nul contrat social soit mentionné.

C'est également un état de parfaite égalité car les hommes naissent égaux.

L'encyclopédiste imagine les hommes à l'état de nature « *indépendants dans*

Histoire de la justice en France : du 18^{ème} siècle à nos jours, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, 5^{ème} édition.

³⁵⁸ Voir Patricia Prevaute, *Le chevalier de Jaucourt : ses idées politiques et sociales*, thèse, Droit, Bordeaux, 1997, p. 251.

³⁵⁹ Article *Souveraineté*, tome XV, p. 425.

³⁶⁰ Jean Haeschler, *op.cit.*, Paris, Honoré. Champion, 1995, p263.

³⁶¹ Article *État de nature*, Tome IV, p17.

l'interdépendance ». Toutefois, un grand flou demeure ce qui fait dire à Jean Haechler que « *l'argumentation du chevalier est spécieuse* »³⁶². Jacques Proust ironise sur cet état naturel égalitaire « *En somme, l'égalité naturelle demeure une égalité idéale entre des hommes abstraits* »³⁶³.

Ce n'est pas un état de licence³⁶⁴ car selon le Chevalier il y a un système de valeurs morales objectives que l'on peut découvrir par la raison. De plus, c'est un état raisonnable et logique applicable à l'homme en tant qu'être humain. Il postule l'existence de lois morales qui auraient été suivies par tous mais qui aujourd'hui ne le sont plus et va même jusqu'à écrire « *dans l'état de nature chacun est libre de tuer un meurtrier afin de détourner les autres de l'homicide* »³⁶⁵. Toutefois, comme le relève Jean Haeschler, « *le discours du chevalier manque de justification sinon de consistance* »³⁶⁶. Malgré ce discours creux sur l'état de nature, il estime que « *le chevalier est un homme d'exception qui a honoré son siècle. Mieux. Le Chevalier de Jaucourt a honoré l'humanité* »³⁶⁷.

On ne pouvait pas mieux rendre hommage à ce noble des Lumières qui demeura dans l'ombre de Diderot malgré une participation sacerdotale. Jaucourt sacrifia l'espoir d'une vie de famille et d'un éventuel mariage pour se consacrer à ce qui sera son enfant intellectuel : *L'Encyclopédie*.

³⁶² Jean Haeschler, *L'Encyclopédie de Diderot et de Jaucourt : essai biographique sur le chevalier de Jaucourt*, Paris, Honoré Champion, 1995.

³⁶³ Cité in *ibid.*

³⁶⁴ Le terme *état de licence* doit s'entendre par : tout état de nature dépourvu de morale.

³⁶⁵ Jean Haeschler, *L'Encyclopédie de Diderot et de Jaucourt : essai biographique sur le chevalier de Jaucourt*, Paris, Honoré. Champion, 1995, p. 299.

³⁶⁶ *Ibid.*, p300.

³⁶⁷ *Ibidem.* p. 323.

En tant qu'encyclopédiste de son temps, il a fortement participé à la dynamique du mouvement des Lumières³⁶⁸. Cela ne l'a pas empêché de développer une voix singulière : relais important de Montesquieu mais également partisan de Rousseau. Le chevalier n'annonce point le citoyen genevois mais ils ont en commun d'avoir été marginalisé de manière différente : le noble français en raison de la première république, le citoyen genevois par choix et par temporalité³⁶⁹. Cependant, cela ne signifie nullement que Rousseau n'a pas disserté sur la justice. Si dans son ouvrage « *Du contrat social* », Rousseau se montre relativement avare concernant la figure judiciaire, il en va autrement concernant un de ses livres les plus méconnus mais aussi les plus provoquant : « *les lettres écrites sur la Montagne* ».

Section 4 : Rousseau face à ses juges : la critique d'une république judiciaire dans les *Lettres écrites sur la Montagne*

La vie de Jean-Jacques Rousseau fut mouvementée. Les années 1762 à 1764 reste toutefois un tournant dans sa vie. En effet, suite à la publication du *Contrat social* de l'*Emile* puis de la *Profession de foi du vicaire savoyard* il est décrété de prise de corps par le gouvernement genevois. Le procureur Tronchin publie en 1763 dans les *Lettres écrites de la campagne* l'ensemble des chefs d'accusation contre Rousseau³⁷⁰. Il se retrouve alors dans une situation fortement incommode. En effet les principautés

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Rousseau fit le choix de l'homme du peuple révolté. De plus par ses théories politiques il préfigure la gauche démocratique et anti-libérale selon le professeur Nemo. Voir Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques depuis le 18^{ème} siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

³⁷⁰ Voir Benoit Mely, *Jean-Jacques Rousseau : un intellectuel en rupture*, Paris, Minerve, 1995.

helvétiques lui refusent l'asile³⁷¹, La France et la papauté mettent à l'index ses ouvrages. Rousseau ne doit son salut qu'au roi prussien Frédéric II qui lui offre l'asile à Neufchâtel³⁷². C'est donc dans cette principauté dépendante de la Prusse que Rousseau écrit en 1764 les *Lettres écrites de la montagne*. Cet ouvrage a pour objectif premier de répondre aux détracteurs du citoyen genevois et de prouver son innocence face à des institutions qu'il estime « contre lui ». Toutefois, les *lettres* vont provoquer un séisme politique à Genève qui ne va qu'attiser le conflit entre Rousseau et le gouvernement genevois. Le paroxysme est atteint en mai 1763 lorsque Jean-Jacques Rousseau décide de renoncer à sa citoyenneté. Les institutions de la république genevoise remettent collectivement leur démission afin de mettre Rousseau face à un dilemme : rentrer à Genève et être jugé pour « sédition » ou bien fuir Neufchâtel. Rousseau choisira la seconde option et s'exilera en Angleterre³⁷³. Le choix de la destination de ce nouvel exil s'est fait plus en raison des circonstances que par réel désir de séjour à Londres. On pourra toutefois noter cette ironie de l'histoire : Jean-Jacques Rousseau, l'anglophobe, trouve refuge dans la campagne anglaise³⁷⁴. Cruelle ironie pour un ex-genevois forcé de vivre Outre-Manche suite aux accusations à son encontre.

La publication des *Lettres de la montagne* le met au ban de l'élite intellectuelle et ses écrits se veulent une réponse aux *Lettres écrites de la campagne* par le procureur genevois Tronchin. L'image de Rousseau en ressortira profondément abimée renforçant

³⁷¹ Le canton de Berne et la principauté de Zurich refusent d'accueillir Rousseau. Voir Benoit Mely, *Jean-Jacques Rousseau : un intellectuel en rupture*, Paris, Minerve, 1995.

³⁷² Voir Benoît Mely, *op.cit.* Paris, Minerve, 1995. Bien que Neufchâtel soit une principauté, elle demeure une dépendance du roi de Prusse.

³⁷³ Toutefois cet exil sera bref en raison d'une dispute avec Hume l'année suivante. Cette dispute obligera le citoyen genevois à un nouvel exil. Voir Benoît Mely, *Jean-Jacques Rousseau un intellectuel en rupture*, Paris, Minerve, 1995.

³⁷⁴ L'invitation de David Hume a également joué un rôle dans le choix pour Londres. Voir *ibid.*

son côté de misanthrope et d'intellectuel solitaire en perpétuel exil³⁷⁵. Cette mise au ban est lié aux reproches philosophiques que Rousseau fait à l'encontre de ses juges (§1). Ses principaux mécènes se détournent de lui afin de ne pas cautionner les propos des *Lettres écrites de la montagne*. Au-delà de la polémique de l'époque, il conviendra de s'interroger si ses positions en faveur d'une loi pénale juste, Rousseau préfigure la doctrine légicentriste de Cesare Beccaria (§2).

§1 : Les reproches philosophiques de Rousseau à la justice de son temps

Les *Lettres écrites de la montagne* sont un réquisitoire contre la justice et le gouvernement genevois. Les reproches abondent tout au long de l'ouvrage ; cependant, il est possible de distinguer deux critiques majeures qui structurent l'ouvrage : en premier lieu, le citoyen de Genève fait une critique d'ordre juridique (A), en second lieu il fait une critique politique de la vie (B).

A) *La critique juridique des juges genevois*

Rousseau reproche au petit conseil de Genève³⁷⁶ d'avoir enfreint la procédure pénale de la république de Genève. Il le démontre à travers deux textes majeurs, le premier, le serment des bourgeois de Genève, le second, l'Ordonnance Ecclésiastique et son article 88 qui réglait la procédure en cas d'atteinte à la religion³⁷⁷.

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ Le petit conseil de Genève était le conseil où l'oligarchie de Genève se réunissait pour délibérer des affaires publiques selon la Constitution genevoise de 1738. Cela correspondait à l'organe exécutif de la république genevoise

³⁷⁷ L'ordonnance ecclésiastique de Genève régit le culte protestant dans cette république helvétique. Le serment des bourgeois est, quant à lui, un serment fixant les obligations des citoyens genevois. Chaque citoyen de Genève était tenu de prêter le serment des bourgeois.

Dans un premier temps, Rousseau s'attache à démontrer qu'il n'a jamais violé le serment des bourgeois de Genève puisque selon lui le texte dissocie bien « *vivre selon l'évangile de la réformation* » et « *de ne faire, ne souffrir aucunes pratiques, machinations ou entreprises contre la Réformation du Saint Évangile* »³⁷⁸. Or, Rousseau dissocie *se conformer* et *attenter* à la religion protestante. En effet, pour Rousseau, il est tout à fait possible d'écrire sans attenter à la foi protestante. Selon lui, « *vivre selon l'évangile de la réformation* »³⁷⁹ consiste essentiellement à s'acquitter de ses obligations culturelles. Il reconnaît s'être converti récemment au catholicisme mais il ajoute avoir été élevé dans la religion calviniste. *Attenter à la foi* selon le citoyen de Genève consiste à renier l'existence du christianisme. Or il estime que son chapitre relatif à « *la religion civile* »³⁸⁰ ne renie nullement les évangiles canoniques et la doctrine religieuse de Luther³⁸¹.

Le citoyen genevois se réfugie, dans un second temps, derrière l'Ordonnance ecclésiastique : s'il y avait eu atteinte à la religion, le petit conseil aurait dû saisir préalablement le Consistoire³⁸² puisqu'en vertu de l'article 88 de ladite Ordonnance « *S'il y'a quelqu'un qui dogmatise contre la doctrine reçue, qu'il soit appelé pour conférer avec lui : s'il se range qu'on le supporte sans scandale ni diffame, s'il est opiniâtre qu'on l'admoneste par quelque fois pour essayer de le réduire. Si l'on*

³⁷⁸ Serment des bourgeois de Genève, article ultime. Le serment des bourgeois est un serment auquel tous les citoyens genevois devaient prêter allégeance. Ils délimitaient les droits et obligations des citoyens de la République genevoise.

³⁷⁹ Serment des bourgeois, article ultime.

³⁸⁰ Voir Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

³⁸¹ Genève est protestante depuis le XVI^{ème} siècle et la propagation des idées luthériennes dans l'actuelle Suisse. De son côté, Rousseau a été protestant jusqu'à sa renonciation de la citoyenneté genevoise. C'est à ce moment-là qu'il choisit de se convertir au catholicisme.

³⁸² Le Consistoire était le tribunal chargé des affaires religieuses à Genève. Il définissait également la doctrine et la foi protestante.

voit enfin qu'il soit besoin de plus grande sévérité qu'on lui interdise la sainte Cène et qu'on y informe le magistrat de la ville »³⁸³. Rousseau en tire donc cinq conclusions juridiques pour démontrer le tort du petit conseil genevois. En premier lieu, il estime que seul le consistoire genevois est compétent pour juger de son atteinte à la religion, en second lieu, il met en avant le caractère rémissible du délit, en troisième lieu, il montre que ledit article définit une gradation des sanctions pour ramener le coupable sur le droit chemin, en quatrième lieu, il met l'accent sur la douceur des châtiments prescrit dans l'article 88 et il conclut en disant que ce qui est examiné par le tribunal de la foi protestante est avant tout la nature du délit.

Par ces arguments, il cherche à montrer l'incompétence *rationae materiae* du petit conseil ayant prononcé son décret de prise de corps. En mettant l'accent sur l'incompétence juridique du conseil genevois, il dénonce l'arbitraire judiciaire dont font preuve ses juges. Pour accentuer sa critique de l'arbitraire il va déplacer la critique *rationae loci*. Il démontre que le décret de prise de corps est infondé puisqu'au moment où il est décrété de prise de corps, il réside en France³⁸⁴.

Par conséquent le petit conseil s'est arrogé des compétences extraterritoriales selon Rousseau. Il en profite pour ajouter que tout est parti de Genève quitte à fausser la chronologie en sa faveur³⁸⁵.

En effet, selon lui, c'est le décret de prise de corps qui a entraîné un effet domino en France avec la condamnation par le parlement de Paris et non l'inverse comme le prétend

³⁸³ Article 88 de l'Ordonnance Ecclésiastique.

³⁸⁴ Effectivement, à ce moment-là, Rousseau résidait à Paris.

³⁸⁵ Cette idée selon laquelle la république de Genève aurait été l'épicentre de tous les maux nous semble erronée puisque la chronologie est fidèlement établie par le procureur général. En revanche *Le contrat social* fût brûlé à Genève et non à Paris. Voir Benoît Mely, *Jean-Jacques Rousseau un intellectuel en rupture*, Paris, Minerve, 1995, Voir aussi Jean-Robert Tronchin, *Lettres écrites de la campagne*, Genève, 1765.

le procureur de Genève Jean-Robert Tronchin. Pour ce chef d'accusation, Rousseau inverse le raisonnement de la justice genevoise. C'est le décret genevois qui a entraîné de manière corrélative une condamnation dans le royaume de France par la justice française et non la condamnation française qui est à l'origine du décret genevois contre l'auteur du *Contrat social*. Il prend ainsi à contre-pied le procureur général de Genève Tronchin qui écrit dans ses réquisitions « *Le parlement de Paris a pris connaissance du livre de l'éducation et en le condamnant aux flammes, il a décrété l'auteur de prise de corps* »³⁸⁶.

Rousseau enchaîne sur la question de l'obligation des syndics genevois de maintenir la religion protestante. S'il ne nie pas l'obligation des syndics de maintenir la religion, en revanche il réfute la thèse du procureur selon lequel les syndics genevois sont les gardiens du protestantisme³⁸⁷. En effet, pour lui, le seul organe compétent en matière religieuse est le consistoire puisqu'il lui appartient exclusivement de se prononcer s'il y a eu atteinte à la religion. Pour montrer le caractère exceptionnel de son conflit juridique entre lui et la justice de Genève, il met en exergue des décisions de justice prononcées antérieurement relative à la condamnation du blasphème avec strict respect de la procédure criminelle tel que prévu par les textes en vigueur³⁸⁸.

³⁸⁶ Réquisitions du procureur Tronchin, annexe III in Jean-Jacques, Rousseau *Lettres écrites de la montagne*, Neufchâtel, L'âge d'Homme, 2007. La chronologie est effectivement la condamnation le 9 juin 1762 par les juges parisiens et le 19 juin Genève condamne à son tour Rousseau. Ce qui correspond à 10 jours entre les deux condamnations. Le gouvernement genevois rend bien sa sentence après les juges parisiens infirmant ainsi la thèse de Rousseau.

³⁸⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, lettre IV, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

³⁸⁸ Rousseau se réfère à l'affaire Morelli. Toutefois la comparaison de Rousseau peut laisser sous-entendre des propos « complotistes ». De ce fait, elle doit être prise avec précaution.

« *Ce que les tribunaux civils ont à défendre ce n'est pas l'œuvre de Dieu, c'est l'œuvre des hommes, ce n'est pas des âmes dont ils sont chargés, ce sont des corps ; c'est de l'État et non de l'Église qu'ils sont les vrais gardiens* »³⁸⁹.

B) *La critique politique des juges genevois*

La critique politique des juges par Rousseau porte essentiellement sur l'absence d'impartialité du gouvernement genevois. En effet, il estime que la république dont il était citoyen³⁹⁰ n'est plus la vertueuse démocratie qu'elle prétend être car ses institutions sont sclérosées. Cela a généré, selon l'auteur des *Lettres écrites de la montagne*, une confusion des pouvoirs ayant transformé la vertueuse république genevoise en oligarchie judiciaire corrompue puisque le petit conseil s'est transformé en tribunal politique. En d'autres termes le citoyen genevois peint une république de Genève gouvernée par les juges et des institutions médiévales figées³⁹¹.

Derrière cette critique acerbe des institutions genevoises, il faut voir un Rousseau qui s'estime victime d'un complot contre lui³⁹². Rousseau s'estime être un cas politique innocent que Genève entend traîner dans la fange par le biais de la justice. Toutefois le coup d'éclat de Rousseau fut sa renonciation à la citoyenneté genevoise en mai 1763 pour obtenir la citoyenneté neuchâteloise. Le petit Conseil est pris totalement au

³⁸⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, lettre V, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

³⁹⁰ Rousseau renonce le 12 mai 1763 à la citoyenneté genevoise au profit de la citoyenneté neuchâteloise.

³⁹¹ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, lettre V, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

³⁹² L'idée d'un complot anti-Rousseau nous semble être exagérée, mais conforme à la personnalité complexe du citoyen genevois. Il faut noter cependant que le jugement rendu par les autorités genevoises est sévère.

dépourvu croyant à de vaines paroles rousseauistes. Or Rousseau persiste et signe la renonciation de sa citoyenneté genevoise³⁹³. Cette renonciation fut un électrochoc inattendu pour le petit Conseil genevois. Ce dernier remit collectivement sa démission afin de provoquer une crise politique dont Rousseau serait l'initiateur³⁹⁴. Le rédacteur des lettres écrites de la montagne va tomber dans ce piège subtil et bien préparé. Il se retrouvera dans une situation où il n'aura que deux mauvaises issues : se rendre à la justice et comparaître pour « *sédition* » ou bien la fuite. Rousseau choisit la seconde option car il sent que le paroxysme du conflit est atteint³⁹⁵ : « *Quand des magistrats viennent donc nous prêcher leur intégrité, leur modération, leur justice, ils nous trompent, s'ils veulent obtenir ainsi la confiance que nous ne leur devons pas : non qu'ils ne puissent avoir personnellement ces vertus dont ils se vantent : mais alors ils font une exception ; et ce n'est pas aux exceptions que la loi doit avoir égard [...]. S'ils veulent des lois, ce n'est pas pour leur obéir, c'est pour en être les arbitres. Ils veulent des lois pour se mettre à leur place et pour se faire craindre en leur nom. Tous les favorisent dans ce projet. Ils se servent des droits qu'ils ont pour usurper sans risque ceux qu'ils n'ont pas. Comme ils parlent toujours au nom de la loi, même en la violant, quiconque ose la défendre contre eux est un séditieux, un rebelle : il doit périr ; et pour eux, toujours sûrs de l'impunité dans leurs entreprises, le pis qui leur arrive est de ne pas réussir. S'ils ont besoin d'appuis, partout ils en trouvent. C'est une ligue naturelle que celle des forts, et ce qui fait la faiblesse des faibles est de ne pouvoir se liguier ainsi.*

³⁹³ Benoît Mely, *Jean-Jacques Rousseau, un intellectuel en rupture*, Paris, Minerve, 1995.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Benoît Mely, *Jean-Jacques Rousseau, un intellectuel en rupture*, Paris, Minerve, 1995. .

Tel est le destin du peuple d'avoir toujours au-dedans et au-dehors ses parties pour juges »³⁹⁶.

§2 : Jean-Jacques Rousseau, précurseur de Beccaria ?

La question peut sembler de prime abord, absurde puisque Rousseau appartient aux précurseurs de la gauche démocratique antilibérale et Beccaria est l'incarnation du courant utilitariste et, à certains égards, il préfigure le libéralisme utilitariste des Constituants.

Le premier participa temporairement à l'Encyclopédie tandis que le second ne fut pas collaborateur de Diderot. Toutefois dans ses *Lettres écrites de la montagne*, Rousseau reprend une argumentation qui sera systématisée par Beccaria et qui tient en deux points : en premier lieu, il s'agit de dénoncer l'arbitraire judiciaire (A), en second lieu, il s'agit de peindre l'Angleterre en tant qu'îlot respectueux des libertés fondamentales (B).

A) *La dénonciation spé cieuse de l'arbitraire judiciaire*

Ce thème est le cœur des *Lettres écrites de la montagne*³⁹⁷ et notamment au cœur des Lettres IV et V. Toutefois, Rousseau, dans la lettre IX, se montre profondément insistant sur le caractère arbitraire de son décret de prise de corps. Afin d'étayer encore plus son raisonnement, il va au-delà de l'Ordonnance ecclésiastique et du serment des bourgeois de Genève : il invoque l'Edit de 1738 qui régit l'organisation

³⁹⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, lettre IX, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

³⁹⁷ Nous ferons référence à l'édition suivante : Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, chez Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1764. Cette édition est librement consultable sur Gallica.fr.

institutionnelle³⁹⁸ et une codification de l'ensemble des lois genevoises. « *Vous vous rappellerez monsieur que selon l'article XLII de l'édit de 1738 il est dit que l'on fera au plus tôt un code général des lois de l'État* »³⁹⁹. Or cet Édit n'ayant pas été respecté « *puisque vingt-ans après il n'a pas été encore question de ce code et les citoyens ont gardé le silence* »⁴⁰⁰. Le petit conseil s'est transformé en oligarchie judiciaire insouciant de l'avis de ses propre citoyens, selon Rousseau : « *Chez vous la puissance du petit conseil est absolue à tous les égards : il est le ministre et le prince. Il ordonne et il exécute, il cite, il saisit, il emprisonne, il juge, il punit lui-même : il a la force en main* »⁴⁰¹.

Cette citation de Rousseau est probablement l'une des plus éclairantes car elle met en exergue l'arbitraire judiciaire qu'il souhaite dénoncer et le passage d'une ville libre médiévale à « une république des Juges ». Il sous-entend que la petite république genevoise s'est transformée en un régime despotique. Cette exagération de Rousseau sur le caractère dictatorial du régime genevois vise à montrer que, selon lui, la république a bien changé depuis l'Ordonnance Ecclésiastique. La paisible principauté de Genève est devenue tyrannique. « *Comment peut-on dire que Genève s'occupe de ses droits politiques quand on voit qu'il ne s'en occupe jamais que tard, avec répugnance et seulement quand le plus grand péril l'y contraint ?* »⁴⁰².

Ainsi, pour lui, le décret de prise de corps a tout d'une décision purement arbitraire et contraire à ce que nous appellerions aujourd'hui « *les droits et libertés*

³⁹⁸ L'édit de 1738 est la « constitution genevoise » dont l'objectif était de restaurer la paix et de mettre fin aux troubles survenus entre 1734 et 1738.

³⁹⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, Lettre IX, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

⁴⁰⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, Lettre IX, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibidem.

fondamentaux ». Ceci peut paraître paradoxal étant donné que Rousseau se positionne en *anti-libéral*⁴⁰³. Il ajoute d'ailleurs « *Il n'y a de la liberté que dans l'observation des lois ou de la volonté générale* »⁴⁰⁴ et poursuit sur un air de conseil « *Comparez et vous trouverez des maux sûrs, des maux terribles sans borne et sans fin ; de l'autre l'abus même difficile qui s'il est grand, reste passager et tel que, quand il a lieu, il porte toujours avec lui son remède* ». Il termine par ce sentiment d'amertume à peine voilée « *Quiconque à Genève est aux gages de la république cesse d'être citoyen, il n'est que le satellite des vingt-cinq prêt à fouler aux pieds la patrie et les lois sitôt qu'ils ordonnent* »⁴⁰⁵.

B) *L'Angleterre libérale face à la république genevoise liberticide*

Ceci pourrait prêter à sourire si la comparaison n'était que fictive. En effet le citoyen de Genève ne craint pas de se mettre en contradiction avec son anglophobie et sa fameuse citation du contrat social « *Les anglais se croient libre car ils ont des élections tous les 7 ans. En réalité, il n'en est rien et le court laps de temps d'une campagne électorale mérite bien qu'ils perdent leur liberté pour sept nouvelles années* »⁴⁰⁶. En effet dans la lettre IX⁴⁰⁷, Rousseau parle de l'Angleterre comme ses contemporains, celui d'un paradis perdu, ce qui ne peut que susciter de l'interrogation au regard des propos antérieurs de l'auteur du Contrat social. Ces propos sont-ils sincères ou simplement de circonstances ?

⁴⁰³ Nous suivons la classification opérée par le professeur Philippe Nemo dans son ouvrage *Histoire des idées politiques des temps modernes et contemporains*, Paris, Quadriges, 2013.

⁴⁰⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, lettre IX, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

⁴⁰⁷ Jean-Jacques Rousseau, *op.cit.*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

Il nous semble que les propos rousseauistes contenus dans la neuvième lettre dans *Lettres écrites de la montagne* relève davantage de la circonstance. Rousseau veut montrer qu'il est irréprochable et injustement poursuivi. Par conséquent, le décret de prise de corps est, selon lui, infondé et demeure un « complot »⁴⁰⁸. « *La loi ne laisse au roi d'Angleterre aucune puissance pour mal faire, lui en donne pour faire le bien* »⁴⁰⁹.

Il surenchérit en affirmant que « *les rois d'Angleterre, assurés de leurs avantages sont intéressés à protéger la constitution, parce qu'ils ont peu d'espoir de la changer. Vos magistrats à l'inverse, sûrs de se servir des formes de la vôtre [...] sont intéressés à conserver ces formes* »⁴¹⁰.

Ces propos doivent être nuancés et montre que Rousseau n'a pas peur du paradoxe. D'une part, cette vision du roi anglais garant du bien public ne se vérifie pas historiquement. Comme indiqué précédemment, Georges III d'Angleterre assiste à la naissance du parlementarisme⁴¹¹ et gouverne avec un premier ministre mais il demeure un roi absolu et non un monarque constitutionnel comme le seront ses lointains successeurs⁴¹². Il est donc caricatural de peindre George III d'Angleterre en « *despote éclairé* ». Cette vision est historiquement fautive et relève davantage de l'idéal voltairien et d'une méconnaissance des institutions anglaises⁴¹³. Il convient d'ajouter qu'aux lettres IV et V le citoyen genevois montre des exemples judiciaires

⁴⁰⁸ Il est également tout à fait possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle Rousseau voudrait « régler ses comptes » avec les institutions politiques genevoises. Cette hypothèse conduirait naturellement Rousseau à exagérer les faits reprochés pour mieux apparaître comme « victime d'une injustice ».

⁴⁰⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, Lettre IX, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Voir supra, chapitre 2.

⁴¹² Ce sera le cas de la reine Victoria (1837-1901).

⁴¹³ Voir Edouard Tillet, *La Constitution anglaise : un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

où les juges genevois ont respectés les formes prescrites pour des affaires moins grave que ce décret de corps⁴¹⁴. Il est donc doublement caricatural et provoquant d'opposer de manière si opposée le roi d'Angleterre et la république de Genève.

Rousseau continue dans l'exagération en affirmant : « *mettons un moment en parallèle les deux partis pour voir lequel est le plus à craindre* » *D'un côté je vois un peuple très peu nombreux paisible et froid composé d'hommes laborieux amateurs du gain, soumis à leur propre intérêt aux lois et à leurs ministres tout occupé de leur négoce ou métier [...]*⁴¹⁵.

De l'autre côté, je vois une petite ville dont les affaires sont peu de choses, un corps de magistrature indépendant et perpétuel, presque oisif par état, faire sa principale occupation d'un intérêt très grand ceux qui commandent »⁴¹⁶.

Ce passage est l'un des pivots de la neuvième lettre car transparaît ici les critiques que fera Beccaria lors la parution de son traité : le juge gouverne selon son bon vouloir. Il est indépendant à vie et cela cause du tort à l'État puisqu'il ne peut plus contrôler les magistrats. Le tort s'amplifie à en croire Rousseau puisque les juges genevois ont perdu leur sens de l'intérêt général et ne regarde que leur intérêts privés capricieux. Il y a bien une analogie entre Beccaria et Rousseau par leurs critiques similaires du juge. Rousseau est en ce sens précurseur du premier et ce ne sera guère un hasard si les allusions au *contrat social* seront nombreuses dans *Des délits et des peines*⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, lettre IV, lettres V, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1764.

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ Voir supra Deuxième Partie, Chapitre 1.

Il semble néanmoins judicieux de distinguer la finalité des deux ouvrages car c'est probablement sur ce point que les deux auteurs diffèrent le plus. Cesare Beccaria écrit *Des délits et des peines* pour ériger en système philosophique, l'amour de la loi et le légicentrisme. Ce faisant, il deviendra l'unificateur des critiques judiciaires. Rousseau à l'inverse, se tient à l'écart de ses contemporains malgré sa collaboration à l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert. De plus, Rousseau ne cherche pas à unifier autour de lui mais il cherche à démontrer que les institutions genevoises ont attenté à sa personne. Il est dans une logique personnelle de défense car il se retrouve dans la position de l'accusé. Les *Lettres écrites de la montagne* sont donc avant tout une plaidoirie pour et par Rousseau. L'ouvrage n'a donc pas la prétention des institutions judiciaires et politiques genevoises différentes.

Jean-Jacques Rousseau, à l'inverse de Montesquieu ou de Voltaire, n'a jamais eu la prétention de se montrer théoricien de la justice. Il ne cherche pas une réforme judiciaire interne comme dit plus haut. Il est devenu tardivement contestataire des thèses et du système de l'Ancien Droit⁴¹⁸.

Il a accordé à la représentation du juge une importance à travers les questions pénales. Il pose, pour ce faire, un postulat issu du contrat social : « Le traité social a pour fin la conservation de ses cocontractants »⁴¹⁹ ; il adopte donc un utilitarisme similaire au

⁴¹⁸ Rousseau ne fut ni noble comme Montesquieu, ni bourgeois comme son rival Voltaire. De plus sa réflexion politique surtout un contrat social et un retour bénéfique à la nature à travers l'exaltation des « indigènes » pour contrer une société corrompue et qui « se noie » dans les arts. Voir Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762. Voir également du même auteur, *Lettre à d'Alembert sur les spectacles*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1758.

⁴¹⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

marquis milanais mais le genevois va plus loin puisqu'il admet les moyens aux fins de l'utilité générale voire « quelques pertes »⁴²⁰.

Autrement dit, Rousseau légitime le droit de punir par la violation du contrat social et l'exigence de la sûreté générale, le délinquant cessant d'être membre de la communauté il est dès lors possible de le porter en justice mais la condamnation étant un acte particulier elle n'appartient pas au Souverain. Elle appartient à la volonté générale car le droit de punir est conféré par le souverain. Il ne saurait se prévaloir à titre personnel de ce droit. Il faut raisonner à l'inverse pour le droit de grâce. Le droit de grâce n'est pas en lui-même conféré au Souverain. En revanche, il peut l'utiliser pleinement afin de permettre au citoyen de réintégrer le pacte social.

Selon Jean Jacques Rousseau, le droit de punir est populaire dans son principe. Pour étayer sa démonstration il personnifie la volonté générale. Par conséquent, la seule personne qui possède ce droit est la volonté générale. La rigueur de la solution se justifie uniquement si l'on considère le recours aux peines les plus graves comme un moyen de suppléer le citoyen, oubliant son engagement initial au sein du pacte social.

De plus, Jean-Jacques Rousseau estime que justice et propriété privée sont indissociables⁴²¹. En effet, le rôle de la justice rousseauiste a aussi pour fonction de réparer le tort que cause la propriété privée à autrui lors du passage de l'état de nature à l'état social⁴²². En d'autres termes, la justice rousseauiste est une justice qui a également une fonction correctrice de l'inégalité entre les hommes⁴²³. Il ne s'agit pas de corriger le

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ Ambririki Hamidani-Attoumani. *Ordre et justice chez Jean-Jacques Rousseau*. Philosophie. Université Charles de Gaulle - Lille III, 2009. Français. <NNT: 2009LIL30065>. <tel-00982990>.

⁴²² Ibid.

⁴²³ Ibidem

coupable comme le prône Beccaria. Il s'agit de corriger les déséquilibres engendrés par le passage à l'état de société⁴²⁴. En ce sens, nous sommes d'accord avec le professeur Nemo, qui présente Rousseau comme précurseur de la gauche antilibérale et démocratique⁴²⁵. Il est antilibéral puisqu'il réfute la pensée libérale qu'incarneront ultérieurement les Constituants. De plus il est démocratique, car son système de pensée politique a pour clé de voûte la démocratie directe⁴²⁶.

En revanche, il semble laconique, voire muet, sur la question de l'arbitraire des peines pénales et des juges de l'Ancien Droit contrairement à Beccaria et à Voltaire.

L'autre originalité rousseauiste est l'anglophobie dans un siècle anglophile. En effet, pour lui, « *l'Angleterre n'est pas un modèle car la démocratie représentative parlementaire prive les anglais de leur liberté naturelle. Ils ont, de plus, l'illusion d'être libre tous les sept ans à l'occasion des élections générales mais ceci est un leurre profond* »⁴²⁷.

Ainsi, la réflexion rousseauiste est davantage une légitimation de la justice populaire et une réflexion sur le droit de punir que sur une réelle figure alternative du juge⁴²⁸. Un plaidoyer en faveur de la justice du peuple. La consécration de la justice populaire puisque la volonté générale ne peut pas se tromper. Il ne partage pas la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Il faut donc envisager la justice rousseauiste comme un tout

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ Voir Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, Quadriges Manuels, 2014.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

⁴²⁸ On pourrait penser que la volonté générale serait la figure alternative mais dans la mesure où Rousseau ne précise pas vraiment la notion de volonté générale nous nous bornerons à la simple hypothèse.

abstrait. La volonté générale est un tout, une masse insécable, et c'est cette dernière qui rend la justice pénale.

Parmi les disciples de Rousseau, on pourra citer Robespierre et Saint Just qui paradoxalement seront ultérieurement les principaux artisans de la Terreur mais aussi dans leurs tribunes, leurs discours à l'Assemblée des personnes transcendées par l'idéal démocratique de Rousseau.

Bien que ses thèses fassent l'éloge et les vertus de la justice républicaine⁴²⁹ et démocratique, Rousseau ne s'est jamais réellement prononcé sur le principe du jury criminel. D'ailleurs ses considérations ne sont pas des critiques de procédures comme purent le faire Voltaire et Beccaria mais plutôt une théorie de la légitimité de punir et du droit de punir au nom de la volonté générale tel qu'exposé dans son ouvrage-fleuve « *Du Contrat Social* » à travers la question de l'association politique⁴³⁰.

⁴²⁹ Jean-Jacques Rousseau, *op.cit.*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

⁴³⁰ Ibid.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

À l'issue de cette première partie nous pouvons tirer un enseignement fondamental : il y a un bouillonnement intellectuel au siècle des lumières afin de repenser intégralement la justice pénale française qui est sclérosé par les textes pénaux d'Ancien Régime. Les premières traces de critiques à l'encontre de la justice criminelle française se trouvent dans les *Mercuriales* de D'Aguesseau, chancelier de France sous la Régence. Il déplore que les jeunes magistrats ne suivent plus du tout l'exemple des aînés et ne s'imprègne pas de la sagesse des romains. Il faut noter toutefois que le chancelier de France se concentre plus sur une nostalgie et idéalisation morale du juge qu'une critique au style voltairien. De plus, D'Aguesseau utilise beaucoup le champ lexical religieux. Il situe davantage en tant que précurseur de la critique des représentations du juge que partie prenante.

Afin de repenser la justice et le juge en profondeur les philosophes usent de différents procédés cela peut être l'utopie, cela peut-être les traités de politiques et de philosophie. En parallèle, l'Encyclopédie de Diderot donne une importante caisse de résonance médiatique aux philosophes qui développent leurs arguments au travers des différents articles du projet de Diderot et d'Alembert.

Les reproches judiciaires sont compréhensibles et portent essentiellement sur un manque d'humanité de la procédure criminelle française. Les intellectuels du XVIII^{ème} siècle espérant une transformation sur le modèle anglais qui leur paraît le plus apte à garantir les droits de l'accusé. Cette idéalisation est en partie faussée car le système de la Common Law obéit à une logique spécifique dont il faut comprendre la logique

juridique et institutionnelle. Or, les philosophes des Lumières n'ont pas compris cette logique juridique ce qui leur fait voir l'Angleterre comme un paradis perdu sur le plan judiciaire. D'un point de vue plus politique, les philosophes français voient dans l'émergence du parlementarisme un excellent outil pour contester la monarchie absolue française. Toutefois, ce parlementarisme reste embryonnaire et Georges III d'Angleterre reste un monarque doté de larges prérogatives et non pas un « roi constitutionnel » au sens contemporain où le souverain possède des prérogatives essentiellement honorifiques⁴³¹. Les philosophes des Lumières ont donc une vision déformée et parcellaire de l'organisation judiciaire et institutionnelle de l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle.

Nous pûmes voir également que les critiques à l'encontre de la justice criminelle française sont justifiées. En effet, l'Ordonnance criminelle n'a pas évolué depuis sa promulgation et sa sévérité textuelle ; Voltaire en tirera profit pour se faire le héraut du peuple opprimé face à l'insensible juge qui ne cherche qu'à envoyer le suspect à la question préparatoire.

Ce tableau, dressé par Voltaire, est toutefois caricatural car nous avons pu constater que les magistrats du siècle des Lumières étaient moins répressifs que leurs aînés. Ainsi le fossé qui se crée entre les réflexions des élites bourgeoises et le juge pénal d'ancien régime ne va cesser de se creuser. Toutefois ces revendications de réformes judiciaires demeurent éparées et sans réelle systématisation. *L'Encyclopédie* a permis de diffuser

⁴³¹ Le Royaume Uni, l'Espagne, le Luxembourg et la Belgique sont typiquement des monarchies constitutionnelles où le souverain a des prérogatives limitées voire exclusivement protocolaires. Pour le Royaume Uni, le passage à une monarchie constitutionnelle protocolaire date de 1901 avec l'avènement du roi Edouard VII d'Angleterre, successeur de la reine Victoria.

plus largement les idées progressistes des philosophes cependant il manqua à ces doléances une incarnation.

Une personne capable de synthétiser l'ensemble des doléances à l'encontre de l'ordonnance criminelle tout en l'érigeant en système juridique et ce de telle sorte que seul des ultras conservateurs pussent s'opposer à cette mise en place d'un nouveau système. Ce rôle capital d'unificateur des critiques sera dévolu à Cesare Beccaria.

DEUXIEME PARTIE :

LA DIFFICILE CONSTRUCTION D'UNE

NOUVELLE FIGURE DU JUGE À L'ÉPREUVE DE

LA RÉVOLUTION

(1766-1791)

INTRODUCTION

Les années 1760 constituent un tournant dans l'histoire des idées politiques européennes. C'est durant cette période que l'agrégation des colères judiciaires va s'unifier autour d'un seul homme : l'italien Cesare Beccaria.

C'est une nouvelle étape supplémentaire qui est franchie, par rapport au temps de Montesquieu. L'indignation est unifiée et coordonnée afin de mieux mettre en évidence les dysfonctionnements judiciaires.

Cette période est donc un moment de contestation. Elle est aussi une période de renouveau et de circulation des idées européennes⁴³². L'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert y a joué un rôle majeur pour véhiculer des idées contestataires⁴³³. Les salons littéraires fleurissent avec des concours primés ayant pour thème la justice criminelle et son adoucissement. Les règnes de Louis XV et Louis XVI sont déterminants dans cette période faste sur le plan des idées politiques. Nicolas Bergasse⁴³⁴, avec son discours sur l'humanité dans l'administration de la justice⁴³⁵, Antoine-Jean Boucher d'Argis⁴³⁶ et ses

⁴³² Voir Isabelle Moreau (sous la direction), *Les Lumières en mouvement : La circulation des idées au 18^{ème} siècle*, Lyon, ENS, 2009.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Nicolas Bergasse est né à Lyon en 1750. Il devient avocat au présidial de Lyon. 1775, il est reçu avocat au Parlement de Paris et rencontre Rousseau, Brissot, Sieyès. Elu député du Tiers-Etat à Lyon, il soutient les monarchiens, partisans d'une monarchie constitutionnelle à l'anglaise. Il prononce un discours phare sur la réorganisation de la Justice le 19 août 1789. Il meurt à 82 ans à Paris en 1832. Voir Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halperin, Jack Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français : XII-XXème siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2015, 2^{ème} édition mise à jour.

⁴³⁵ Nicolas Bergasse, *Discours sur l'humanité dans l'administration de la justice criminelle*, s.n.sl.s.d.

⁴³⁶ André-Jean Boucher d'Argis est le fils d'Antoine-Gaspard Boucher d'Argis né en 1750 à Paris ; il est avocat au Parlement parisien. Proche des Lumières, on lui doit une participation à l'Encyclopédie et un traité de droit criminel en 1781. Opposant à Marat, il est condamné à mort par le tribunal révolutionnaire et exécuté le 23 juillet 1794 à 43 ans. Voir Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halperin, Jack Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français : XIIème-XXème siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2015, 2^{ème} édition mise à jour.

observations des lois criminelles en France⁴³⁷ ; Jean-Paul Marat⁴³⁸ et son plan de législation criminelle⁴³⁹ ; Robespierre et son discours couronné à la société royale des arts de Metz⁴⁴⁰. Les utopistes ne sont pas en reste avec l'abbé Serane Lemer cier de la Rivière, Mercier, Grivel. Tous imaginent un système judiciaire repensé, épuré de tous ses défauts, axé sur la simplicité procédurale et la peine distributive.

Marie-Christine Guiol a bien démontré le passage d'une pénalité rétributive à une pénalité distributive lors de cette période charnière⁴⁴¹. La question pénale est une véritable question politique qui traverse les différents philosophes et acteurs judiciaires avec toujours le même désir : celui d'adoucir les châ timents du condamné et de fustiger la pleine puissance judiciaire.

On le voit donc ce climat prérévolutionnaire en France, il y a déjà cette envie de façonner un autre juge dans les ouvrages théoriques.

La prise de la Bastille intervient le 14 juillet 1789. Elle » est le symbole de la Révolution Française. Cette dernière se chargera du façonnage pratique afin de reconstruire la justice pénale.

Toutefois, ce façonnage sera davantage une expérimentation sur le pouvoir judiciaire afin de garroter le juge. Il est évident que les intellectuels du siècle des Lumières ont

⁴³⁷ André-Jean Boucher D'Argis, *Observations sur les lois criminelles de France*, Bruxelles, Emmanuel Flession, 1781.

⁴³⁸ Jean-Paul Marat est né en 1743 à Neufchâtel. Il devient médecin et physicien entre 1770 et 1789. Toutefois c'est en tant que journaliste sous la révolution qu'il se fit connaître du grand public. Il fait paraître son journal « L'Ami du peuple entre 1789 et 1792. Elu député conventionnel de la Seine n 1792 il siègea un an. Il mourut assassiné par Charlotte Corday en juillet 1793 à Paris. Voir François Furet, Mona Ozouf (sous la direction), *Dictionnaire critique de la Révolution Française, tome II : Les acteurs*, Paris Flammarion, 2017 (4^{ème} édition mise à jour).

⁴³⁹ Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, 1790, Paris, Aubin, Bibliothèque sociale, 1974.

⁴⁴⁰ Maximilien Robespierre, *Discours couronné par la Société royale des arts et des sciences de Metz*, Paris, Merigot, 1785.

⁴⁴¹ Marie-Christine Guiol, *Finalités et modalités de peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des 17^{ème} et 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

joué un rôle puisque les constituants ont été imprégnés surtout de la philosophie rousseauiste et de Montesquieu. Cela se retrouvera dans les débats parlementaires avec des constituants conservateurs d'un côté et des constituants radicaux de l'autre.

La construction de la figure judiciaire se fit de manière brutale et chaotique tel une grossesse difficile. Il faut dire que les constituants choisirent la manière forte pour construire leur juge. Le juge de l'Assemblée constituante est citoyen propriétaire, sans privilège et porte un corset inconfortable sur ses frêles épaules : la loi Bergasse disait dans son discours de l'été 1789 : « *La loi est votre souveraine* »⁴⁴².

La première partie était consacrée à la représentation éparse du juge ce qui nous a conduit à étudier l'anglophilie et au rejet qu'inspire la justice d'ancien régime inhérente au mouvement des Lumières. Nous vîmes également l'intérêt des philosophes en faveur de figures judiciaires alternatives bien que celles-ci fussent assez embryonnaires.

Il nous faut désormais nous interroger sur la construction d'une nouvelle figure du juge à travers le prisme des idées politiques. Cela suppose de creuser les fondements théoriques et politiques. Il est impossible de comprendre la refonte judiciaire des députés constituants sans avoir exploré les fondements politiques et théoriques (Chapitre 1). Nous verrons ensuite qu'un fossé apparaît entre les fondements et les débats parlementaires générant ainsi un essoufflement inévitable du nouveau système judiciaire (Chapitre 2).

⁴⁴² Archives parlementaires (1787-1860), Série I (1787-1799), Tome VIII séance du 17 août 1789, p. 448.

CHAPITRE 1 :

LE LEGICENTRISME DE CESARE BECCARIA

ET SON IMPACT MAJEUR SUR LA FIGURE DU JUGE

Les intellectuels du XVIII^e siècle sont des hommes de lois et des philosophes convaincus des bienfaits de la loi⁴⁴³, et en opposition à l'arbitraire détenu par le juge qui prend désormais une coloration péjorative. Cette passion pour loi se retrouve dans tous les ouvrages d'époques à de rares exceptions. Leur vision de la loi est nécessairement positive puisqu'elle ne peut tendre que vers le bien commun⁴⁴⁴. En cela, les philosophes français se démarquent de leur goût pour l'Angleterre sans que cela leur fasse sentir une quelconque contradiction. Cependant cela suffit-il à expliquer l'engouement que provoquera l'opuscule de l'économiste Beccaria ?

La réponse est affirmative si l'on considère que Beccaria est l'homme que les philosophes du XVIII^e siècle attendaient tel un messie. Cela suppose de considérer qu'il opère une véritable rupture par rapport à ses prédécesseurs dans l'histoire des idées politiques. Beaucoup de philosophes voient en lui le théoricien manquant du légicentrisme. En d'autres termes, Beccaria serait devenu le chaînon manquant de toute une philosophie politique qui place la loi au-dessus de tout et comme seule règle pouvant régir l'univers humain.

⁴⁴³ Voir Marie -Laure Duclos-Grécourt, *L'idée de loi dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers, LGDJ, 2014 ; Marie-Christine Guiol, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des 17^{ème} et 18^{ème} siècles*, Thèse, droit, Nice, 2008.

⁴⁴⁴ Pour des exemples voir Nicolas Bergasse, *Discours sur l'humanité dans l'administration de la justice criminelle*, s.n.s.l.s.d ; Jacques-Pierre Brissot De Warville, *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France sans nuire à la sûreté publique*, Paris, Desauges, 1781.
Jacques-Pierre Brissot De Warville, *Théorie des lois criminelles*, Paris, Desauges, 1781.

La réponse est négative si l'on prend le livre de Beccaria au sens littéral. La réflexion demeure assez générale et ne porte que des grands principes généraux de l'administration de la justice criminelle. Certains diront trop généraux pour être convaincant. Quant aux solutions, elles demeurent vagues. La principale solution pour adoucir les châtiments étant l'esclavage perpétuel. De même, il évoque en solutions alternatives aux châtiments d'époques « des peines promptes et claires ».

Or le succès du livre est réel comme en témoigne le succès de la traduction de l'abbé Morellet en 1766. Cela signifie donc que les deux explications ci-dessus sont insuffisantes pour expliquer « la dynamique Beccaria ».

Cela signifie que Beccaria incarne quelque chose de spécifique dans l'esprit de ses contemporains malgré sa réflexion pénale générale. Il impulse le rejet de l'Ancien Régime et des thèses de l'ancien droit (section 1). Il impulse également une nouvelle figure judiciaire car Beccaria érige en système la critique judiciaire et la loi. Ce n'est qu'en partant de ce nouveau paradigme philosophique que nous pourrions comprendre en quoi Cesare Beccaria opéra un tournant, une coupure dans la représentation judiciaire du XVIII^{ème} siècle (Section 2).

Section 1 – Une réfutation profonde des thèses judiciaires de l’Ancien Droit

Dans les sections précédentes, nous avons pu constater que les représentations de la figure du juge étaient plutôt éparpillées et divergentes ; qu’il n’y avait rien de tel qu’une contre-figure dominante qui aurait été le fruit de la concertation des lettrés et des praticiens. Il ne manque à ce puzzle fragmenté que la pièce maîtresse qui sera le porte-étendard de la méfiance judiciaire. C’est à Cesare Beccaria que revient cet honneur, autant historique qu’idéologique ; philosophe et économiste grâce à ses réflexions et ses écrits, il livre une représentation du juge plus cohérente et plus précise. Il prône un adoucissement des peines et veut le juge « corseté » par la suprématie de la loi pénale. Qui est Cesare Beccaria, au vrai ?

Cesare Beccaria est originellement un économiste milanais que rien ne prédestinait à disserter sur la Justice pénale. Pourtant, en 1764, il publie à Livourne un bref opuscule qui va rencontrer un succès européen : *Des délits et des peines*⁴⁴⁵. Ce bref traité de réforme de la justice criminelle va assurer à Beccaria une notoriété rapide. Il décide dans de collaborer dans une revue pluridisciplinaire avec son ami Pietro Verri⁴⁴⁶. Ce sera sa participation dans le prolongement de son ouvrage. L’idée étant de faire émerger des solutions politiques à la question pénale⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Livourne, 1764.

⁴⁴⁶ Il s’agit de la revue *Il Caffè*, Voir l’Introduction de Philippe Audegean in Philippe Audegean, *Des délits et des peines : nouvelle traduction du traité de Cesare Beccaria*, Paris, ENS éditions, 2013.

⁴⁴⁷ Voir Laurent Verso, *L’influence des lumières françaises sur les juristes et publicistes lombards au XVIIIème siècle(1740-1790)*, Aix-en- Provence, Presses universitaires d’ Aix-Marseille, 2004.

La traduction de son ouvrage par l'abbé Morellet en 1766⁴⁴⁸ va accentuer ce succès car certains intellectuels et futurs députés constituants y trouvent le remède aux maux de la justice française d'ancien régime⁴⁴⁹.

Cependant, l'aventure sera de courte durée et Beccaria préférera retourner à sa passion originelle : l'économie.

Mais ce qui était auparavant un phénomène marginal et sans colonne vertébrale idéologique va se transformer en un mouvement unificateur de la contestation de la figure judiciaire sous l'ancien droit à travers le légicentrisme du marquis milanais.

Il propose également de supprimer le juge en tant que contrepoids au pouvoir royal, contrairement à Montesquieu et à Voltaire, s'opposant ainsi à une éventuelle indépendance statutaire et fonctionnelle des officiers ministériels assurant le service public de la Justice. Et, c'est sûrement, sur ce point, qu'il révolutionne la représentation du juge criminel car désormais les intellectuels des Lumières vont saluer le génie du théoricien pénaliste Beccaria⁴⁵⁰ qui inspirera de multiples réflexions théoriques sur la réforme de la justice criminelle de la part d'autres auteurs de l'époque.

Cette réfutation se traduit par un violent réquisitoire contre l'Ancien Régime afin de prouver l'essoufflement voire l'absurdité des thèses défendues par les juristes de

⁴⁴⁸ Bien que celle-ci soit imparfaite il nous semble important de la mentionner. Sur la traduction erronée de Morellet, voir Philippe Audegean, *Des délits et des peines : nouvelle traduction du traité de Cesare Beccaria*, Paris, ENS éditions, 2013 ; notamment l'Introduction.

⁴⁴⁹ Voir notamment : Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, 1790, Aubin, Paris, Bibliothèque sociale, 1974 ; Maximilien Robespierre, *Discours couronné par la Société royale des arts et des sciences de Metz*, Paris, chez Merigot, 1785 ; Joseph Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle, Œuvres de Servan*, 1767, Paris, Didot, 1822.

⁴⁵⁰ L'abbé Morellet et l'écrivain Voltaire sont les exemples les plus forts et représentatifs de cet engouement pour le marquis milanais. Voir Voltaire, *Commentaire des délits et des peines in Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1992.

l'époque (§1), il reste toutefois la question de la filiation philosophique et politique qui demeure ambiguë. Ainsi, la paternité de Montesquieu sur Beccaria reste discutable, le marquis milanais apparaissant finalement plus proche de Jean-Jacques Rousseau que du baron bordelais (§1).

§1 : Beccaria, symbole de la révolte convergente contre le juge d'Ancien Régime

Beccaria, en tant que pénaliste incarne clairement un souffle nouveau en France (A). Il incarne aussi l'avènement inattendu de la norme en France (B).

A) *Beccaria pénaliste : un souffle nouveau du duché de Milan vers la France*

Dans son traité, *Des délits et des peines*, daté de 1764 et paru à Livourne⁴⁵¹, Cesare Beccaria propose une réflexion sur la justice criminelle afin de la repenser car la justice de l'Ancien Régime est selon lui agonisante, inadaptée. Parmi ses propositions phares, il y a celle de la subordination totale du juge à la loi. Selon cet économiste milanais⁴⁵², il faut que le juge soit sous la dépendance pure et simple de la loi. Il ne faut pas courir le risque de le laisser interpréter la loi. Cela amènerait le juge à prendre des décisions erronées. C'est la naissance du principe de la légalité des peines en matières pénales⁴⁵³.

⁴⁵¹ Nous utiliserons comme édition de référence l'édition suivante: Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, ENS, 2013, traduction Philippe Audegean.

⁴⁵² Au 18^{ème} siècle, l'Italie est composée de multiples Cités-États hétérogènes au rang duquel figure le Duché de Milan où est né Beccaria.

⁴⁵³ Il postule que la société a contracté le pacte social et s'inspire de Rousseau bien qu'il rende hommage à Montesquieu. Voir sur ce point : Philippe Audegean, *Beccaria : savoir écrire, savoir produire, savoir punir*, Paris, Editions Vrin, 2010.

Selon Beccaria « *L'autorité d'interpréter ne peut pas résider auprès des juges criminels* »⁴⁵⁴.

Cette phrase résume à elle seule la méfiance extrême que les Lumières ressentent à l'encontre de la justice pénale de leur temps.

Le succès de l'ouvrage sera tel qu'il marque un tournant dans l'histoire des idées politiques. Il initie, par sa diffusion autant que par son contenu, la convergence entre toutes les représentations du juge pénal, grâce, en particulier, à une approche mathématique, voire arithmétique de la question. Une fois paru, l'ouvrage *Des délits et des peines* va enclencher une « dynamique » en faveur de Beccaria⁴⁵⁵. Surtout Beccaria inverse la logique pénale de l'Ancien droit en passant des peines arbitrées aux peines codifiées⁴⁵⁶.

Mais contrairement à celle de Voltaire, la réflexion de Beccaria est bien construite, solide et elle apporte des solutions pratiques⁴⁵⁷ ou du moins que l'auteur considère comme telles. Ainsi, Beccaria prône un adoucissement des peines et la suppression définitive des supplices car « *le but des peines n'est pas de tourmenter ni d'affliger un être sensible* »⁴⁵⁸. Il propose, pour remédier aux maux de la justice, de faire prévaloir « *l'intérêt commun* » car « *Il doit y avoir une proportion entre les délits et les peines* »⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, §IV, p. 153.

⁴⁵⁵ Voir sur ce point Cesare Beccaria, *op.cit.*, Introduction par Philippe Audegean pp. 73 et suivantes.

⁴⁵⁶ Voir Laurent Drugeon, « Des peines arbitrées aux peines codifiées », *Hypothèses*, 2002, Publication de la Sorbonne, Paris, 2003.

⁴⁵⁷ Voltaire se limite à une posture de tribun du peuple, Beccaria se tourne vers une posture davantage tournée en direction de la réflexion intellectuelle. Voir Première Partie, Chapitre second, section 2.

⁴⁵⁸ Cesare Beccaria, *Des Délits et des peines*, §XII, p. 179.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

§VI, p. 159.

Cette philosophie pénale se confond avec sa philosophie politique : la société est un tout à l'équilibre fragile ; par conséquent, le droit de punir est un moyen de réguler les rapports sociaux. Il a une approche utilitariste puisque la peine doit être également utile à la société et à l'accusé⁴⁶⁰.

Cette subordination du juge à la loi signe une méfiance absolue contre l'arbitraire du juge et sa faculté à pouvoir arbitrer la peine pénale. Le cinquième chapitre est une clef de voûte de l'ouvrage puisque l'économiste milanais y estime que « *Si l'interprétation des lois est un mal, il est évident que leur obscurité qui entraîne nécessairement l'interprétation en est un autre* »⁴⁶¹.

B) Cesare Beccaria ou l'avènement normatif français

Ainsi Cesare Beccaria propose un système pénal basé sur la fixité et la légalité des peines pénales. Il propose également une suprématie juridique de la loi. Cela se traduirait par une proportionnalité entre l'infraction commise et la sanction à prononcer. Ces thèses novatrices pour l'époque furent largement diffusées et commentées en Europe Occidentale⁴⁶². En effet, le principe de la légalité des peines théorisé par Cesare Beccaria est un nouveau réquisitoire contre l'ancien droit pénal.

De ce point de vue, Beccaria marque également l'avènement normatif⁴⁶³ de la société française ou plutôt il marque la consécration du droit écrit sur le droit coutumier qui

⁴⁶⁰ Voir Raymond Abbruggiati, *Cesare Beccaria et la France des Lumières*, Thèse, Droit, Dijon, 1991 ; voir également Philippe Audegean, *La philosophie de Cesare Beccaria : savoir punir savoir écrire, savoir produire*, Vrin, 2010.

⁴⁶¹ Cesare Beccaria, *op.cit.*, §V, p. 157.

⁴⁶² Pour un point de vue pro Beccaria on pourra se référer au *Commentaire des délits et des peines* de Voltaire ; dans le sens contraire on pourra se reporter à Muyart de Vouglans, *Contre-Traité des délits et des peines*.

⁴⁶³ Ugo Bellagamba, *Le moment normatif en France : aspects idéologiques, institutionnel et judiciaires*, HDR, Nice, 2014.

régissait les rapports entre habitants dans la France d'Ancien régime. Toutefois, ce chantier de déification de la loi est en partie lié à la volonté des souverains de codifier les dispositions juridiques, volonté à laquelle Louis XIV tenait particulièrement pour réaffirmer son statut de « *Roi fontaine de justice* »⁴⁶⁴.

Mais cet « avènement normatif » qu'incarne Cesare Beccaria subit l'influence antiquisante de son temps. C'est pourquoi il pose en sages législateurs, les Romains. Il rappelle surtout les précédents de fixité des peines décidé dans le Code de Dracon. La République spartiate de Lycurgue et la Rome de Cicéron restent toutefois les modèles les plus prisés des philosophes du XVIII^{ème} siècle⁴⁶⁵.

Nous venons d'étudier en quoi le marquis milanais était le symbole de la révolte judiciaire caractéristique de son temps et surtout en quoi il a permis une unification du mouvement des Lumières.

Désormais la question de sa paternité avec le juriste bordelais se doit d'être examinée car elle demeure plus complexe qu'il n'y paraît.

§2 : Montesquieu et Beccaria : une paternité discutable

Cette paternité entre les deux intellectuels est discutable. Elle est discutable car Montesquieu est certes omniprésent dans l'opuscule de Beccaria (A). Toutefois une démarche de comparaison s'impose pour distinguer ce qui sépare les deux auteurs (B).

A) *Montesquieu dans le traité de Beccaria : un nouveau John Locke ?*

⁴⁶⁴ Voir Arlette Lebigre, *la vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

⁴⁶⁵ Voir Jacques Bouineau, *Réminiscences de l'Antiquité sous la Révolution*, Thèse, Droit, Paris, 1984.

Peut-on, pour autant, faire un rapprochement avec les thèses de Montesquieu et sa fameuse citation « *Le juge n'est que la bouche de la loi* »⁴⁶⁶ ? A-t' il tant influencé que cela l'auteur du *Traité des délits et des peines* ? Ou bien s'agit-il d'un artifice philosophique afin que Beccaria ne montre pas son influence rousseauiste ? Plus précisément pourquoi Cesare Beccaria se réclame de manière aussi explicite à lui ?

Cette question mérite d'être posée car Beccaria se réfère à Montesquieu puisqu'il estime que « *Toute peine qui ne dérive pas de l'absolue nécessité est tyrannique dit le grand Montesquieu* »⁴⁶⁷. Mais, à la lecture, il est beaucoup plus proche de Rousseau comme en témoigne, notamment, l'ouverture de son opuscule :

« *Les lois sont les conditions auxquelles des hommes indépendants et isolés s'unirent en société* »⁴⁶⁸.

Il nous semble que son admiration envers *L'esprit des lois* est davantage le fruit d'une interprétation maladroite. Une réelle adhésion aux thèses parlementaires de Montesquieu par Beccaria nous semble hasardeuse. En effet, ce dernier semble davantage prendre les théories contenues dans l'*Esprit des Lois* comme un système garantissant la liberté civile des citoyens.

B) Démarche comparative entre les deux théoriciens

Il nous semble que cette démarche comparative est utile, voire fructueuse. Elle met en évidence les divergences de point de vue entre chacun des auteurs. La différence de

⁴⁶⁶ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (Baron de), *De l'esprit des Lois*, Londres, Nourse, 1772.

⁴⁶⁷ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, §II, p. 147.

⁴⁶⁸ Ibid§I, p. 147.

référentiel en matière de figure judiciaire⁴⁶⁹ : Montesquieu est un magistrat issu de la noblesse d'épée, au parlement de Bordeaux ; il se montre nostalgique de l'époque féodale où le juge jouait un rôle de contrepoids au pouvoir royal avec une haute érudition gréco-latine⁴⁷⁰. Tandis que Beccaria souhaite abolir les thèses de l'Ancien Droit et soumettre le juge à la loi coûte que coûte. Le juge ne doit pas être un contrepoids politique et juridique, il doit être sous la tutelle absolue de l'État. De plus, il fait des réflexions en matière pénale, en procédure et droit criminel, que Montesquieu n'aborde pas du tout. Par exemple, Cesare Beccaria réfute le secret de la procédure inquisitoire et la question préparatoire, éléments sur lequel l'*Esprit des lois* semble laconique voire silencieux. L'ouvrage se contentant d'une approche rigoureuse et purement comparatiste.

Montesquieu semble vouloir restaurer la pairie afin de ressusciter une antique et fantasmée justice seigneuriale. Il veut subtilement s'opposer à la théorie selon laquelle « *Le Roi est fontaine de justice* »⁴⁷¹. Son objectif est de faire renaître le poids important de la noblesse française à l'époque féodale.

Beccaria ne semble pas faire l'éloge du jury criminel pour mieux se concentrer sur son fer de lance. Il s'agit de la fixité des peines, l'adoucissement des châtiments et l'abolition de la torture judiciaire⁴⁷². L'abolition de la torture concerne la question

⁴⁶⁹ Jean Graven, « Montesquieu et le droit pénal », in Boris Mirkhine-Guetzevitch, Henri Puget (sous la direction), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 209-254 ; Voir également Michel Porret, « Les peines doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence », Muyart de Vouglans versus Montesquieu », *Revue Montesquieu*, Société Montesquieu, Clermont-Ferrand, 1997, pp. 65-95.

⁴⁷⁰ Les nombreuses références à l'Antiquité gréco-romaine, notamment à la République Romaine, démontrent l'étendue de la culture littéraire classique de Montesquieu. Il sera également toujours possible d'y voir un artifice littéraire pour une critique politique souterraine de la monarchie de Louis XIV et Louis XV.

⁴⁷¹ Sur le Roi justicier voir Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l'ancien régime*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

⁴⁷² Annabelle Bestion, « La torture et le législateur en Europe », in Bernard Durand (sous la direction), *La torture judiciaire*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002, pp. 847-882.

préparatoire et question préalable. Il ne semble pas tourné vers la critique politique d'un polémiste. Beccaria entretient donc le doute sur le bien-fondé du juge professionnel. En effet, le juge-citoyen de Rousseau semble avoir les faveurs de l'économiste milanais car pour lui le raisonnement mathématique et logique s'applique aux sciences humaines et sociales.

Il est en quelque sorte le fondateur de la pénologie moderne⁴⁷³ en prenant en compte la situation de l'accusé et sa théorie de la proportionnalité des peines.

Section 2 : Une figure nouvelle du juge criminel

Grâce aux ouvrages du professeur Porret⁴⁷⁴ et du professeur Audegean⁴⁷⁵, il est désormais possible d'avoir une vision critique de la pensée politique de Beccaria. Nous pouvons aussi connaître et mesurer son succès en Europe occidentale. Cette notoriété soudaine est survenue grâce à son opuscule « *Des délits et des peines* ». Cependant, ces travaux n'abordent pas la question de la représentation judiciaire. Ce dernier point demeure important, selon nous, car Beccaria transforme la perception judiciaire à l'encontre du juge de l'ancien droit afin d'ériger un nouveau système bien qu'il ne fût nullement juriste.

⁴⁷³ Sur ce point voir Michel Porret, « *Beccaria et sa modernité* » in Michel Porret (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997, pp. 11-26 ; également Laurent Reverso, « La doctrine de la prévention chez Beccaria », *Les éclaircisseurs du Pénal*, Institut Rhônalpin de sciences criminelles, n°3.

⁴⁷⁴ Voir Michel Porret, *opus cité*.

⁴⁷⁵ Voir Philippe Audegean, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, éditions Vrin, 2010.

La représentation judiciaire est critiquée et s'en trouve bouleversée en raison d'une libération de la parole et de la multiplication des critiques judiciaires. C'est pourquoi, il va bénéficier d'une aura en tant que meneur du changement de la représentation judiciaire. C'est l'ensemble du système juridique français qui s'en trouve contesté avec, à la base, le ressentiment envers la figure du juge.

La précédente section nous a permis de comprendre en quoi il était novateur sur le droit pénal général. Cela a mis aussi en évidence l'opposition du juriste conservateur Muyart de Vouglans. En somme, nous avons compris que Beccaria était le précurseur de la pénologie moderne par son approche totalement nouvelle. Néanmoins, nous n'avons pas eu le temps de nous interroger sur la nouvelle figure du juge véhiculée par Beccaria. En quoi cette nouvelle figure judiciaire va-t-elle susciter l'adhésion des intellectuels de l'époque ? Cette nouvelle figure judiciaire obéit à des principes rigides mais novateurs (§1), qui seront également ses propres limites (§2).

§1 : Une figure du juge novatrice mais rigide

Cette figure du juge est sans nul doute une rénovation totale (A). Toutefois le système pénal proposé par Cesare Beccaria est utopique (B).

A) La rénovation totale de la figure judiciaire par Cesare Beccaria

En quoi cette représentation du juge est-elle novatrice, tout d'abord ? Le caractère alternatif de cette figure du juge criminel provient de ce légicentrisme et de la suppression de l'arbitraire du juge, et accessoirement de la procédure criminelle

inquisitoire. Cette figure du juge soumis au « temple sacré de la loi pénale »⁴⁷⁶ est inédite car malgré les ordonnances, la législation royale française ne légiféra pas sur le droit pénal de fond estimant que le droit pénal coutumier faisait office de législation pénale. Quant à la forme, la procédure, s'il y a bien eu réforme de la procédure pénale en 1670 avec l'Ordonnance éponyme, nul ne songe à la remettre en question cent ans plus tard. Surtout, Cesare Beccaria sort de la logique expiatoire⁴⁷⁷, en matière de peine capitale, car sous l'Ancien Régime la condamnation à la peine capitale avait également une connotation religieuse puisque le condamné devait expier ses fautes selon les règles du droit canonique en vigueur⁴⁷⁸.

Ce qu'il rejette, c'est l'opacité technique du droit : selon lui, un droit pénal simple est amplement suffisant car une trop grande technicité rime avec obscurité à la lecture du traité *Des délits et des peines*. Il inspirera, par conséquent, certains utopistes qui mettront en avant une loi pénale accessible au simple citoyen et qui puisse être pratiquement apprise par cœur, comme chez Louis-Sébastien Mercier, par exemple⁴⁷⁹.

B) Un système pénal d'utopie ou le Beccaria utopiste

Les thèses de Beccaria sont également proches de certaines utopies du XVIII^{ème} siècle puisqu'il propose une loi pénale claire et accessible aux citoyens, le juge criminel n'étant qu'un simple exécutant de cette loi, celui-ci n'ayant qu'un rôle relativement

⁴⁷⁶ L'expression est de l'auteur.

⁴⁷⁷ Voir sur ce point, la thèse de Marie-Christine Guiol, *Finalité et modalités de la peine dans la doctrine pénale et politique du 17^{ème} et 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

⁴⁷⁸ Ibid. Voir aussi Marie-Yvonne Crepin, « Le chant du cygne du condamné : Les testaments de mort en Bretagne au 18^{ème} siècle », *RHD*, Paris, 1992, pp. 491-509.

-André LAINGUI, « P.F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1995, pp. 169-181.

⁴⁷⁹ À Louis-Sébastien Mercier, *L'an 2240, rêve s'il en fût jamais*, Londres, 1771 ; voir aussi Philippe Serane, *L'heureux naufrage*, Rouen, 1789.

restreint⁴⁸⁰. En effet, beaucoup d'écrivains utopistes du siècle des Lumières écrivent des propos similaires dans leur ouvrage, l'idée étant de construire un lieu perdu, inexistant du point de vue géographique, pour mieux critiquer la société contemporaine⁴⁸¹. Mieux, selon Jérôme Ferrand, l'œuvre de Beccaria marquerait un tournant : *Des délits et des peines* « redistribue pour partie le jeu discursif, les utopies postérieures ne pouvant occulter la dynamique argumentaire déployée par le Marquis milanais »⁴⁸².

Beccaria choisit son système basé sur la fixité des peines, l'adoucissement des châtiments et la suprématie de la loi. Cette nouvelle théorie sonne le glas du système de l'Ancien Régime. Il fut un terreau fertile d'inspiration pour les bouleversements et codifications lors de la Révolution de 1789. Beccaria n'est pas seulement le théoricien de la fixité des peines, il est le précurseur du droit pénal moderne. La clef de sa pensée se situerait probablement ici : moderniser le juge criminel. Pour atteindre cet objectif, il propose une réflexion sur la pénologie et le droit pénal dans son ensemble.

§2 : Les limites inhérentes au système de Beccaria

D'une part le système pénal proposé est trop strict (A). D'autre part, il ne prend pas en compte la question intentionnelle (B).

A) Un système pénal trop strict

⁴⁸⁰ Sur la question de l'utopie et du juge : Yan-Erick Fajon. « Les représentations du juge dans les utopies du XVIIIème siècle ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice, [hal-02011323](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02011323).

⁴⁸¹ Yan-Erick Fajon. « Les représentations du juge dans les utopies du XVIIIème siècle ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice, France [hal-02011323](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02011323).

⁴⁸² Jérôme Ferrand. « Les frontières de l'imaginaire... Le topos de la peine dans la littérature utopique de l'aube des Lumières à la Révolution ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Dec 2017, Nice, France. [hal-02077910](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02077910)

Le juge criminel proposé par Beccaria tend à convaincre ses contemporains. Il est placé sous tutelle étatique. Il suit de manière stricte, linéaire, les articles du Code Pénal qui encadrent son pouvoir d'arbitrer en tant que juge criminel. Ce système peut sembler idyllique, voire utopique. Il part néanmoins du postulat que la loi pénale est accessible à tous, ce qui est un objectif réalisable au siècle de Beccaria. Les raisons sont multiples : le XVIII^{ème} siècle voit reculer l'analphabétisme⁴⁸³ par la montée en puissance de la bourgeoisie, les techniques de diffusion s'améliorent, la censure peut être contournée en publiant à l'étranger⁴⁸⁴... L'auteur prévoit tous les cas de figures possibles et, en cela, il se distingue clairement des idéalistes ou des amoureux de la loi béats⁴⁸⁵. Serait-il, dès lors, réaliste ? Sans doute, moins qu'il n'y paraît. La pensée de Beccaria soulève en effet une question sous-jacente : Comment la loi pénale peut absolument tout prévoir et rester accessible à l'ensemble des citoyens ?

Ceci est une vaste question théorique qui n'a pas été suivie d'effets pratiques. La trop grande diversité des infractions ne le permet pas. Chaque cas pénal est différent ce que révèle la problématique des circonstances atténuantes. Beccaria s'y oppose fermement en invoquant le principe d'égalité devant la loi pénale. Il poursuit le même argumentaire que sur l'arbitraire du juge criminel de l'Ancien Régime. L'atténuation de la peine revient, selon lui, à redonner l'arbitraire au juge. Au fond, le système de Beccaria se révèle être d'une grande rigidité intellectuelle. Il ne s'applique pas à lui-même les reproches qu'il fait aux mécanismes existants. Et c'est, paradoxalement là où se situe la

⁴⁸³ Voir René Rémond, *Histoire de notre temps : tome premier : l'Ancien Régime et la Révolution (1750-1815)*, Paris, Points, 2007.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Tel que Rousseau ou l'abbé Morelly.

limite de Beccaria, derrière un texte qui se veut progressiste, il y a une philosophie pénale profondément répressive⁴⁸⁶.

B) La question de l'intention : grande absente de la philosophie de Beccaria

La limite du système de Beccaria est de ne surtout pas prendre en compte l'intention ou élément moral de l'infraction « *Les précédentes réflexions me donnent le droit d'affirmer que la seule et véritable mesure du délit est le dommage fait à la Nation : certains firent donc une erreur en croyant que la véritable mesure était l'intention* »⁴⁸⁷. Cela conduit en réalité à une répression plus forte puisqu'elle place sur un pied d'égalité le criminel aguerri et le primo délinquant ce qui nous semble un non-sens.

En effet, le raisonnement de Beccaria prouve sa modernité⁴⁸⁸ mais également ses limites. Il ne fait qu'appliquer les sciences mathématiques aux enjeux juridiques et politiques. Son syllogisme exposé au chapitre quatre en est la preuve indéniable : « *Pour chaque délit le juge doit faire un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure est l'action conforme ou non à la loi, la conséquence est la liberté ou la peine* »⁴⁸⁹.

Au fond, un paradoxe se tient au centre de sa pensée pénale : Beccaria se veut le promoteur de châtement adoucis avec le principe de promptitude des peines.

Or, si la peine pénale est prompte, stricte et unique le risque de forte répression augmente puisque chaque citoyen devient acteur et spectateur du nouveau système

⁴⁸⁶ Philippe Audegean, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010.

⁴⁸⁷ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, §VII, p. 165.

⁴⁸⁸ Sur ce point on consultera Michel Porret, « Beccaria et sa modernité » in Michel Porret (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997, pp. 11-26.

⁴⁸⁹ Cesare Beccaria, *op.cit.* . §IV, p. 153.

pénal. En d'autres termes, si la promptitude des peines peut alléger le fardeau du condamné, la fixité de la peine lui est paradoxalement fatale. Cela peut et va générer des dérives. La première République et la Terreur en sont des exemples marquants et effrayants. Ce sont des contre-exemples.

En somme, les principes du traité *Des délits et des peines* sont novateurs et connaissent un succès indéniable. Néanmoins, les limites du nouveau système pénal proposé apparaissent vite. C'est pourquoi, il sera détesté par la suite notamment lors du premier Empire⁴⁹⁰. Beccaria et la plupart de ses contemporains qui seront accusés ultérieurement des troubles politiques que la France connut entre 1791 et 1799. Ainsi Voltaire et Rousseau firent l'objet d'un bannissement au même titre que Beccaria⁴⁹¹. Le premier fut honni à partir de la Restauration en raison de son hostilité à la religion ; le second sera considéré comme responsable de la Terreur en raison de l'admiration que Robespierre lui vouait⁴⁹².

Le seul qui semble réellement échapper à ce désir de tourner la page révolutionnaire semble être Montesquieu puisqu'il semble peu cité par la littérature juridique du premier XIX^{ème} siècle. Cependant, il nous semble trop hâtif de conclure que le Premier Empire et la Restauration aient voulu garder une trace de Montesquieu. Cette absence de critique envers lui peut aussi signifier le désir de l'oublier mais de façon plus calme⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Sur ce point voir Jérôme Ferrand, « Les postérités beccariennes dans la littérature du premier 19^{ème} siècle », Institut Rhônalpin de sciences criminelles, octobre 2016.

⁴⁹¹ Ibid.

⁴⁹² Ibidem.

⁴⁹³ Peut-être que le libéralisme de la restauration et de la monarchie de juillet a conduit à une « clémence » envers le baron bordelais. En effet, la restauration concilie Révolution et monarchie, Montesquieu étant noble de naissance, Louis XVIII, puis ses successeurs, auront probablement fait preuve de clémence sans pour autant se renier sur le plan politique. Toutefois, le mystère « Montesquieu » à cette époque reste entier.

Néanmoins, ces rejets posthumes ont une signification forte : le désir de stabilité politique et de tourner enfin la page révolutionnaire : en somme le désir d'un « *juste milieu* »⁴⁹⁴. Malgré ces bannissements posthumes, la dynamique Beccaria fut indéniable et sut unifier les critiques contre le juge d'Ancien Régime.

Section 3 : Des représentations divergentes pour un objectif convergent

Trois figures alternatives et un seul objectif : « effacer » le juge criminel de l'Ancien Régime pour des raisons convergentes ou divergentes. Mettre en exergue la faiblesse de la justice pour mieux critiquer la fonction régaliennne et la théorie selon laquelle « Le Roi est fontaine de justice ». Cette conception est héritée d'une période dans laquelle la monarchie luttait contre les justices seigneuriales. Cette lutte par la voie de l'appel comme par celle de la prévention n'a plus de raison d'être au XVIIIème siècle. La monarchie française, à défaut d'être absolue au sens le plus idéologique du terme, n'en est pas moins adossée à une structure administrative centralisée. Cette même structure administrative centralisée ne cesse de se renforcer. Qui plus est, les parlementaires ont affirmé leurs prétentions, et appuyés par les grèves d'avocats, n'ont eu de cesse de montrer à la monarchie que le véritable enjeu, dans l'administration de la justice royale, tient avant tout à la place accordée aux cours souveraines, et notamment aux arrêts de règlement. Là encore, les nouvelles figures de la magistrature, réunies à celles de la défense, qui se structure dans le dernier siècle de l'Ancien Régime⁴⁹⁵, rapprochées par

⁴⁹⁴ Éric Gasparini « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête d'un juste milieu sous la Révolution », AHRF, La Révolution et le droit n°328, 2002 ; Robert Allen, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire (1792-1811)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005.

⁴⁹⁵ Sur ce point, consulter Hervé Leuwers, *L'invention du barreau français, 1660-1830*, Paris, éditions de l'École des Hautes études en sciences sociales, 2006.

une communauté d'intérêt professionnel, se sont positionnées contre les dérives absolutistes du pouvoir, au premier rang desquelles, l'existence rémanente d'une justice personnelle du roi. Le chêne de Saint-Louis était acceptable. Les lettres de cachet des derniers Bourbons ne le sont plus. Ces nouvelles représentations, nourries de l'idéal des Lumières font concurrence aux anciens lieux communs. C'est précisément parce que ces lieux communs s'effritent que la justice criminelle de l'époque connaît une remise en question majeure par l'élite intellectuelle française. Le juge criminel du XVIIIème siècle fait office de repoussoir. Les philosophes des Lumières choisirent donc d'imaginer une figure judiciaire plus proche de leurs aspirations humanistes.

Au regard de ce qu'il vient d'être démontré précédemment, nous pouvons résumer les figures alternatives du juge autour de trois axes qui forme le tronc commun à ces nouvelles figures judiciaires. En premier lieu, il s'agit de la critique du juge (§1), en deuxième lieu, de remettre en cause la fonction régaliennne (§2), en dernier lieu, l'engouement des intellectuels de l'époque pour ces figures judiciaires novatrices (§3).

§1 : La critique du juge de l'ancien droit : un leitmotiv des Lumières

La cible des Lumières est assurément le juge de l'Ancien Régime. L'objectif, à travers ces critiques, est de « sabrer » le juge criminel car il est un épouvantail au XVIIIème siècle. La procédure criminelle n'a pas évolué depuis l'Ordonnance de 1670. C'est la raison principale de son usure au XVIIIème siècle. Montesquieu souhaite le retour d'une justice nobiliaire et féodale en réaction à la « domestication »⁴⁹⁶ de la noblesse d'Ancien Régime ; Voltaire se pose en écrivain alertant sur les plus horribles

⁴⁹⁶ L'expression est de l'auteur.

affaires pour pilonner les tribunaux criminels. Cependant Voltaire le fait selon un parti pris qui nous semble critiquable. Beccaria innove en fondant le courant utilitariste qui prône un légicentrisme strict afin d'enfermer le juge dans « la cage de la loi »⁴⁹⁷, théorie qui sera reprise par les révolutionnaires constituants. Toutefois ce légicentrisme ne signifie pas une adhésion totale de Beccaria aux idées démocratiques. Beccaria en tant que fonctionnaire autrichien dévoué ne pouvait pas se reconnaître dans l'idéal démocratique prôné par Rousseau.

Ces philosophes ont également en commun, mais à des degrés divers, l'anglophilie ambiante de leur temps qui les amène à se passionner pour le système anglais.

Cependant, si le juge criminel est autant décrié, c'est aussi et surtout parce que la justice de l'époque vit une grave crise existentielle. Les magistrats frondent contre la royauté en invoquant les théories parlementaires pour tuer toute tentative de réforme judiciaire⁴⁹⁸. Ainsi, l'image corporatiste liée aux frondes judiciaires a tué le juge de l'ancien droit faisant éclore de nouvelles figures judiciaires alternatives.

Toutefois, la justice n'est pas la seule cible des philosophes des Lumières. Elle est aussi et surtout un moyen d'atteindre la fonction régaliennne et, avec elle, l'absolutisme.

⁴⁹⁷ L'expression est de l'auteur.

⁴⁹⁸ Sur les théories parlementaires voir Marie-Laure Duclos-Grecourt, *L'idée de loi dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers, LGDJ, 2014.

§2 : La critique sous-jacente de la fonction régaliennne

Sous l’Ancien Régime, la fonction judiciaire se confond avec la fonction royale : « *Le Roi est fontaine de justice* »⁴⁹⁹. Par conséquent, lorsque les philosophes des Lumières critiquent la justice pénale, ils critiquent également la monarchie absolue de leur temps.

En effet, nulle fonction n’est plus régaliennne que la Justice, donc façonner la justice et la figure judiciaire est représentatif du type de régime politique envisagé. Si Montesquieu reprend une figure féodale de la justice, c’est bien pour marquer sa nostalgie de la monarchie d’antan, Beccaria, en consacrant la loi sur le juge privilégie un système politique de type démocratique⁵⁰⁰.

Si Voltaire fait l’éloge du système anglais, ce n’est que pour mieux critiquer les institutions monarchiques françaises. Voltaire parlera même de sa préférence pour le régime du « *despote éclairé* », régime qui semble être un mélange de monarchie constitutionnelle anglaise et de théorie politique platoniciennne⁵⁰¹.

Enfin, ces nouvelles figures judiciaires ont en commun d’avoir rencontré un vif succès en leur temps.

⁴⁹⁹ Voir Arlette Lebigre, *La vie judiciaire sous l’Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

⁵⁰⁰ Cela semble être davantage le fruit de ses influences rousseauistes qu’une affirmation péremptoire. Voir supra, section 1.

⁵⁰¹ Sur l’influence anglaise : Edouard Tillet, *la constitution anglaise : un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix- en Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2001 ; sur l’influence antique : Jacques Bouineau, *Réminiscence de l’Antiquité sous la Révolution*, Thèse, Droit, Paris, 1984.

§3 : Les figures judiciaires alternatives : un succès d'époque.

Montesquieu, Voltaire et Beccaria sont des succès littéraires et philosophiques (A).
En parallèle l'Europe se réforme (B).

A) Les succès de Montesquieu, Voltaire et Beccaria

Bien que touchant des points différents de la procédure pénale, ces trois figures du juge criminel ont rencontré, à leurs époques, toutes proportions gardées, un succès car elles furent vues comme des théories profondément réformatrices s'inscrivant dans le courant des Lumières qui est également un centre de réflexion et de circulation des idées au niveau européen.

En effet, le baron de la Brède rencontre un certain succès avec de l'esprit des lois. Cet ouvrage forgera, à tort, la réputation démocrate et littéraire de Montesquieu.

Voltaire fut reconnu comme un grand nom de la littérature à la suite de son intervention dans l'affaire Calas bien que sa carrière littéraire eût commencé bien antérieurement. Il fut même inhumé au Panthéon sous la Révolution, les députés constituants voyant en lui une figure de précurseur de la Révolution.

Ainsi, les idées circulent bien au XVIII^{ème} siècle malgré la censure royale. De plus cet engouement démontre clairement une volonté de changement dans la France pré-révolutionnaire. Les élites françaises aspirant à une république fédérale selon le modèle américain ou bien une monarchie constitutionnelle sur le modèle anglais.

B) *Des rois réformateurs en Europe et un immobilisme français*

Le succès de ces figures alternatives ne s'explique pas uniquement par la substance progressiste du mouvement des Lumières. Cette soif de changement a également des causes géographiques. En adoptant un point de vue comparatiste il est possible de noter que la plupart des nations européennes entament des réformes sur la base des théories politiques de leur temps. En Prusse, le roi Frédéric II incarne le roi-philosophe cher à Voltaire. S'il ne promulgue pas de Code pénal prussien, le roi de Prusse réorganise l'administration. Il met également en place un système fiscal plus équitable en privilégiant les impôts indirects. Il faut se souvenir que la Prusse sort de la guerre de sept ans. Elle s'agrandit devient certes une puissance mais tout aussi exsangue que la France. De plus, il modernise sur le plan politique le royaume prussien. Il faudra néanmoins attendre son successeur Frédéric-Guillaume II pour voir le premier Code pénal prussien en 1794. On retrouve ce même élan réformateur dans l'Espagne de Charles III qui libéralise la politique intérieure, l'économie et lance de grands travaux afin de moderniser le royaume espagnol. Sur le plan juridique, Charles III d'Espagne abolit la torture et limite la peine de mort à des cas très précis. Le rôle de l'Inquisition est réduit. Enfin, il choisit de se comporter comme un « despote légal » en raison de l'influence du mouvement physiocratique. En Russie, Catherine II lance de grands chantiers juridiques et politiques pour faire entrer son royaume dans le siècle des Lumières. Toutefois l'impératrice russe ne réussira pas son vaste programme réformateur. L'hostilité nobiliaire en est la principale cause. Son souhait d'assouplir le servage ne verra jamais le jour de son vivant. Il faudra attendre l'empereur Alexandre III pour retrouver un vaste programme réformateur pour la Russie. L'Autriche de Léopold II et de Joseph II est également

significative de l'influence des Lumières puisque les deux empereurs modernisent la politique du royaume autrichien faisant de Vienne une des villes où la vie intellectuelle est la plus prolifique.

Quant à l'Angleterre, elle se prépare à entrer dans la première révolution industrielle et libéralise son économie. Du point de vue institutionnel, le parlementarisme émerge faisant de l'Angleterre une monarchie « tempérée ». Cependant, comme dit plus haut, Georges III d'Angleterre reste un roi puissant. Il est donc encore prématuré d'employer l'expression « monarchie constitutionnelle anglaise ».

Cet élan réformateur se retrouve également en Italie avec le duc de Milan, Léopold, qui fait adopter un nouveau code pénal qui adoucit les peines pénales et les châtiments corporels dans le duché milanais. Face à cet élan réformateur européen, il est important de noter l'exception française.

En effet, face à ces initiatives réformatrices, la France de Louis XVI reste immobile et bloquée par un appareil administratif et judiciaire trop complexe. Il y a, certes, la réforme du chancelier Lamoignon mais celle-ci arrive beaucoup trop tard. En 1788, la royauté française est tout simplement crépusculaire⁵⁰². Deux édits abolissent également la torture, le premier en 1780, le second en 1788, mais ces réformes judiciaires sont beaucoup trop timorées en comparaison de nos voisins européens. En ce sens la France se rapproche de la Russie de Catherine II. Il y'a des tentatives de réformes. Cependant toutes échouent en raison de l'hostilité croissante de la Noblesse

⁵⁰² Nous nous situons en tant qu'historien contemporain ce qui nous fait dire « une royauté crépusculaire » . Toutefois au moment où le chancelier Lamoignon présente sa réforme nul ne s'imagine la bourrasque révolutionnaire qui soufflera à l'été 1789.

Enfin Beccaria connut un succès immédiat au niveau européen puisque son opuscule est rapidement traduit. En France le succès fut immédiat malgré la traduction critiquable de l'abbé Morellet datant de 1766⁵⁰³.

Sur le papier les trois figures peuvent séduire : la première par sa séparation avec les autres pouvoirs, la seconde avec le contrepois citoyen que peut constituer l'opinion, la dernière par sa réfutation de l'arbitraire du juge criminel qui était une caractéristique de la justice sous l'Ancien Droit. Quel que soit la figure judiciaire retenue, il est certain que nul ne pouvait prédire le caractère radical de la nouvelle justice pénale révolutionnaire.

⁵⁰³ Sur ce point voir l'introduction et l'appareil critique de P. Audegean in Cesaria BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, ENS, 2013.

CHAPITRE 2 :

LE JUGE IDÉAL DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE

(1789 – 1791)

1789 « *L'année sans pareil* » selon Louis-Sébastien Mercier⁵⁰⁴. Une année où la royauté est bousculée dans ses fondements. Louis XVI convoque les États généraux afin de trouver une issue à la crise économique et financière, qui frappe le royaume de France. Les États généraux sont convoqués pour le 4 mai 1789 selon les formes de 1614, la convocation se fait donc par ordre⁵⁰⁵. Le Tiers-État refuse la forme de cette convocation au motif que ces formes ne sont plus représentatives de la société⁵⁰⁶. Afin de mieux représenter la société, le Tiers-Etat exige que le vote se fasse par tête et non par ordres⁵⁰⁷. La distinction est de taille car le vote par ordre privilégie le clergé et la noblesse puisque chaque ordre dispose d'une voix. D'un point de vue mathématique cela fait deux voix contre une. Le vote par tête donne la majorité au Tiers-Etat car il s'agit de l'ordre le plus nombreux. En refusant le vote par tête, le roi Louis XVI nie donc le poids démographique du Tiers-Etat. Il ne prend pas en compte les évolutions de la société française depuis les derniers Etats généraux de 1614.

⁵⁰⁴ Louis-Sébastien Mercier est un écrivain du XVIII^{ème} siècle né le 6 juin 1740 et mort le 25 avril 1814 à 73 ans à Paris. Elu député en 1792, il vota la détention et le sursis pour Louis XVI. Il fut incarcéré suite à son opposition aux massacres des girondins en 1793. Il retrouve la liberté après la chute de Robespierre. Elu membre du conseil des cinq-cents en 1795, il choisit de démissionner en 1797. Il se tint à l'écart de la vie politique française à partir de 1798. Voir Jean-Claude Bonnet, *Louis-Sébastien Mercier (1740-1814) : Un hérétique en littérature*, Paris, Mercurus de France, 1995.

⁵⁰⁵ Rappelons que la France pré-révolutionnaire est restée divisée en 3 ordres selon le schéma féodal : En premier le clergé, l'ordre qui prie, en second la noblesse, l'ordre qui combat, en troisième le tiers-état, l'ordre qui travaille. Voir René Rémond, *Histoire de notre temps, tome premier : L'ancien régime et la Révolution*, Paris, Points, 2005.

⁵⁰⁶ À la fin de l'ancien régime, le Tiers État représentait environ 90% de la population du royaume de France, la noblesse environ 5% et le clergé environ 5%. La convocation par ordre nie donc le poids économique et démographique du Tiers-État. Voir René Rémond, *Histoire de notre temps, tome premier : l'ancien régime et la Révolution*, Paris, Points, 2005.

⁵⁰⁷ Ibid.

Des tentatives de conciliation avec les deux autres ordres sont organisées mais échouent et le Tiers-État fait sécession en se proclamant Assemblée nationale le mois suivant. Cette sécession est très bien illustrée par la phrase de Mirabeau lors du serment du jeu de paume « *Nous sommes ici par la volonté du peuple et nous n'en sortirons que par la force des baïonnettes* »⁵⁰⁸. Cette phrase démontre bien la volonté du Tiers de ne plus rejoindre les États généraux. Elle fait encore plus mouche lorsque nous savons que c'est le marquis de Dreux-Brézé, fidèle lieutenant de Louis XVI, qui subit cette réplique de Mirabeau. La retenue stoïque du premier contraste fortement avec l'effervescence du second.

Cette phrase marque aussi le début de l'aventure constituante. Les constituants sont des bourgeois et des hommes de lois empreints de la philosophie des Lumières et d'un esprit mathématico-logique. Cet esprit de logique froide se couple avec une hantise, une peur de l'Ancien Régime. Les députés constituants vont donc saper les dernières bases du régime monarchique pour bâtir la société dont ils rêvent : « *la cité idéale de justice* ».

Cependant cette régénération de la société repose sur la mise en place de nouvelles valeurs, de nouvelles procédures. Les constituants conçoivent leur société comme un moule à pâtisserie dont la préparation et la cuisson du gâteau sont les débats parlementaires⁵⁰⁹. Autrement dit, les constituants vont devoir cohabiter avec les imprévus politiques et institutionnels afin d'aboutir au résultat escompté. Cela semble simple car il y a consensus autour des principes fondamentaux : liberté, égalité, citoyenneté, propriété. Toutefois, ces constituants vont achopper sur la traduction

⁵⁰⁸ Archives parlementaires, Série 1 (1787-1799), Tome VIII, séance du 20 juin 1789.

⁵⁰⁹ La métaphore pâtissière peut surprendre, au premier abord, mais elle nous semble parlante et refléter ce désir d'une nouvelle justice à construire par les députés de 1789.

précise, voire la signification concrète, de ces principes abstraits. C'est ce passage délicat de l'abstrait au concret qui fait tout le sel et la richesse des débats parlementaires car durant ce temps-là, dans les débats même sur les mots, s'installe une forme de maturation politique⁵¹⁰.

L'exemple de la justice est alors particulièrement éclairant sur la traduction de ces principes abstraits vers le concret car elle fut un véritable laboratoire expérimental de la part des députés constituants pour leur société rêvée. En effet, chaque organe, chaque « membre » de la justice d'Ancien Régime doit être désossé, afin de repenser et recomposer le squelette judiciaire⁵¹¹.

Afin de comprendre ces fondements il conviendra, en premier lieu, d'étudier le rêve judiciaire de l'Assemblée Constituante, « *La Cité idéale de la justice* » au travers des débats parlementaires qui sont profondément représentatifs de cet « esprit utopique » au lendemain de la révolution de 1789 (première section). De ces débats utopiques naîtront un fils, à la fois légitime et naturel : le jury criminel, qui sera tantôt idéalisé, tantôt rejeté. Toutefois, le jury criminel reste un symbole aux âpres débats de l'Assemblée Constituante. Si cela ne marque pas l'avènement de « *la Cité réelle* »⁵¹², cela marque la fin de l'unité des Constituants (seconde section).

⁵¹⁰ Cette maturation politique des constituants durant cette période préfigure le régime conventionnel et l'opposition entre Girondins et Jacobins dont le paroxysme sera atteint en juin 1793. Voir Olivier Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2007.

⁵¹¹ Cette utilisation du champ lexical scientifique n'est pas neutre. Elle correspond, sans caricature de notre part, à cet engouement des Constituants pour les sciences mathématiques. Cet engouement sera poussé assez loin puisque les députés vont réorganiser la justice sur des bases purement logiques. Cette idée d'une justice logique et mathématique fait contrepois à l'idéal de la « justice citoyenne ». Autrement dit, si la justice est logique c'est pour guider le citoyen profane.

⁵¹² Voir Jean-Pierre Royer (sous la direction), *Histoire de la justice du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016 (5^{ème} édition mise à jour).

Section 1 : L'Assemblée Constituante et le juge : Le rêve discursif d'une « Cité idéale de la Justice » (1789-1791)

La Révolution française ne commence à peine que le nouveau régime s'attelle à la reconstruction, à la régénération de la Justice. Ce chantier sera paradoxalement le plus long et le plus difficile. La transformation de l'appareil judiciaire sera au cœur des débats de l'Assemblée constituante et l'occupera tout au long de ses deux années d'existence⁵¹³. L'Assemblée constituante bâtit patiemment et dogmatiquement son nouveau système judiciaire. Les discours des constituants témoignent bien de cette envolée lyrique pour le « juge parfait ». Ce que l'assemblée n'avait pas anticipé c'est, en réalité, la dérive de son propre système sous la Convention⁵¹⁴.

En effet, la Convention va se montrer encore plus radicale en allégeant au maximum les formes procédurales au nom d'une justice rapide et citoyenne⁵¹⁵. Ce que la constituante avait imaginé comme garde-fou devient un outil efficace de répression utilisé par les conventionnels⁵¹⁶. L'apogée étant atteinte sous la Terreur où la guillotine fonctionne sans cesse toute la journée. Tous les opposants à Robespierre sont éliminés avant qu'il ne le soit lui-même en juillet 1794. C'est dès lors que l'on prend conscience

⁵¹³ Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les constituants n'ont pas bâti de plan de refonte judiciaire de manière ordonnée. La construction sera empirique pour un système se voulant cartésien. Au-delà de ce paradoxe, les constituants ont été acteurs et spectateurs des événements. Ils en furent les acteurs car ils ont contribué largement à ce qu'ils se produisent, ils sont également spectateurs car la mise en place de l'assemblée nationale constituante durant l'été 1789 est improvisée. Aussi il ne faut guère être surpris de voir des hommes parfois dépassés par les événements ou d'autres ayant des positions utopiques.

⁵¹⁴ Cette dérive est en réalité déjà contenue dans les débats parlementaires dès 1790. Voir Archives Parlementaires, Série 1 (1787-1799), Tome XIV et suivants ; voir également Gilles Landron, *Justice et démocratie : le tribunal criminel du Maine et Loire*, Thèse, Droit, Poitiers, 1993 ; Lucien Drugeon, « des peines arbitrées aux peines codifiées », *Hypothèses*, n°4, 2002.

⁵¹⁵ Cette phrase de l'accusateur public, Fouquier-Tinville, en 1793 résume bien l'état d'esprit du régime conventionnel : « Supprimons les procédures » cité in Jean-Pierre Royer (sous la direction), *Histoire de la justice du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016 (5^{ème} édition mise à jour).

⁵¹⁶ Le professeur Royer parle de « cité idéale de Justice » au sujet de l'Assemblée Constituante. Il décrit le régime de la Convention comme « La cité réelle de justice ». Voir Jean-Pierre Royer (sous la direction), *Histoire de la justice du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

que deux cités se sont formés, la cité idéale et utopique sous la constituante, la cité réelle et sanglante sous la Convention.

Si les Constituants éprouvent un profond désir de renouveau judiciaire lié à une méfiance absolue à l'égard des corporations judiciaires (§1), ils se heurteront à des clivages politiques car la question judiciaire sera un véritable baptême du feu pour eux-mêmes (§2).

§1 : Les constituants et la Justice : entre désir utopique de refonte judiciaire et méfiance absolue du juge pénal

« En examinant le plan qui va vous être soumis vous découvrirez que nous avons découvert le seul ordre judiciaire qu'il faille adopter, le seul qui en garantissant nos droits ne les blesse jamais, le seul qui dès lors peut convenir à un peuple libre »⁵¹⁷.

Tels sont les termes enthousiastes avec lesquels Nicolas Bergasse commence son discours du 17 août 1789 devant les députés constituants⁵¹⁸. D'emblée, la dimension utopique transparaît dans cette approche idéaliste. Elle témoigne de leur état d'esprit.

Lorsque les Constituants ouvrent leur session inaugurale, le premier sujet auquel ils s'attellent est la Justice⁵¹⁹. Au premier abord cela peut surprendre compte tenu du déficit budgétaire qui ne se résorbe pas et du passif financier inquiétant de l'État monarchique⁵²⁰.

⁵¹⁷ Archives Parlementaires, série 1 (1787-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 440.

⁵¹⁸ Ibid.

⁵¹⁹ La date de naissance de l'assemblée nationale constituante est le 17 juin 1789 ; le discours sur la refonte de la Justice prononcé par Bergasse est prononcé le 17 août 1789 soit 2 mois plus tard jour pour jour. Voir archives Parlementaires, Série I (1787-1799), Tome VIII, séance du 17 juin 1789 et du 17 août 1789.

⁵²⁰ L'État cessa ses paiements à l'été 1788 et contraignit le chancelier Calonne à la démission.

Cependant, en examinant de manière plus approfondie cela surprend moins car ces députés veulent une refonte absolue et radicale de l'État. Or quelle meilleure fonction que la justice pour entamer la refonte de l'État ? Elle reste dans les esprits constituants comme la prérogative royale de l'Ancien Régime par excellence⁵²¹.

De ce point de vue, les constituants ont le mérite de clarifier leurs intentions dès le départ ; en effet, ces hommes qui ont connu l'essor des sciences mathématiques et naturelles avec, notamment, Antoine Lavoisier fondateur de la chimie moderne et futur député révolutionnaire guillotiné sous la Terreur⁵²².

La prospérité littéraire n'est pas oubliée avec la prolifération de l'utopie et des contes philosophiques sans oublier le rationalisme des Lumières. Ces députés vont mettre en place un nouveau système judiciaire pénal basé sur la logique et la rationalité mathématique.

A partir de ces influences philosophiques et du constat de la trop grande puissance des officiers de juridictions sous l'ancien droit, les révolutionnaires vont corseter le juge dans un système rationnel pour mieux le contrôler dont la procédure de référé législatif est un parfait exemple. En effet pour les constituants la réflexion mathématique est la réflexion commune de référence.

⁵²¹ Sous l'Ancien Régime, le roi pouvait rendre directement la justice. Dans ce cas, il s'agissait de la justice retenue. Si les tribunaux royaux rendaient la justice au nom du Roi, dans ce cas, il s'agissait de la justice déléguée. Voir Arlette Lebigre, *La justice du roi : La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Albin Michel, 1988 ; du même auteur on pourra consulter *Les grands jours d'Auvergne : désordre et répression au 17^{ème} siècle*, Paris, Hachette, 1976.

⁵²² Antoine Lavoisier (1743-1794) est considéré comme le père de la chimie moderne grâce à ces nombreuses découvertes en chimie. Cependant, Lavoisier était également économiste et a travaillé en tant que fermier général sous l'ancien Régime. S'il n'a pas travaillé directement sur la justice, sa curiosité d'esprit lui permit de laisser une œuvre scientifique et économique d'une grande richesse. Il sera guillotiné sous la Terreur en raison de son ancienne appartenance à la Ferme Générale. Voir Bernadette Bensaude-Vincent, *Lavoisier, Mémoires d'une révolution*, Paris, éditions Flammarion, 1993.

Par conséquent, selon les députés constituants, elle est tout à fait transposable aux enjeux juridiques, politiques et sociaux.

Ce mode de réflexion prêterait à sourire s'il elle n'avait point été mise en œuvre de manière verticale par l'Assemblée Constituante. L'assemblée réformant à marche forcée sans aucune consultation de la profession de magistrat⁵²³.

Ce qui semble aujourd'hui un non-sens est en réalité partagé par de nombreux députés constituants empreints du rationalisme des Lumières.

Cette primauté de la Raison, leitmotiv du mouvement des Lumières, trouve son incarnation la plus parfaite à travers le raisonnement mathématique qui exprime des éléments quantifiables de manière rationnelle. Ce désir de se calquer sur la science mathématique pourra surprendre au premier abord dans un hémicycle composé majoritairement d'anciens juristes de l'Ancien Régime⁵²⁴. Ils sont globalement animés par deux fils conducteurs complémentaires.

Le premier est le désir de faire table rase du passé et d'enlever coûte que coûte toute référence judiciaire à l'Ancien Régime car ils sont marqués en tant que praticien du droit par les limites de l'Ordonnance Criminelle et les scandales judiciaires précédant la Révolution dont l'affaire Calas est le symbole même.

Cependant, faire table rase du passé comporte aussi des ambiguïtés et les constituants n'échappent nullement à la règle en supprimant l'Ordre des avocats⁵²⁵. En effet, des

⁵²³ Les tribunaux d'Ancien Régime sont mis en vacances pour une durée illimitée en octobre 1789.

⁵²⁴ L'Assemblée constituante est composée de membres du Tiers-Etat. L'immense majorité est constituée d'avocats et de magistrats.

⁵²⁵ Sur les avocats et leur disparition, on se reportera avec profit à Royer Jean-Pierre, *Histoire de la justice*, P.U.F, Paris, 2016 ; Nicolas Derasse, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le premier Empire (1789-1810)*, Thèse, Droit, Lille, 1998. Sous un angle plus politique voir Ugo Bellagamba, *Les avocats à Marseille : praticiens du droit et acteurs politiques*, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

avocats, députés constituants votent leur propre mort professionnelle au profit d'idéaux révolutionnaires, voilà de quoi intriguer au plus haut point l'historien. Cela signifiait-il un prélude à la future loi Le Chapelier interdisant toute forme d'association et de corporations ? Était-ce volontaire afin de mieux mettre en place la justice révolutionnaire ou bien l'oubli inconscient d'une disposition ? L'historien ne pourra jamais réellement trancher car le décret supprimant l'ordre des avocats est très vague et surtout empreint d'un malaise, d'une gêne que les constituants n'ont pas su maîtriser⁵²⁶.

Le second fil conducteur des Constituants est de traduire, mettre en pratique leurs idéaux de justice afin de rendre meilleur l'Homme. Leurs idéaux ont des fondements humanistes. A cette fin, l'assemblée va prendre des décisions verticales pour imposer un idéal de justice et mettre en œuvre l'utopie judiciaire anglaise dont sont empreints ces Constituants. C'est pourquoi la justice va subir des transformations radicales qui vont profondément marquer l'institution judiciaire car elle devient alors le laboratoire politique d'une transformation sans précédent. Une expérience judiciaire comme jamais la France d'Ancien Régime n'en avait connues.

Ce laboratoire expérimental part d'une intention louable car les Constituants ont voulu bâtir une justice parfaite et utopique (A) ; cependant, cette intention louable a montré rapidement ses limites substantielles puisqu'elle se heurte inévitablement à des difficultés pratiques (B).

⁵²⁶ Le décret supprimant la profession d'avocat date du 2 et 11 1790. Voir Archives Parlementaires, Série I (1787-1799), tome XVIII, séance du 2 septembre 1790 p. 493.

A) *La volonté de bâtir une « Cité idéale de Justice »*

Le contexte de travail intensif a commencé dès le lendemain de la reconnaissance de l'Assemblée Nationale Constituante. Cela se traduit notamment par de vifs débats concernant la nécessité de protéger pénalement le travail des députés. Les députés réfléchissent à créer de nouvelles incriminations, comme le crime de « lèse-nation ». Cette nouvelle infraction a été bien étudiée par Jean-Christophe Gaven⁵²⁷. La séance qui s'ouvre le 17 août 1789 est, une fois encore, consacrée à la justice criminelle⁵²⁸. Mais, elle est une séance décisive qui nous permet de comprendre l'architecture que les révolutionnaires souhaitent donner à la nouvelle justice pénale.

Cette nouvelle architecture du système pénal est exposée par Nicolas Bergasse dans un discours resté célèbre pour son anaphore : « *La justice sera mal organisée si...* ». Dans ce discours, le député, qui est lui-même avocat, brosse le portrait, selon lui, de la justice pénale idéale. Et il montre avec tout son talent oratoire qu'elle procède d'une volonté de rupture radicale avec l'Ancien Régime.

Cette justice pénale idéale passe, en effet, par la destruction du système des offices vénaux et par son remplacement par une « *association* »⁵²⁹ entre le juge et le citoyen. Pour l'avocat Bergasse, la Justice ne peut fonctionner correctement que si le jury citoyen⁵³⁰ fait contrepoids au juge. Par jury citoyen, nous entendons ici, à la fois le jury d'accusation et le jury de jugement, dont il importe de rappeler la distinction.

⁵²⁷ Voir sur ce point : Jean-Christophe Gaven, *Le crime de lèse nation : histoire d'une brève incrimination politique*, Paris, Sciences Po éditions, 2016.

⁵²⁸ Archives Parlementaires (1787-1860), Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 444.

⁵²⁹ « Il n'y a que cette jurisprudence anglaise qui soit humaine, il n'y a que cette jurisprudence qui s'accorde avec la liberté » Archives Parlementaires, Série 1, (1789-1799), Séance du 17 août 1789, p. 444.

⁵³⁰ Ibid.

Mais surtout l'élément clé pour faire fonctionner cette « *association* » demeure la « *confiance* ».

« *Le pouvoir judiciaire sera mal organisé si, en matière criminelle, les formes de ce pouvoir sont telles qu'elles ôtent toutes confiance à l'accusé* »⁵³¹ ; il poursuit sur ce thème de la confiance en estimant que « *La confiance naîtra lorsque la loi permettra à l'accusé de faire autant de pas pour se disculper que l'on en fera pour lui* ». Toujours dans la même perspective il ajoute: « *La confiance naîtra si l'accusé est le maître de choisir à son gré ses moyens de justifications []. La confiance naîtra si l'accusé n'est pas réduit, pour écarter l'imputation qui lui est faite, à se renfermer sur les circonstances de l'imputation* »⁵³².

L'objectif est simple pour Nicolas Bergasse, avocat sous l'Ancien Régime, qui devint député constituant et demeure sensible à la question judiciaire puisqu'il écrivit un traité de justice criminelle pour adoucir les peines⁵³³. Son objectif est de fonder un système judiciaire libéral, une justice rationalisée et protectrice de la liberté. Il ne faut donc guère s'étonner des applaudissements qui ont suivi la fin du discours de ce jeune avocat et de l'adhésion sans réserve des Constituants au projet qui leur fut proposé. Celui-ci est effectivement le reflet parfait de l'idéal des Lumières, et notamment, celui de Montesquieu, qu'il a, très probablement, lu attentivement comme beaucoup de ses contemporains⁵³⁴.

⁵³¹ Ibidem, p. 443.

⁵³² Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 443.

⁵³³ Nicolas Bergasse, *Discours sur l'humanité dans l'administration de la justice criminelle*, s.n.,s.l.,s.d.

⁵³⁴ Les députés constituants ont comme repères parmi les philosophes : Beccaria, Montesquieu, Rousseau, Voltaire. Voir Jean Touchard *Histoire des idées politiques du 18^{ème} siècle à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2012.

L'architecture judiciaire du « système Bergasse » est construite selon neuf points cardinaux ou exigences fondamentales. À travers ses exigences fondamentales, il est possible de discerner ce qui relève des sources philosophiques d'inspiration d'une part (1), en second lieu il est possible de voir dans le discours de l'avocat le schéma architectural de la future justice révolutionnaire (2).

a) *Un discours empreint de la philosophie politique des Lumières*

Le premier point est celui de protéger le citoyen. En effet pour cet avocat « *La loi charge les tribunaux de garantir la liberté des citoyens* »⁵³⁵.

Cela annonce la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen voté dix jours plus tard, le 26 août 1789, et plus spécifiquement les articles 7 à 9 qui se conçoivent comme un rempart protecteur de la liberté des citoyens.

En effet, l'article sept de la Déclaration interdit toute forme d'arrestation arbitraire⁵³⁶, l'article huit consacre le légicentrisme et le principe de la légalité des délits et des peines⁵³⁷, l'article neuf prévoit la présomption d'innocence⁵³⁸.

D'un point de vue plus politique, il préfigure la pensée libérale qui a pour pivot la protection des droits de l'individu face à l'État. Le citoyen étant pensé comme un acteur de ses droits civils et politiques. Cependant, il convient de rester prudent, car si ce jeune

⁵³⁵ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 441.

⁵³⁶ « Nul homme ne peut être accusé, arrêté et détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites » Article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁵³⁷ « La loi ne doit prévoir que des peines strictement nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit » Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

⁵³⁸ « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. » Article neuf de la D.D.H.C.

avocat constituant peut annoncer la pensée politique libérale, il demeure attaché au contrat social rousseauiste⁵³⁹.

Son discours inaugural inspirera d'autres éminents constituants qui porteront des projets utopiques. Les plus connus sont Adrien Duport, le député Barnave mais surtout Maximilien Robespierre avocat dans l'Artois, empreint des idéaux de Rousseau en 1789, puis une radicalisation en 1793 qui aboutira au régime de la Terreur.

Le premier rédigeant un projet de loi relatif à la mise en place du jury civil et criminel, le second étant intransigeant sur le légalisme des délits et des peines et sacralisant la souveraineté du peuple dans la lignée rousseauiste. Le dernier faisant partie des très rares députés constituants à vouloir le suffrage universel.

L'avocat Nicolas Bergasse poursuit en estimant que « *instituer des juges et des tribunaux soulève la nécessité de rechercher en combien de manière il est possible de porter atteinte à la liberté* »⁵⁴⁰.

Cette phrase s'inspire probablement et directement de Montesquieu et de son ouvrage « *De l'esprit des lois* ». Il souhaitait limiter les atteintes à la liberté et recherchait les causes de ces atteintes. Néanmoins ne nous trompons point car si Nicolas Bergasse s'inspire de sa théorie de la séparation des pouvoirs pour préserver la liberté, la finalité est radicalement différente. Montesquieu espère ressusciter l'ordre féodal, tandis que l'avocat constituant y voit l'opportunité d'importer la monarchie constitutionnelle anglaise en France⁵⁴¹.

⁵³⁹ Il faut se souvenir que la majorité des Constituants sont empreints de la philosophie rousseauiste et de la théorie du contrat social. Voir Jean Touchard, *Histoire des idées politiques du 18^{ème} siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

⁵⁴⁰ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 44.1.

⁵⁴¹ C'est probablement ce hiatus qui conduit à une mauvaise interprétation de la pensée politique de Montesquieu, « père de la démocratie libérale ».

Cette partie du discours, en particulier, doit aussi retenir notre attention parce qu'il est possible d'y déceler les prémices d'une architecture rationnelle. Cette nouvelle architecture judiciaire est basée sur la science mathématique. En effet, Bergasse raisonne comme si l'atteinte à la liberté était quantifiable et par conséquent adopte un raisonnement très cartésien⁵⁴². On pourrait même y voir les fondements révolutionnaires du positivisme qui est encore à naître sous la plume d'Auguste Comte, secrétaire de Saint-Simon⁵⁴³. D'ailleurs, la dimension normative et rationaliste des débats à l'assemblée nationale constituante, dès l'année 1789, n'a peut-être pas encore été assez étudiée. On croit souvent qu'il suffit d'évoquer, comme Jean-Marie Carbasse, la « nomophilie » des révolutionnaires, mais il serait bon de rappeler ici à quel point leur amour de la norme s'adosse, indiscutablement, à une tendance à se fier à la science et à son raisonnement, pour améliorer la forme autant que le contenu du droit.

Le troisième point cardinal de l'architecture de Nicolas Bergasse est la méfiance qu'il exprime à l'égard de tout esprit corporatiste. Cet anti-corporatisme⁵⁴⁴ est, une fois encore, logique puisque les hommes de 1789 sont marqués par les terribles affrontements entre la royauté et les officiers ministériels de justice. Ces derniers firent corps contre les réformes Maupeou, en 1770, et Lamoignon, en 1788. Ces révoltes

⁵⁴² Ce caractère très droit se retrouve également dans l'organisation administrative française. En effet, les départements n'ont pas été créés et découpés en fonction de l'histoire locale mais selon la rectitude mathématique. Le découpage départemental se fit selon le principe de créer des départements de taille similaire au risque de mépriser l'histoire locale. L'exemple de la Bretagne est parlant de ce point de vue. Nantes, ancienne capitale du duché breton, devient le chef-lieu du département de la Loire-Atlantique. Rennes, ancienne ville du même duché, devient le chef-lieu de l'Ille-et-Vilaine.

⁵⁴³ Voir Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013 (2^{ème} édition mise à jour).

⁵⁴⁴ Cette méfiance corporatiste mènera jusqu'à la loi Le Chapelier de 1791 qui interdit toute forme d'association. Néanmoins, il est étrange que des hommes progressistes et juristes ait supprimé l'ordre des avocats. Voir sur ce point : Nicolas Derasse, *La défense dans le procès criminel sous la révolution et le premier empire (1789-1810)*, Thèse, Droit, Lille, 1998.

entraînant l'abandon des dites réformes judiciaires⁵⁴⁵. Ces événements ont sonné le glas de la monarchie d'Ancien régime. Ils ont aussi confirmé que les hauts magistrats étaient devenus le « *cancer de la monarchie* »⁵⁴⁶. L'avocat Bergasse ne déroge pas à la règle puisqu'il estime que « le pouvoir judiciaire sera mal organisé si les tribunaux se trouvent composés en grand nombre de magistrats formant ainsi des compagnies puissantes ». Dans la même volonté de ne pas restaurer l'ordre ancien, Bergasse estime que « de telles compagnies finissent par créer une aristocratie ». Corollaire de ce rejet du corporatisme, ce jeune avocat dénonce les effets délétères de la vénalité des offices et, sur ce point, il est d'une clarté absolue :

« *Le pouvoir judiciaire sera mal organisé s'il appartient à quelqu'un, s'il est la propriété d'un individu* »⁵⁴⁷.

b) *Un discours novateur préfigurant la nouvelle justice*

Le quatrième point dans le projet Bergasse est la volonté d'associer le citoyen à la justice. Cette idée d'association est centrale dans le discours car elle reprend un marqueur fort de la pensée rousseauiste à savoir le contrat social. Or, les constituants sont marqués par Jean-Jacques Rousseau et sa pensée pré-démocratique. Il n'exprime pas une opinion isolée mais une opinion communément partagée car représentative de son siècle et surtout de l'assemblée constituante. Par sa volonté d'associer le citoyen à

⁵⁴⁵ La réforme Maupeou de 1770 visait à supprimer la vénalité des offices ministériels. Elle fut abandonnée en 1774 à la mort de Louis XV. La réforme Lamoignon de 1788 prévoyait de réorganiser la carte judiciaire mais Lamoignon dut démissionner en mai 1788. Sur ce point, voir Jean-Pierre Royer (sous la direction), *Histoire de la justice du XVIII^{ème} siècle à nos jours*, PUF, Droit, 2016. Voir aussi, Marcel Marion, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905.

⁵⁴⁶ L'expression est de Nicolas Laurent. Voir Nicolas Laurent, *Le Parlement de Dijon, une cour souveraine en pays d'états*, Thèse, Droit, Dijon, 2005.

⁵⁴⁷ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 442.

la justice, cet avocat est le porte-parole des députés constituants qui souhaitent mettre en pratique de manière stricte les théories politiques des Lumières.

Lors de son discours fleuve, l'avocat constituant déclare devant les siens « *Le pouvoir judiciaire sera mal organisé si le peuple n'influe pas sur le choix des juges* »⁵⁴⁸ et, soucieux de prévoir également et en retour des garde-fous, il ajoute « *Il est sans doute convenable que le pouvoir exécutif nomme les juges mais ne serait-il pas souhaitable que les assemblées provinciales nommassent à chaque vacance un juge* »⁵⁴⁹. Il faut ici s'arrêter un moment sur la formulation adoptée par le juriste qu'est Bergasse.

Qu'entend-il par « *influent* » ? Envisage-t-il une véritable nomination des juges ? Ou, derrière l'urgence de la situation, n'ose-t-il pas évoquer la logique électorale qui se trouve également dans la pensée de Montesquieu sur le jury ? De plus la formulation demeure ambiguë car il est difficile de savoir s'il souhaite maintenir la prérogative royale de nomination.

Cette énigme devient encore plus grande lorsque le député constituant déclame à la tribune : « *Ainsi se concilierait ce que l'on doit au prince avec ce que l'on doit à l'opinion du peuple sur une matière qui intéresse sa liberté* »⁵⁵⁰. Il semble vouloir concilier la nomination royale et la nomination populaire. Faut-il faire le lien avec le désir de ce fameux orateur d'une justice de proximité lorsqu'il déclame « *la justice sera mal organisé si son action n'est pas tellement étendue sur la surface étendue de l'empire que présent, partout, il puisse être à la portée de chaque citoyen* »⁵⁵¹. Probablement, car

⁵⁴⁸ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 442.

⁵⁴⁹ Ibid.

⁵⁵⁰ Ibidem.

⁵⁵¹ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 442.

la proximité est une notion cardinale pour le député constituant par rejet du corporatisme et de la vaste carte judiciaire de l'ancienne France.

S'il demeure possible que la démocratie et la proximité fassent un possible bon duo afin d'associer les citoyens à la Justice, l'affirmer de manière aussi péremptoire que le fait Nicolas Bergasse nous semble hasardeux et révélateur de son idéalisme total pour la « Cité idéale de Justice ».

Et l'avocat continue par un argument fort tant sur le plan juridique que sur le plan rhétorique: « *La justice est une dette de la société donc il est absurde de vouloir une rétribution pour acquitter une dette* »⁵⁵².

Sur le plan juridique, cet argument prouve la finesse d'esprit du juriste. En excluant toute forme de rétribution pour la justice, il condamne fermement le système d'Ancien Régime. Ce système était basé sur une logique pénale de rétribution afin de faire expier les fautes du condamné⁵⁵³. Cet argument lance sur le plan juridique la refonte de la justice puisque en adoptant la logique de la peine distributive, il renverse l'ensemble de la doctrine pénale de l'ancien droit⁵⁵⁴. Il se fait l'annonceur de la mise en pratique des idées de Beccaria sur la peine pénale.

Sur le plan rhétorique, cet argument est parfait pour contredire les conservateurs, à l'image de Cazalès. En effet, l'avocat présuppose que la justice doit être un acte gratuit car c'est la première dette de l'État. Ainsi, il met en exergue l'aspect régalien de la fonction judiciaire pour mieux consolider son architecture judiciaire. Grâce à cette mise

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ Voir Marie-Christine Guiol : *Finalités et modalités de la peine dans doctrine pénale et la pensée politique du 17^{ème} et 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

⁵⁵⁴ Ibid.

en exergue il refuse fermement le système des épices. Ce système coutumier servait de rémunération complémentaire sous l'Ancien Régime aux officiers ministériels. Cette joute oratoire permet à ce jeune constituant d'imposer sa vision de la justice pénale.

Il se veut en contre-modèle de l'Ordonnance criminelle tout en écartant subtilement les possibles critiques et réserves relatives à la faisabilité de son projet judiciaire.

En outre, il s'inspire de Rousseau car si la justice est une dette de la société cela suppose un contrat social que chaque individu a contracté.

Ce passage du discours est fondamental car il préfigure deux points clés de la future organisation judiciaire : d'une part, la mise en place du double jury « *comme en Angleterre* »⁵⁵⁵. D'autre part, cela préfigure également le système d'élections judiciaires que mettra en place ultérieurement l'Assemblée Constituante.

Le cinquième point que Nicolas Bergasse aborde est la publicité de la procédure et ce de manière éloquente : « *S'il est des hommes qu'il importe d'environner au plus près de l'opinion, dans le cadre de leur mission ce sont les juges* »⁵⁵⁶.

Par cette phrase, l'avocat constituant exprime le rejet du secret qui existait sous l'ancienne procédure criminelle. Ce point n'est pas anodin car le secret de la procédure pénale a donné naissance à de nombreux détracteurs au siècle des Lumières⁵⁵⁷. Ces

⁵⁵⁵ Nous mettons cette expression avec précaution car la mise en place du double jury a suscité des controverses. Certains y voyant une francisation du modèle anglais et non une simple importation institutionnelle.

Sur la question, on se référera au professeur Antonio Padoa-Schioppa, *The trial jury in England, France and Germany (1700-1900)*, Berlin, Duncker et Humblot, 1987. On se référera également à l'article du même auteur : « Le jury d'Adrien Duport » in Maurice Vovelle, *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?* Orléans, Presses Universitaires de France, 1989.

⁵⁵⁶ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 442.

⁵⁵⁷ Le premier d'entre eux fut Voltaire, *Mémoires judiciaires* in Œuvres complètes, Gallimard, Paris, 1992.

Voir sur ce point : Antoine Astaing, « *Durus carcer aut tortura ? La mise au secret et la recherche de l'aveu dans la procédure pénale française (15^{ème} -19^{ème} siècle)*, in Bernard Durand (sous la direction), *La torture judiciaire*, Lille, Centre d'histoire judiciaire de Lille, 2002, pp. 891-940 ; Jean-Marie Carbasse, « La place du secret dans l'ancien procès pénal », in Jean-Pierre Royer, Bernard Durand, *Secret et justice : le secret entre éthique et technique ?* Lille, Publications de l'Espace juridique, 2000, pp.207-224.

derniers estimaient le rapport de force entre le juge et la victime totalement déséquilibré. En tant qu'avocat de l'Ancien Régime, Bergasse sait qu'en utilisant cet argument il donne plus de poids et de crédibilité à son discours car le fil conducteur qui unit l'ensemble des députés constituants reste le refus total de l'ancien droit. De plus, ce désir d'une procédure pénale publique est un témoignage supplémentaire de l'ambiance anglophile régnante à l'époque. En effet, l'idée d'une procédure publique vient d'Angleterre. Ce souhait d'une procédure non secrète a pour objectif de rééquilibrer le rapport de force entre le juge et l'accusé⁵⁵⁸.

Le sixième point abordé dans le discours de Nicolas Bergasse est un autre pivot préfigurant la future organisation judiciaire : il s'agit de de la suppression de l'arbitraire du juge. En effet, l'avocat va directement au but : « *Le pouvoir judiciaire sera mal organisé si le juge bénéficie du dangereux privilège d'interpréter la loi* »⁵⁵⁹. Dans la même veine, l'avocat poursuit « *c'est dans les accusations criminelles que la loi ne doit rien omettre* ». De façon claire, ici, on comprend que le but que poursuit Bergasse n'est pas de remettre en cause le juge, mais bien, avant tout, de mettre en avant la loi, à la manière de Montesquieu qui, dans « *L'esprit des lois* », affirme qu'il fait plus confiance en la loi qu'en l'homme qui doit l'appliquer.

Avec ses deux phrases clés, Nicolas Bergasse n'exprime pas uniquement son opinion mais incarne l'opinion des parlementaires de la Constituante. Ce sont des hommes nourris des idées des Lumières⁵⁶⁰ et de progrès qui, par contraste, haïssent tout ce qui a

⁵⁵⁸ Voir Archives Parlementaires, Série 1 (1787-1860), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 445.

⁵⁵⁹ Ibid, p. 443.

⁵⁶⁰ Les thèses de Rousseau et Voltaire étaient très présentes dans les esprits de l'époque. Quant à Montesquieu ils exhument sa théorie de la séparation des pouvoirs en l'interprétant de manière opposée. En effet nous estimons que Montesquieu cherchait à relégitimer la noblesse face à une monarchie absolue. Nous ne soutenons pas

trait à l'Ancien Régime. Ainsi, cet orateur ne pouvait que convaincre les Constituants de faire table rase du passé pour régénérer la justice criminelle en prenant comme contre-modèle l'archétype caricatural du juge à la fin du XVIIIème siècle.

Ce sixième point demeure également fondamental car l'idéal normatif présenté par le jeune constituant est bien plus qu'un simple emprunt aux théories politiques de Montesquieu et de Beccaria, cette passion pour la loi est un véritable idéal collectif. Cet idéal collectif transcende les clivages politiques et se met au service d'une société meilleure⁵⁶¹. Cette confiance absolue en la loi traduit surtout un rapport à la norme extrêmement idéalisé et poussera le légicentrisme jusqu'à son paroxysme à travers le Code Pénal de 1791⁵⁶². Ce normativisme excessif est à certain égard paradoxal avec l'anglophilie de l'époque car l'Angleterre a adopté un système radicalement différent. Le système anglais est basé sur le droit coutumier et la reconnaissance de droits individuels *a posteriori*. Cette reconnaissance de droits se traduit à travers la procédure du *Wright*. L'orateur politique de Common Law a-t-il conscience de contredire le juriste de droit romano-canonique ?

Le juriste a probablement compris qu'il y aurait une incohérence mais l'orateur politique souhaite convaincre l'assemblée en leur montrant les bienfaits du légicentrisme ; par conséquent le paradoxe demeure secondaire pour le député constituant. En effet en tant qu'orateur Bergasse sait l'assemblée majoritairement en

l'hypothèse selon laquelle le juriste bordelais serait « le père de la démocratie » car il est probable que les régimes révolutionnaires auraient fort déplu à Montesquieu.

⁵⁶¹ « La loi est votre souveraine ». Cette phrase de Nicolas Bergasse montre bien l'importance et le poids juridique que l'assemblée doit conférer à la loi. Archives Parlementaires, Série I (1787-1860), Tome VIII

⁵⁶² Voir sur ce point : David Moyaux, *Naissance de la justice pénale contemporaine : la juridiction criminelle et le jury, l'exemple du Nord*, Thèse, Droit, Lille, 2000.

accord avec ses idées, néanmoins il veut sublimer son discours inaugural de l'assemblée Constituante.

Pour conforter sa rhétorique, il en vient au septième point, qui complète les deux précédents, l'importance de la procédure :

Ainsi l'avocat Bergasse estime « *que la confiance naîtra si l'accusé peut comme en Angleterre parler de son innocence et de confronter le crime qu'on lui suppose* ». Ainsi, l'avocat constituant appelle de ses vœux à la mise en place d'une procédure de type accusatoire calquée sur le modèle anglais.

Cependant, il semble faire davantage référence à une idéalisation du modèle anglais. Rien ne nous permet d'affirmer que les droits de la défense étaient mieux respectés en Angleterre que dans l'ancienne France⁵⁶³. Néanmoins, cela semble étayer la thèse d'une anglophilie ambiante ou plutôt la prolonger car si les Lumières étaient anglophiles, les Constituants ne cessent d'élever l'Angleterre comme modèle politique et juridique⁵⁶⁴.

En raison de son anglophilie, Nicolas Bergasse va dans le point suivant décrire une institution judiciaire anglaise qui lui semble parfaite : le jury criminel.

« *Cette sublime institution des jurés la rend si recommandable à tous les hommes accoutumés à réfléchir sur l'objet de la législation criminelle et des préceptes moraux qui nous gouverne* »⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Voir Antoine Astaing, *Garantie et droits de l'accusé dans le procès criminel de l'ancien régime*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 ; Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'ancien régime*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

⁵⁶⁴ On consultera avec profit : Edouard Tillet, *La Constitution Anglaise : un modèle politique et institutionnel pour les Lumières*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001 ; Marcel Couffin, *L'image de l'Angleterre dans les débats de l'Assemblée constituante (1789-1791)*, Thèse, Droit, Paris, 1990.

⁵⁶⁵ Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 442

Encore une fois l'avocat constituant idéalise le système de Common Law mais si cette question semble, à priori consensuelle, elle sera en réalité source de clivage dans les débats de l'Assemblée Constituante. En effet, trois projets radicalement différents seront déposés et examinés par les députés⁵⁶⁶ et, contre toute attente, l'assemblée y consacra une part très importante dans les futurs débats parlementaires à venir⁵⁶⁷.

Enfin, ce jeune et brillant orateur termine son discours en y mettant sa volonté de responsabiliser le juge et de motiver les arrêts, et ce de manière très ferme : « *Le pouvoir judiciaire sera mal organisé si les juges ne répondent pas de leurs jugements* »⁵⁶⁸. Cependant, un peu plus loin, il nuance légèrement « *mais il y a des bornes à tout, il faut que les juges soient responsables. Il convient aussi que les limites de cette responsabilité soient tellement déterminées que l'on ne puisse pas les inquiéter* »⁵⁶⁹.

Le discours de Bergasse est donc le discours paradigmatique par excellence, celui qui identifie les jalons théoriques et thématiques de la refonte de la toute justice sous l'Assemblée Constituante. Cependant, le passage de l'idéal de justice consensuel à la réalisation concrète de la « Cité idéale de Justice » va faire apparaître de profonds clivages politiques. L'âpreté des débats parlementaires ne traduit que trop bien la difficulté d'accoucher de cette utopie. Pavée d'idéal, la route des révolutionnaires sera semée d'embûches sur le plan pratique, montrant ainsi les limites de l'utopie judiciaire voulue par les députés constituants (B).

⁵⁶⁶ Le projet de Duport prévoyait un jury civil et criminel ; le jury de l'abbé Sieyès prévoyait un mélange de sédentarité et d'ambulance des jurés et des juges ; le jury de Thouret prévoyait les jurés uniquement au criminel. Ce fut ce dernier projet qui persuada l'Assemblée. Voir Padoa-Schioppa Antonio, « le jury d'Adrien Duport » in Maurice Vovelle (sous la direction), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?* Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), Paris, Presses Universitaires de France, 1988, tome 2, pp. 609-622.

⁵⁶⁷ L'ensemble des débats parlementaires de l'année 1790 est consacré à la question du jury. Voir Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XIX.

⁵⁶⁸ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 445.

⁵⁶⁹ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, p. 445.

B) Les difficultés pratiques liées à « la Cité idéale de Justice »

La fragilité des idéaux des députés de la constituante se révèle lors de la séance du 29 avril 1790⁵⁷⁰ dont l'ordre du jour prévoit l'établissement du jury criminel. Cette question est cruciale car le jury criminel représente l'introduction du citoyen dans la procédure pénale ; elle va refléter les profonds clivages qui existent, sur le plan substantiel, au sein de l'Assemblée Constituante. Celle-ci se compose finalement de familles politiques ou idéologiques que nous pouvons classer en trois catégories : en premier lieu les conservateurs, hostiles par principe au jury criminel, et ayant pour porte-parole Cazalès et Brillat-Savarin ; les modérés qui voient le jury criminel comme une garantie pour l'accusé, mais réfléchissent à la justesse de ses modalités d'applications. Ils sont représentés par Thouret et son tempérament consensuel. Enfin il y a les radicaux qui souhaitent que le jury s'impose tant au civil qu'au criminel car ils envisagent le jury citoyen, avant tout, comme un contrepoids au pouvoir exorbitant du juge, marque honnie de l'Ancien Régime. Cette dernière frange de la Constituante est emmenée par Adrien Duport⁵⁷¹.

Les conservateurs, sous l'égide du député Brillat-Savarin, marquent leur vive opposition au jury criminel. Brillat-Savarin ouvre la séance en expliquant que « *Les*

⁵⁷⁰ Archives parlementaires, Série I (1789-1799) Tome XV, séance du 29 avril 1790 relative à l'établissement du jury criminel.

⁵⁷¹ Cette classification est tirée des débats parlementaires et doit être interprété comme une opinion de l'auteur. On pourra se reporter à Jean-Pierre Royer, René Martinage (sous la direction), *Les destinées du jury criminel*, Lille, P.U.L., 1990 mais surtout Antonio Padoa-Schioppa « *Le jury criminel d'Adrien Duport* » in Maurice Vovelle, *L'ordre juridique privé sous la Révolution : rationalité ou scandale ?* Paris, Presses Universitaires de France, 1988, Tome 2, pp. 609-622 ; Pierrette Poncela, « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits*, P.U.F., 1993, n°17, pp. 139-147.

jurés se renouvelant sans cesse ils n'auraient pas les lumières nécessaires à des juges ; ils pourraient même avoir des préjugés dangereux »⁵⁷².

L'argument avancé par Brillat-Savarin est très fort sous l'angle de la philosophie du droit. En effet, il part du principe que droit et équité sont deux choses différentes s'inscrivant ainsi à rebours d'Aristote⁵⁷³ et surtout du discours de Nicolas Bergasse ou encore d'Adrien Duport. Selon le député conservateur, seul un juriste peut raisonner juridiquement car il a été formé au droit. Ce que craint en réalité ce pourfendeur du jury, c'est la confusion que les citoyens-jurés feront entre le droit et la morale car la culpabilité s'analyse différemment selon l'approche juridique et l'approche métaphysique⁵⁷⁴. On peut être coupable d'une infraction sous l'angle juridique sans que cela suscite des débats moraux et réciproquement ; l'Homme peut éprouver une culpabilité morale sans pour autant avoir enfreint de règles juridiques.

Ainsi Brillat-Savarin s'inscrit pleinement dans la continuité de l'histoire qui nous montre un fort lien entre la suprématie étatique et la loi. Il s'inscrit également dans les pas du philosophe Kant et de sa vision conservatrice du droit.

En effet, Emmanuel Kant considère qu'un individu est coupable du point de vue de la philosophie du droit quand celui-ci n'a pas respecté la loi ; peu importe que le coupable ressente une culpabilité morale ou non⁵⁷⁵. Cependant, un député constituant va intervenir pour transiger : Il s'agit de Thouret.

⁵⁷² Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790 relative à l'établissement du jury criminel. Discours inaugural de Brillat-Savarin.

⁵⁷³ Aristote introduisit le concept d'équité pour tempérer la rigueur des lois.

⁵⁷⁴ Ce reproche de confusion entre droit et métaphysique se poursuivra jusqu'à nos jours. Ainsi il n'est guère surprenant de voir que tous les régimes depuis la Convention nationale essayèrent de limiter le jury.

⁵⁷⁵ Voir Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, 1797, Paris, Durand, 1853.

Thouret, fidèle à son idéal de transaction, réfute le jury civil proposé par Duport mais n'approuve pas pour autant les propos des conservateurs : « *Mon opinion est en faveur de l'établissement du jury criminel et contre son établissement en matière civile* »⁵⁷⁶. Cette intervention de Thouret montre d'emblée son souhait de concilier les deux opinions antagonistes afin de pouvoir parvenir à un consensus sur ce point délicat et clivant puisqu'il souhaite faire la synthèse entre l'opposition radicale au jury et la mise en place automatique du jury tant au civil qu'au criminel.

L'Assemblée Constituante décide de continuer la séance en examinant deux projets de jury radicalement différents : celui de l'abbé Sieyès et celui de Duport.

Thouret désapprouve le projet de l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers-État*, au motif que, selon lui, l'abbé ne fait que reprendre les éléments de l'Ancien Régime, ce qui lui paraît être une chose inconcevable : « *Je ne doute pas que bon nombre d'esprits ne soient frappés par l'énormité de la dépense. Mais ce qui doit les alarmer, c'est l'abus répété de salarier le juge par les parties* »⁵⁷⁷.

L'argument de Thouret est autant financier qu'organisationnel. Il convient de développer ces deux éléments de réflexion et d'en mesurer la portée.

En premier lieu, Thouret réfute le projet du jury Sieyès en raison de son coût faramineux, il calcule même que sa mise en place correspondrait à une dépense publique de quelques dix-sept millions de livres⁵⁷⁸ ce que l'État ne saurait se permettre si l'on adopte un point vue comptable⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

⁵⁷⁷ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

⁵⁷⁸ Le franc deviendra la monnaie nationale à partir de 1795.

⁵⁷⁹ Au moment des débats sur le jury, les constituants n'ont pas encore liquidé le passé financier de l'Ancien Régime depuis la cessation des paiements de l'État à l'été 1788.

En second lieu, il rejette l'idée d'une justice privée que souhaiterait établir l'abbé Sieyès en privilégiant une justice étatique piloté directement par l'État dans la continuité de l'Ancien Régime car comme vu plus haut « *l'abus répété de salarier le juge par la partie* »⁵⁸⁰ demeure une absurdité pour le député Thouret soucieux de trouver un accord au sein de l'Assemblée Constituante.

Cependant les arguments de Thouret ne s'arrêtent pas là et il va développer deux arguments supplémentaires pour jeter le discrédit sur le projet de l'homme d'église. Le député Thouret va comparer le projet Sieyès à une caricaturale action de charité en réduisant le jury de Sieyès à une mauvaise organisation judiciaire : « *La justice de Monsieur Sieyès serait davantage une institution de bienfaisance qu'un véritable plan d'organisation judiciaire* »⁵⁸¹ et pour montrer qu'il est aussi fin juriste, le député termine par un argument juridique en reprochant à l'auteur de « Qu'est-ce que le Tiers-État » de favoriser le cumul des fonctions judiciaires⁵⁸² ce qui s'inscrit à contre-courant des idées constituantes favorables à une justice qui sépare les fonctions⁵⁸³.

Si Beaumetz approuve sans réserve le discours du député Thouret, c'est surtout un autre député, un radical, qui va s'opposer à Thouret : le député Chabroud.

En effet le député Chabroud souhaite, comme Adrien Duport, le jury tant au civil qu'au criminel et par conséquent le projet de transaction proposé par Thouret est inconcevable selon lui ; pour montrer son profond désaccord Chabroud invoque sans

⁵⁸⁰ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

⁵⁸¹ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

⁵⁸² « *L'un des grands vices de ce plan est de permettre le cumul entre la judicature et la postulation* ». Si effectivement le projet Sieyès favorisait le cumul des fonctions judiciaires, il nous semble regrettable de le réduire à une « institution de bienfaisance ». En effet, ce plan de par son côté mixte n'était guère plus fantaisiste qu'un autre projet sur les jurés. Selon nous, cette « disgrâce » de l'homme d'église est surtout politique. Le juridique n'y étant qu'un prétexte pour écarter le vieil abbé.

⁵⁸³ Les constituants sont empreints d'une forte méfiance judiciaire.

surprise la complexité du système de Common Law⁵⁸⁴ où pourtant les jurys existent depuis longtemps et pointe le risque du retour de l'arbitraire judiciaire dans la magistrature française⁵⁸⁵ si l'on refuse à la justice civile le bénéfice du jury. Par voie de conséquence, dans une brève intervention, il demande un calque parfait sur les institutions d'Angleterre.

Mais, il se trouve également des députés pour soutenir le projet Thouret. Ainsi, le député modéré Deffernon s'oppose au jury civil mais défend le jury criminel au même titre que Thouret.

En effet il ne voit pas l'utilité du jury civil et ne souhaite pas multiplier les angoisses procédurales des citoyens car il estime que l'on doit prendre davantage de précautions en matière pénale quitte à admettre l'erreur judiciaire⁵⁸⁶.

Garat le Jeune prend à son tour la parole et pose deux conditions, qu'il juge « sine qua non » pour l'établissement des jurés : unanimité d'une part, suffrage de type censitaire d'autre part. En effet, ce député conservateur souhaite recruter les jurés parmi l'élite de la société : « *Les jurés doivent être pris dans les classes éclairés de la société* »⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ « *En Angleterre les jurés existent également et pourtant leur droit est aussi complexe que le nôtre* ». Archives Parlementaires, Série 1 (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

⁵⁸⁵ « *En refusant les jurés civils on laisse l'effroyable liberté au juge de dissocier le fait et le droit* ». Ibid.

⁵⁸⁶ Selon Deffernon, l'erreur judiciaire est un risque à prendre dans le cadre de la refonte de la justice. Cependant il estime que si la procédure est bien faite le risque d'erreur demeure minime mais pas nul.

Sur la question de l'erreur judiciaire on pourra se reporter à Benoît Garnot, *L'erreur judiciaire de Jeanne d'Arc à Roland Agret*, Paris, Imago, 2004.

⁵⁸⁷ Cette conception est intéressante parce qu'elle marque la résilience de la culture antique des députés de la constituante. L'influence des conceptions platonicienne ou cicéronienne se fait sentir. Voir sur ce point Jacques Bouineau, *Réminiscences de l'Antiquité sous la Révolution*, Thèse, Droit, Paris, 1984 ; Chantal Grell, *Le 18^{ème} siècle et l'Antiquité*, Thèse, Lettres, Paris, 1990.

Face à tant de désaccords et de clivages difficiles à surmonter, Tronchet décide de prendre la parole et de poser directement les questions que l'Assemblée Constituante doit absolument trancher tout en donnant sa feuille de route aux parlementaires :

1) « *Devons-nous admettre le jugement par jury ? Devons-nous l'admettre pour causes civiles comme pour les causes criminelles ?*

2) *L'impartialité est-elle la seule qualité de la justice ? Ne doit-elle pas être aussi impartiale qu'éclairée ?* »⁵⁸⁸.

Après avoir posé ces questions clés à l'Assemblée, Tronchet dresse son opinion qui est sans appel sur les jurés : « *Si je ne m'oppose pas à cet établissement c'est uniquement parce que je n'y aperçois pas autant d'inconvénients que dans son exécution aux causes civiles* ».

Mais il ajoute un peu plus loin : « Le peuple ne peut exercer la fonction de jurés, cela serait trop dangereux ». Si Tronchet réfute l'argument lié à la Common Law posé par Chabroud⁵⁸⁹, il demeure un libéral convaincu⁵⁹⁰.

Les Constituants mesurant leur impuissance à s'accorder sur la question des jurés face à tant de clivages politiques décident, dès lors, de renvoyer le vote à une date ultérieure afin d'apaiser provisoirement l'Assemblée.

Lors de la séance du 30 avril 1790⁵⁹¹, Adrien Duport défend à son tour son projet de jury criminel et civil en réaction au discours de Tronchet lors de la séance précédente.

⁵⁸⁸ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

⁵⁸⁹ « *L'obstacle invisible qui s'y oppose résulte des principes fondamentaux qui différencient notre législation de celle de l'Angleterre* », Tronchet.

⁵⁹⁰ « *Le pouvoir judiciaire doit garantir à chaque individu la jouissance de ses biens, sa liberté personnelle, son honneur et sa vie* ». Tronchet ; « *Je pense que la liberté individuelle sera toujours mieux garantie par des juges permanents que par ces juges amovibles que l'on nomme jurés* ».

⁵⁹¹ Séance du 30 avril 1790 portant décret sur l'établissement du jury criminel, Archives Parlementaires, Série I (1789-1799) Tome XV.

Cependant, Le Chapelier, futur auteur de la loi éponyme, estime que la vraie question est de savoir si le jury sera établi au criminel car le jury criminel équivaut au jury civil⁵⁹².

Le député Fréteau demande alors le renvoi du débat sur les jurés trop « prématuré » ; cependant, le député Dêmeunier apporte son soutien à Le Chapelier et désapprouve la proposition de Fréteau. Par conséquent, l'Assemblée décide de mettre la question des jurés en délibération et l'établissement des jurés en matière criminelle est approuvé tandis que le jury civil est rejeté par l'Assemblée Constituante⁵⁹³.

Nous venons de voir que le jury criminel a été adopté après de houleux débats parlementaires qui ont mis à jour de vrais clivages politiques. Néanmoins, cette étude des débats parlementaires relatifs au jury criminel montre une transformation sans précédent pour la figure du juge. En effet, cela montre que les constituants ont une vision citoyenne antique et désintéressée du juge.

En faisant entrer le citoyen dans la procédure pénale, ils montrent dès lors, que la fonction de juger n'est plus une fonction élitiste comme sous l'Ancien Régime. Elle devient bel et bien une fonction citoyenne et accessible à tout citoyen. Les restrictions sont simplement fiscales avec le citoyen payant l'impôt doté du bon sens cartésien⁵⁹⁴.

Cependant, cette épreuve du jury ne fut que la première parmi un ensemble plus vaste de débats à l'Assemblée Nationale Constituante sur la nouvelle organisation judiciaire. D'autres clivages difficiles attendaient les députés et allaient mettre à rude épreuve leur sentiment d'unité nationale.

⁵⁹² « Il faut consoler la Nation de n'avoir point de jurés en matières civile en lui en donnant en matière criminelle » Le Chapelier.

⁵⁹³ Archives Parlementaires, Série I (1787-1860), Tome XV, séance du 30 avril 1790.

⁵⁹⁴ Voir Nicolas Derasse, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et l'Empire (1792-1810)*, Thèse, Droit, Lille, 1998. Voir aussi David Moyaux, *Naissance de la justice pénale contemporaine : La juridiction criminelle et le jury : l'exemple du Nord*, Thèse, Droit, Lille, 2000.

§2 : Le baptême du feu de l'Assemblée Constituante : entre doutes politiques et débats sur la question judiciaire

Ces questionnements recourent la question géographique (A), la durée du mandat électif judiciaire (B) et si l'Assemblée Constituante fut divisée sur la nomination royale des juges (C), le consensus prévalut lors de la question relative aux procureurs (D).

A) *La question géographique des tribunaux*

Cette question fut abordée lors de la séance du 1^{er} mai 1790 et le député Chabroud prend la parole pour défendre des tribunaux ambulants⁵⁹⁵ qui ne recueille pas les faveurs unanimes de l'Assemblée. C'est pourquoi Briois de Beaumetz distingue deux justices, d'une part la justice de premier degré, d'autre part la justice d'appel. L'idée étant une transaction entre une justice d'instance sédentaire et une justice d'appel et de révision ambulante⁵⁹⁶.

Néanmoins, Garat l'ainé estime que ce débat est futile et qu'il vaut mieux se concentrer sur la question de l'arbitraire du juge⁵⁹⁷ bien qu'il laisse la voie à d'éventuels grands ressorts géographiques.

Tronchet prend alors la parole et prononce un discours fleuve sous les ovations de l'Assemblée nationale ; il se montre très favorable à la sédentarité des juges de

⁵⁹⁵ « Les campagnes demandent les assises car c'est un moyen pour elles que la justice soit à portée du justiciable ». Chabroud.

⁵⁹⁶ « Je distingue donc trois degrés : Un tribunal d'instance sédentaire au premier degré, une justice d'appel ambulante ainsi qu'un Tribunal de révision qui serait également ambulante. Cette ambulance tient à son essence ». Briois de Beaumetz. Archives parlementaires, Série I(1787-1860), Tome XV, séance du 1^{er} mai 1790.

⁵⁹⁷ « Ce n'est pas l'étendue des ressorts géographiques qui a corrompu les cours, c'est la trop grande puissance dans l'ordre des affaires. En un mot c'est l'arbitraire. Assurez le respect des rôles et les inconvénients des grands ressorts disparaîtront ». Garat l'Ainé.

première instance et convaincre l'Assemblée de rendre le décret instaurant les juges sédentaires en première instance⁵⁹⁸.

Les députés doivent maintenant trancher la question de l'appel : L'appel sera-t-il admis ou aboli ? Là encore, derrière une question qui peut nous sembler familière, l'Assemblée est traversée de clivages politiques sur cette question non négligeable.

Ainsi, un conservateur comme Pison du Galand s'y montre très favorable car pour lui, qui dit tribunal dit possibilité de faire appel⁵⁹⁹, alors qu'un progressiste comme La Rochefoucauld s'y oppose vertement au nom de l'infailibilité du peuple⁶⁰⁰. La Rochefoucauld reçoit le soutien du député radical Barnave puisque, selon lui, le rejet du jury civil vaut rejet de l'appel en matière criminelle. Pétion de Villeneuve vient apporter son soutien à la thèse hostile à l'appel mais sous l'angle financier et procédural⁶⁰¹. Néanmoins, il se montre favorable au système de l'instruction.

Face à ces oppositions, les Constituants décident de renoncer à l'appel en matière criminelle⁶⁰². Corolaire de cette adoption de l'appel en matière civile : la question de la sédentarité des juges d'appels, question traitée lors de la séance du 2 mai 1790⁶⁰³.

⁵⁹⁸ Après le discours de Tronchet l'Assemblée nationale rend le décret suivant « L'Assemblée décrète que les juges de première instance seront sédentaires ».

⁵⁹⁹ « *L'appel a existé dans toutes les nations où il y'a existé un tribunal. Sous les rapports moraux l'appel est avantageux* ». Pison du Galand.

⁶⁰⁰ La Rochefoucauld est très clair sur le sujet : « *Vous avez décidé les jurés au criminel hier ; il ne peut pas y avoir d'appel avec les jurés* ». La théorie de l'infailibilité du peuple dérive en réalité de Rousseau et se base sur le fait que les jurés sont l'émanation directe du peuple par conséquent les citoyens-jurés ne peuvent pas se tromper.

⁶⁰¹ « *Les appels multiplieront les frais de procédure et favoriseront les hommes riches* ». Pétion.

⁶⁰² Le décret rendu par l'Assemblée à la séance du 1^{er} mai 1790 décrète qu'il y aura double degré de juridiction en matière civile ». Il faudra attendre la réforme de 2000 sous le gouvernement Jospin pour que l'appel soit reconnu au pénal.

⁶⁰³ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), tome XV, séance du 2 mai 1790 relative au caractère ambulant des juges d'appel.

Le député Régnier refuse de voir des juges d'appels ambulants⁶⁰⁴ et pour cela il invoque le droit naturel et les honneurs publics⁶⁰⁵.

Thouret prend la parole et propose un système mixte dans la continuité de son image d'homme de transaction. Ainsi, son système propose que les juges soient découpés en deux sections : l'une sédentaire, l'autre ambulante⁶⁰⁶. Pour mieux convaincre l'Assemblée du bien-fondé de son système, il invoque le retour des grandes corporations judiciaires de l'Ancien Régime⁶⁰⁷.

Prugnon, quant à lui, demande la sédentarité des juges au nom de l'exemplarité de la justice pénale⁶⁰⁸ ce dont profite le député Tronchet pour ramener la séance à la question unique de la sédentarité⁶⁰⁹. Tronchet ajoute son opposition au système des juges ambulants car « *pour rendre facile d'accès la justice il n'est nul besoin d'avoir des assises* »⁶¹⁰. Ce qui rend novateur son discours est sans doute l'énonciation de quatre conditions nécessaires afin que la justice soit bien rendue : La facilité d'accès, le caractère expéditif, peu dispendieux et enfin que la justice soit être éclairée. Ces quatre conditions permettraient l'émergence d'une justice juste selon Tronchet⁶¹¹.

⁶⁰⁴ « L'institution des juges ambulants sera donc contraire à l'ordre naturel ». Régnier.

⁶⁰⁵ Ce même député Régnier estime « *L'objet sur lequel vous délibérez tient essentiellement à la liberté et il y tient tellement que vous la détruiriez en adoptant des juges d'assises. Vous écarteriez ainsi les personnes les plus estimables de la société des charges civiles* ». Régnier, séance du 2 mai 1790.

⁶⁰⁶ « *Un Tribunal en chaque département composé de peu de juge parce que son ressort est petit, divisé en deux sections, dont une seule est sédentaire dissipe complètement les alarmes. Aucune autre organisation ne réunit de bons effets et sauve de tous les inconvénients* ». Thouret.

⁶⁰⁷ « Voulez-vous éviter le grand danger des grandes corporations judiciaires et de l'association permanente des juges ? Nulle autre organisation combinaison ne vous le garantit avec autant de sûreté ». Thouret.

⁶⁰⁸ « La justice doit être expéditive tout le monde en convient, avec des juges ambulants elle serait à longue échéance ». Prugnon, Séance du 2 mai 1790.

⁶⁰⁹ « Je crois devoir ramener la séance à la seule question de l'ordre du jour : les juges du tribunal d'appel seront-ils sédentaires ». Tronchet, séance du 2 mai 1790.

⁶¹⁰ Intervention de Tronchet, séance du 2 mai 1790.

⁶¹¹ Ibid.

La première condition est relative à la proximité géographique puisque chaque justiciable doit avoir accès à la justice. La seconde condition pose une exigence de sévérité puisqu'il parle du caractère expéditif. Cette seconde exigence marque une continuité notable avec l'Ancien Régime. Cela montre aussi que l'Assemblée Constituante était attachée à la sévérité de la répression.

La troisième condition est relative au coût de la justice. Tronchet fait preuve de pragmatisme en évoquant un projet peu onéreux. Selon lui, cela montre aussi la bonne gestion des deniers publics.

Enfin une justice éclairée suppose d'avoir des hommes de lois formés et compétents pour exercer la profession de juge. On peut faire un parallèle entre cette exigence de justice éclairée et le parcours d'un juriste de l'Ancien régime. Tronchet termine son discours en réaffirmant sa ferme opposition à l'ambulance des juges⁶¹².

Lors de la séance du 3 mai⁶¹³, les constituants continuent de débattre de l'organisation judiciaire, en témoigne ce soutien ferme de Goupil à la proposition du « Plan Thouret »⁶¹⁴. Si Goupil est favorable à la proposition de Thouret c'est pour des raisons mathématiques⁶¹⁵ et politiques⁶¹⁶.

L'argument mathématique peut surprendre au premier abord. Il traduit bien le rejet qu'inspiraient les anciennes corporations judiciaires au sein de l'Assemblée

⁶¹² « Avec des assises celui qui pourrait être jugé en quinze jours après le départ des juges sera renvoyé à l'année prochaine ». Tronchet, séance du 2 mai 1790.

⁶¹³ Archives parlementaires, Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 3 mai 1790.

⁶¹⁴ « Mr Thouret propose de réduire l'ambulance à deux départements. La dépense sera moins considérable ». Goupil, séance du 3 mai 1790.

⁶¹⁵ « Ce ne sont pas dans les tribunaux les plus nombreux que les décisions sont les plus réfléchies. Au contraire moins ils sont nombreux, plus ils sont raisonnables ». Goupil, séance du 3 mai 1790.

⁶¹⁶ « Ainsi le plan de Mr Thouret n'a pas les inconvénients qu'on lui prête et ainsi beaucoup d'avantages ». Goupil, séance du 3 mai 1790.

Nationale Constituante. Il symbolise également l'enracinement du raisonnement mathématique appliqué aux sciences humaines et sociales⁶¹⁷.

A l'inverse, le député Milseent prend le parti de la proposition de Tronchet et s'oppose de manière farouche au système de l'ambulance des juges. Selon ce constituant « *l'ambulance serait un fléau dont vous accableriez la France* » et « *rime avec chicane procédurale* »⁶¹⁸. Malgré le « plan Thouret » qui se voulait une œuvre de conciliation, l'Assemblée se rallie à Tronchet et vote le principe de sédentarité pour les juges d'appel.

Les constituants doivent à présent se prononcer sur la question suivante : Le juge sera-t-il amovible ou non ? Il y a sans surprise un consensus autour de l'amovibilité du juge car cette limite temporelle constitue un garde-fou constitutionnel impératif selon l'Assemblée Constituante⁶¹⁹. C'est donc sans réelle difficulté que les constituants adoptent le système de l'amovibilité des juges. Il reste donc deux questions brûlantes à trancher : d'une part, celle de la nomination des juges, d'autre part, celle de la durée de leur mandat.

B) La question de la durée des juges

L'Assemblée Nationale Constituante ne s'est jusqu'à présent prononcé que sur des questions spatiales et géographiques. Le thème de la temporalité n'a jamais été

⁶¹⁷ Sur ce point voir Supra.

⁶¹⁸ « Des juges ambulants ne nous conviennent pas dans une société où la chicane et l'intrigue feront jouer tous leurs ressorts ». Milseent, séance du 3 mai 1790.

⁶¹⁹ D'André estime que « l'inamovibilité est un choix sûr pour avoir de mauvais juges » ; dans cette lignée Buzot pense que l'inamovibilité fera que « les juges se coaliseront avec le pouvoir monarchique et s'empareront des législatures ». Dans un registre beaucoup plus solennel, Roederer souhaite que « les juges soient temporaires. Je le demande pour l'intérêt des juges, de la justice et pour l'intérêt national ».

abordé jusqu'à présent. La temporalité découle en réalité de l'amovibilité des juges. En effet, si un juge est là pour une durée limitée encore faut-il déterminer cette durée. Si les propositions de durées diffèrent, elles sont néanmoins proches les unes des autres⁶²⁰ et c'est sans réelle difficulté que le mandat des juges est fixé à six années. En revanche la question de leur réélection fut encore plus délicate.

Ainsi, les députés Barnave et le Comte de Vorien, d'une part, et le député Garat l'aîné, de l'autre, vont débattre de manière passionnelle sur la question de la réélection des juges. Si les premiers y sont favorables au nom de l'impartialité du juge⁶²¹, le second y voit une forme de dérive personnelle pour les magistrats⁶²². Cependant, faute de soutien notable en faveur de Garat l'aîné, les constituants adoptent le principe de la réélection des juges. Il reste désormais l'autre versant à trancher : la nomination.

C) La question sensible de la nomination royale

Cette question est l'une des plus délicates que les constituants eurent à trancher. Elle est un autre symptôme des forts clivages politiques qui traverse l'Assemblée Nationale. La discussion devait initialement débiter lors de la séance du 5 mai 1790⁶²³. Cependant, les députés se cristallisèrent très vite sur la question de la nomination royale jusqu'à former deux blocs antagonistes.

⁶²⁰ La plupart des députés demandent 6 ans, certains 5 ans et d'autres 4 années.

⁶²¹ « En réélisant le juge, on pourra le soustraire à l'oppression, on assurera la liberté du citoyen et l'impartialité du juge. S'il n'y a pas de réélection il n'y a ni liberté publique ni juges éclairés ». Barnave, séance du 3 mai. 1790. Le comte ne dit pas autre chose « Je ne puis entendre que l'homme dont le suffrage est pour ainsi dire une loi parce qu'il a gagné la confiance publique ». Comte Vorien, séance du 3 mai 1790.

⁶²² « Si vous décidez des réélections des juges vous aurez des juges accessibles à l'intérêt personnel ». Garat l'aîné, séance du 3 mai 1790.

⁶²³ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), tome XV, séance du 5 mai 1790.

Les partisans de la nomination des juges par le roi sont, sans surprise, les conservateurs. Parmi eux il est possible de mentionner le comte de Clermont-Tonnerre, Buzoche, Cazalès, Garat l'ainé et l'abbé Maury.

A l'opposé les opposants, à toute intervention royale, dans la nomination des juges sont le prêtre Mougins de Roquefort, Chabroud, La Reveilleire et le comte de Mirabeau. Les débats furent vifs et l'assemblée n'eût d'autre choix que d'ajourner au lendemain la séance.

Ce fut donc le lendemain que la question de la nomination royale pût être réellement débattue. Afin de calmer les esprits et de trancher cette épineuse question, Briois de Beaumetz propose d'articuler le débat autour des trois questions suivantes : *En premier lieu, le roi pourra t'il refuser l'installation des juges ? En second lieu, les électeurs présenteront ils un ou plusieurs candidats ? En dernier lieu, le juge recevra t'il ses patentes du sceau du Roi*⁶²⁴ ?

Roederer propose de fusionner et reformuler les deux premières questions car elles se rejoignent selon lui⁶²⁵. Il s'ensuit un bref débat sur la formulation de la question et finalement la question est mise aux voix sous la forme suivante :

« *Les juges seront- ils institués par le Roi ?* »

Le député Mallouet se montre partisan de la nomination royale car il s'agit sans hésitation d'une prérogative royale. De plus, selon lui, si le roi est écarté, il n'a plus de

⁶²⁴ Archives parlementaires, Série I (1789-1799), tome XV, intervention du député Briois de Beaumetz, séance du 6 mai 1790.

⁶²⁵ « Les trois questions de Mr Beaumetz n'en forment que deux ; la seconde et la première peuvent se résumer en une seule : le roi concourra-t-il par son suffrage à l'élection des juges ? ». Roederer, Séance du 6 mai 1790.

raison d'exister⁶²⁶. Le député Barnave ne partage pas ce point de vue et le fait clairement savoir. L'opposition de Barnave se construit en invoquant la stricte séparation des pouvoirs⁶²⁷. Montlosier et le comte de Mirabeau répondent à Barnave de manière tranchée mais différente. Tandis que le premier souhaite élargir le débat autour de la question de la liberté⁶²⁸, le second réaffirme son soutien à Barnave⁶²⁹.

Lors de la séance du lendemain⁶³⁰, soit le 7 mai 1790, un échange verbal tendu à lieu entre les députés Roederer et Buzoges sur la nomination royale. L'assemblée adopte toutefois à la majorité, 503 voix contre 450, le texte. Ce décret prévoit le principe lors de la présentation au Roi d'une candidature unique pour les fonctions judiciaires. La question de la nomination des juges par le pouvoir royal n'est cependant pas encore tranchée.

Ce sera chose faite lors de la séance du 8 mai⁶³¹ au cours de laquelle les députés, après de brefs échanges, valident le principe selon lequel le juge reçoit ses patentes du roi. Dès lors, la nomination des juges par le Roi ne pouvait être que validé pour des raisons de cohérence institutionnelle et politique.

Ainsi, nous venons de terminer la très sensible question de la nomination royale et par là même le débat relatif aux magistrats du siège. Néanmoins il reste une catégorie de juge dont il nous faut parler : le Parquet. De manière étrange, les débats

⁶²⁶ « Si vous prononcez que le Roi n'a pas ce pouvoir, ce que vous lui laissez n'est qu'une fiction dérisoire. Vous dépouillez le trône d'une grande dignité. Vous anéantissez cette belle situation qui fait participer les tribunaux sans qu'ils y subissent l'influence ». Mallouet, séance du 6 mai 1790.

⁶²⁷ « Le Roi est à côté du tribunal pour faire exécuter le jugement ». Barnave, séance du 6 mai 1790.

⁶²⁸ « Hors de la loi, la liberté n'a point de sens ». Montlosier, séance du 6 mai 1790.

⁶²⁹ « Le Roi sera à côté des tribunaux. Si le Roi est à côté des tribunaux il est dehors ». Comte de Mirabeau, Séance du 6 mai 1790.

⁶³⁰ Archives Parlementaires, Série I (1789-1799), tome XV, séance du 7 mai 1790.

⁶³¹ Ibid, séance du 8 mai 1790.

parlementaires seront plus apaisés concernant les procureurs royaux. Ce calme tranche avec ceux sur les magistrats du siège.

D) L'ultime question ou le débat sur le parquet

La question des procureurs est abordée lors de la séance du 8 mai 1790 sous la formulation suivante : « *Les officiers du ministère public sont-ils à l'entière nomination du Roi ?* »⁶³².

Paradoxalement, un certain consensus transparait à la lecture des archives parlementaires. De plus la proposition du député d'André de ne pas pouvoir nommer de membres de l'Assemblée Constituante en qualité de procureur général est unanimement saluée.

Bien entendu, il reste quelques réfractaires à la nomination royale des procureurs mais ceux-ci représentent une faible portion des constituants⁶³³.

Ainsi, le décret, pris par l'Assemblée lors de sa séance du 8 mai 1790, établit les procureurs royaux à vie et le droit pour le Roi de les nommer. Ce droit de nomination des procureurs royaux reste une maigre consolation pour le Roi Louis XVI. En effet Les débats qui précèdent ne lui laissent qu'un rôle minimum. Ils préludent la Constitution du 3 septembre 1791⁶³⁴ où le roi Louis XVI possède essentiellement une fonction symbolique⁶³⁵.

⁶³² Archives Parlementaires, Série I (1787-1860), Tome XV séance du 8 mai 1790.

⁶³³ Tel est le cas du député Defernon. La Constituante reste monarchiste et à ce titre maintient le roi jusqu' à la prise des Tuileries du 10 août 1792. Il est donc logique qu'elle se montre favorable à la nomination royale.

⁶³⁴ Voir Archives Parlementaires, Série I (1787-1799), Tome XXX, séance du 3 septembre 1791, p. 189. Lanjuinais et Dupont de Nemours résumant bien l'état d'esprit du moment : « *La Constitution est terminée et elle ne peut rien ne peut y changer* ».

⁶³⁵ Cette constitution reste encore sujette à débat. Si Carré de Malberg réfute que cette Constitution n'est pas monarchique, contrairement à Brunet. François Furet, Ran Halévy et Boris Mirkhine-Guétzévitch y voient une « *monarchie républicaine* ». La troisième voie est celle de Guillaume Glénard qui estime cette Constitution de

L'Assemblée avait commencé à bâtir sa cité idéale en transformant radicalement le système. Cependant, les archives parlementaires nous enseignent deux points fondamentaux.

En premier lieu, la refonte de l'organisation judiciaire est une question politique et les constituants n'ont pu faire l'économie de leurs contradictions derrière une homogénéité relative.

En second lieu, « la cité idéale de Justice » concerne exclusivement les magistrats du siège car c'est ce juge-là qui suscite une volonté de transformation. En revanche, la continuité demeure importante en ce qui concerne les procureurs royaux puisque leur nomination et leur institution à vie par le Roi firent consensus au sein de l'Assemblée Nationale.

Il s'ensuivra un débat tout aussi majeur et qui marqua un tournant dans les débats parlementaires : il s'agit du débat sur la peine de mort qui sera de nouveau éprouvant pour les Constituants. Cette question de la peine de mort posant la question du transfert de souveraineté nationale. Cette question divise profondément les Constituants car la question sous-jacente est celle du droit de grâce par le Roi. Il est possible de classer ces divisions en trois blocs. Le premier est celui des abolitionnistes dont les fervents partisans sont Lepeletier de Saint Fargeau⁶³⁶ et Robespierre. Toutefois ils sont extrêmement minoritaires. Le second est celui des partisans de la peine de mort et de la grâce royale. Ce sont essentiellement des

1791 comme « une monarchie constitutionnalisée ». Voir Pierre Brunet, *Vouloir pour la Nation : Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, LGDJ, 2004, p. 396 ; François Furet, Ran Halevy, *La monarchie républicaine : La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996, p. 605 ; Guillaume Glenard, « Sanctionner : parfaire la loi », *Clio, Themis*, n°6 : « Les sources matérielles de la loi sous la Révolution (1789-1795) », septembre 2013, <http://www.cliothemis.com/Sanctionner-parfaire-la-loi#nh56>.

⁶³⁶ Voir Archives Parlementaires (1787-1860), Série I (1787-1799), Tome XXVI, séance du 30 mai 1791.

députés conservateurs. Cependant des dissensions internes voient le jour. Le dernier bloc est celui des indécis modérés. Ils représentent la très grande majorité de l'Assemblée Constituante. Faute d'émergence d'un bloc par rapport à un autre, les députés se résignent à un compromis. La peine de mort est maintenue mais la grâce royale est abolie⁶³⁷. On retrouve ici l'influence de Beccaria et sa promptitude de la peine. Les députés maintiennent donc la peine de mort par défaut. Dans leur esprit cela doit rester l'exception au profit de l'emprisonnement. Ils ne se doutaient pas un seul instant que leurs successeurs allaient inverser leur raisonnement et instaurer la peine capitale comme peine de référence.

Les doutes politiques des constituants étaient en grande partie justifiés. En effet, l'Assemblée Législative qui suivit ne sut imprimer sa marque puisqu'elle siégea à peine une année. La première république, elle, allait amener des changements radicaux qui mirent en avant les limites de la justice révolutionnaire et du système politique. Ainsi les failles de la justice révolutionnaire de l'époque ne sont en réalité que le reflet d'une instabilité politique croissante et inexorable.

Section 2 : Le juge criminel face au jury populaire

Nous savons, aujourd'hui, grâce à de nombreuses études archivistiques et aux travaux du professeur Royer et du professeur Martinage⁶³⁸, les dysfonctionnements procéduraux que le jury entraîna. Cependant, ces études ne sont qu'une

⁶³⁷ Voir Ibid, tome XXX, séance du 6 septembre 1791, p250. L'article 3 du code pénal de 1791 était ainsi rédigé : « Tout condamné à mort aura la tête tranchée ».

⁶³⁸ Voir Jean-Pierre Royer, *L'assemblée au travail* in Jean-Pierre Royer, Renée Martinage (sous la direction), *les destinées du jury criminel*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990.

« photographie de la procédure révolutionnaire ». Si elles montrent les conséquences, elles ne montrent pas les causes politiques de cet affrontement procédural entre le juge et le jury. En effet, l'origine même de ces futures tensions entre juges et jurés sont contenues dans les débats parlementaires⁶³⁹. Cette confrontation est avant tout politique car elle résulte de choix politiques de la part des députés constituants. L'objectif politique de la constituante fut d'instaurer le jury afin de contrôler, de garroter la justice. Ce sera chose faite avec l'instauration du jury citoyen. Ces choix montrent que les députés constituants voulaient régénérer la société par la justice⁶⁴⁰. Bâtir une société nouvelle en la reconstruisant à leur image.

Le refus du jury à l'anglo-saxonne marque un tournant décisif dans les débats à l'assemblée et exprime bien la volonté des constituants d'inventer un jury « à la française » en renonçant à se calquer sur la Common Law comme le préconisait Adrien Duport (§1). Toutefois, les clivages politiques ne vont pas disparaître pour autant, et, par conséquent, l'assemblée accouche de sa progéniture judiciaire, ce jury « à la française » qui s'avère fort éloigné de son modèle d'origine (§2).

§1 : Le refus idéologique et technique du jury anglo-saxon

Ce rejet du jury anglais se traduit de deux manières. En premier lieu, les constituants vont s'opposer au jury civil (A). En second lieu, il y aura une coupure rigide entre le juge et les jurés (B).

⁶³⁹ Archives parlementaires, Série I (1787-1860), tome VIII à XXXII.

⁶⁴⁰ Voir Mona Ozouf, *L'Homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 116-117.

A) *Les arguments politiques du refus du jury anglais par les Constituants*

Si le principe du jury est relativement vite adopté, sa forme divise profondément. « *Tout le monde veut le jury mais chacun veut l'organiser différemment* »⁶⁴¹.

Nous avons vu précédemment que le discours de Nicolas Bergasse avait fait sensation auprès des députés. Pourtant, cette même Assemblée constituante refuse le jury au civil. Comment un tel paradoxe peut-il s'expliquer ? Tout d'abord, il est probable que les constituants se soient rendu compte que l'instauration du jury pose plus de problèmes qu'ils ne l'imaginaient. L'instauration des jurés est clivant et problématique. Si les intentions sont louables, la mise en œuvre est impossible. Sauf à provoquer un nouveau dérapage budgétaire encore plus fort⁶⁴². En effet, la royauté avait accumulé les dettes et creuser le déficit budgétaire sans arriver à rééquilibrer les comptes publics de manière durable. C'est donc aux constituants qu'incombe la lourde tâche de solder et d'épurer l'ensemble du passif financier de l'Ancien Régime.

Mais, surtout, ce qui va convaincre les constituants d'écarter le jury civil, c'est la trop grande technicité du droit civil français en lui-même. De plus, dans la nouvelle

⁶⁴¹ Archives Parlementaires (1787-1860), Série I (1787-1799), tome XV. Cette citation de Tronchet met bien en évidence les problèmes et les divergences que rencontrent les Constituants.

⁶⁴² Lors de la séance du 21 avril 1790, l'Assemblée évalue à 3,5 millions de livres françaises et l'abbé Maury demande un rapport financier afin d'évaluer la dette publique du royaume. Voir Archives Parlementaires, Série I (1787-1799), tome XV.

architecture judiciaire, les députés ont privilégié la conciliation⁶⁴³. Par conséquent, l'idée même de procès civil leur est étrangère. Dans l'esprit des constituants, le règlement alternatif des conflits doit être le principe, le procès civil doit rester l'exception. Un indicateur vient soutenir cette philosophie d'une justice civile conciliatoire : le temps des débats. En effet, la discussion générale sur les modalités d'instauration du jury est très longue⁶⁴⁴. Elle recouvre l'ensemble de l'année 1790. Pourtant, la décision de rejeter le jury civil intervient relativement tôt dans l'année, le 30 avril 1790⁶⁴⁵. Ainsi, le refus du jury civil manifeste bien le rejet par les députés constituants d'une solution. Une solution qui consisterait à reprendre le modèle anglais. Cela ne signifie pas que le « citoyen-juge » n'existe pas dans les juridictions civiles. Il est simplement représenté différemment. Le système de conciliation doit rester le principe pour régler les litiges car les conciliateurs sont des citoyens. En effet, dans l'architecture révolutionnaire, en matière civile, « *les arbitres seront de simples particuliers entourés de l'estime de leurs proches en tous cas et toutes matières sans exception* »⁶⁴⁶. Cela démontre bien une volonté de déjudiciariser la

⁶⁴³ La conciliation est un mode alternatif de règlement des litiges mis en place par les constituants afin d'encourager les transactions. La conciliation se déroulait devant des citoyens ; l'idée phare était de mettre en place une procédure civile accessible, transactionnelle et dénuée de toutes chicanes procédurales. En effet, dans l'architecture révolutionnaire, en matière civile, « *les arbitres seront de simples particuliers entourés de l'estime de leurs proches en tous cas et toutes matières sans exception* »⁶⁴³. Cela démontre bien une volonté de déjudiciariser la justice et d'associer le citoyen à travers les modes amiables de règlement des litiges. Duport ne dit pas autre chose quand il estime que « *les arbitres pourront se décider non d'après les lois mais d'après la pure et simple équité* »⁶⁴³. Prugnon enchaîne sur les justices de paix « *Ce mot me fait du bien au cœur* »⁶⁴³ pour montrer les bénéfices des procédures conciliatoires devant le tribunal de paix. L'objectif de ces justices de paix était de permettre « une justice conciliatoire de proximité. Les constituants conçoivent ces tribunaux comme des tribunaux ruraux pour les habitants des campagnes désireux d'obtenir une justice prompte, facile et basée sur le bon sens cartésien.

⁶⁴⁴ Le jury était déjà présent dans le discours de Nicolas Bergasse, séance du 17 juillet 1789, Tome VIII. Cependant les travaux législatifs démarrent en mars 1790, les principes étant vite adoptés entre mars et avril, séances du 24 mars 1790-30 avril 1790, Tome XII et XIII. En revanche l'organisation procédurale durera jusqu'à la promulgation du code pénal de 1791, Tome XIV à XXXI.

⁶⁴⁵ Archives Parlementaires, Série I, séance du 30 avril 1790, Tome XIII.

⁶⁴⁶ Article 2 de la loi des 16 et 24 août 1790.

justice et d'associer le citoyen. Cette « association » du citoyen à la justice se fait à travers les modes amiables de règlement des litiges. Duport ne dit pas autre chose quand il estime que « *les arbitres pourront se décider non d'après les lois mais d'après la pure et simple équité* »⁶⁴⁷. Prugnon enchaîne sur les justices de paix « *Ce mot me fait du bien au cœur* »⁶⁴⁸ pour montrer les bénéfiques des procédures conciliatoires devant le tribunal de paix. L'objectif de ces justices de paix était de permettre « une justice conciliatoire de proximité. Les constituants conçoivent ces tribunaux comme des tribunaux ruraux pour les habitants des campagnes désireux d'obtenir une justice prompte, facile et basé sur le bon sens cartésien⁶⁴⁹. Ainsi, la représentation du citoyen est contenue dans les deux procédures mais une différence majeure les sépare : tandis que la justice civile se veut une justice amiable grâce aux transactions rendues exécutoires par les arbitres, la justice criminelle et le jury se veulent l'affirmation du transfert de souveraineté du roi vers la Nation.

Ce refus du jury anglais n'est pas tout à fait unanime. Il traduit, de surcroît, les premières tensions politiques au sein de l'Assemblée constituante qui donneront naissance ultérieurement au clivage plus marqué entre les libéraux et les radicaux.

L'assemblée constituante est majoritairement constituée de juristes. Cependant la réalité politique se traduit par deux blocs : d'une part les libéraux⁶⁵⁰ incarnant la

⁶⁴⁷ Adrien Duport cité in Jean -Pierre Royer, Nicolas Derasse, Bernard Durand, Jean-Pierre Allinne, Jean-Paul Jean, *Histoire de la justice du 18^{ème} siècle à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, Droit, 2016, 5^{ème} édition, p. 254.

⁶⁴⁸ Ibid p. 255.

⁶⁴⁹ Ibidem p. 256.

⁶⁵⁰ Le mot « libéral » est à prendre dans son sens originel : favorable à la liberté. Les libéraux sont également monarchistes favorables à une société oligarchique basée sur la propriété foncière. Ils se caractérisent également par un libéralisme économique et un conservatisme sociétal. La volonté d'un suffrage très censitaire est représentative d'opter pour une société de notables fonciers.

frange droite de l'assemblée et d'autre part, les démocrates⁶⁵¹ incarnant la frange gauche des constituants.

Face à une gauche démocratique et anti-libérale favorable au calque absolu sur le jury anglais, il y a les libéraux qui sont, eux, opposés, partiellement ou totalement, au jury.

Les premiers y voient l'occasion d'ériger le jury comme symbole de la liberté démocratique, le symbole absolu du « citoyen-juge » voulu par Adrien Duport et Barnave. Selon cette vision, le jury anglais serait le meilleur car il implique le citoyen dans l'administration de la justice civile et pénale et transfère la souveraineté du Roi vers le citoyen. D'un point de vue technique, le jury anglais est envisagé comme l'aboutissement de la refonte totale de l'ordre judiciaire puisqu'il s'agit pour les radicaux de passer d'une procédure inquisitoire à une procédure intégralement accusatoire. De plus, un tel jury serait un excellent contrepoids citoyen pour « surveiller » le juge.

Il faut relever ici que, s'il est incontestable que la procédure anglaise était bien de nature accusatoire, cette frange gauche de l'Assemblée Constituante commet une lourde erreur d'interprétation sur le jury anglais. En effet, la souveraineté nationale anglaise demeure attachée au sceptre et au trône de Georges III d'Angleterre⁶⁵². Le jury anglo-saxon n'est en aucun cas le signe d'un transfert de souveraineté politique. De plus d'un point de vue strictement technique, le jury est surtout envisagé comme

⁶⁵¹ Le mot « démocrate » est à prendre dans le sens d'une gauche démocratique et antilibérale. Il se caractérise par un refus du libéralisme économique, la loi sur le maximum en est un bon exemple. On trouve chez eux le désir d'un suffrage le moins censitaire possible.

⁶⁵² Voir Edouard Tillet, *La constitution d'Angleterre dans la France des Lumières : un modèle politique et institutionnel*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

une institution « subsidiaire » en Angleterre⁶⁵³. Le citoyen collabore avec la justice de manière empirique, il n'a pas vocation à devenir un organe institutionnel qui serait destiné à « contrôler le juge »⁶⁵⁴.

De l'autre côté de l'Assemblée Constituante, la frange droite des Libéraux, elle, est opposée au jury tant d'un point de vue philosophique que d'un point de vue technique. Cette frange de l'Assemblée est incarnée par Cazalès, Garat l'aîné, les abbés Mougins de Roquefort et Sieyès⁶⁵⁵.

Si Cazalès et ses homologues conservateurs s'opposent au jury c'est à la fois pour des raisons politiques et techniques.

D'un point de vue politique, selon les conservateurs, le jury trahirait la démocratie libérale représentative car un transfert de souveraineté du Roi vers la Nation est simplement inenvisageable à leurs yeux. En effet, le Roi doit rester le seul titulaire de la souveraineté et le suffrage ne doit pas être universel car seuls les propriétaires fonciers sont dignes d'être citoyens. Dans ces conditions la mise en place d'un jury anglais s'apparente à de la démocratie directe tel que la préconisait Rousseau. C'est là encore, la preuve d'une mauvaise perception des réalités anglaises du jury. Comme si, finalement, pour des raisons culturelles, la philosophie française et les députés de l'Assemblée Nationale Constituante étaient incapables de correctement interpréter le fonctionnement du jury à l'anglaise. Ce qui fausse, évidemment, les justifications comme les arguments de rejet qu'ils peuvent formuler. Cette question

⁶⁵³ Voir Antonio Padoa-Schioppa, *The trial Jury in England, France and Germany (1700-1900)*, Berlin, Chez Humphrecks et Bold, 1987.

⁶⁵⁴ Ibid.

⁶⁵⁵ Bien que l'abbé Sieyès soit difficilement classable sur le plan politique, son refus du jury anglais et son propre plan d'organisation judiciaire nous incite à le classer parmi les conservateurs.

de « transfert » de souveraineté est sans doute révélatrice des représentations françaises de la souveraineté, plutôt que des réalités anglaises⁶⁵⁶.

Il ne faut donc pas être surpris d'entendre Garat l'Aîné estimer que « *les jurés doivent être recrutés dans les classes les plus éclairés et les plus fortunés de la Nation* ». D'un point de vue technique, il s'oppose également à l'importation du droit anglais au motif que la procédure inquisitoire est la seule garante d'équité et de certitude.

Derrière ce conflit purement politique se cachent l'anthropologie du droit et la dimension culturelle du droit : Peut-on importer le droit au même titre qu'une marchandise économique ? Est-il même possible de le faire ?

Les constituants font, en l'espèce, une double lecture opposée et irréconciliable de Montesquieu et de son ouvrage-fleuve *De l'Esprit des lois*. Et probablement, sinon fausse, du moins biaisée, dans les deux cas. Les conservateurs raisonnent de la manière suivante : le droit est « culturel ». Ils font une interprétation stricte, voire restrictive, de la phrase de Montesquieu : *Il appartient à chaque nation de définir son propre droit* »⁶⁵⁷. En d'autres termes, le jury anglais quel que soit son efficacité, ne saurait être transposé dans son intégralité. Selon eux, la France n'a pas la culture juridique anglaise adaptée.

⁶⁵⁶ Voir Marcel Couffin, *La représentation de l'Angleterre dans les débats de l'Assemblée Constituante (1789-1791)*, Thèse, Lettres, Paris, 1993 ; voir également Edouard Tillet, *La constitution anglaise au 18^{ème} siècle : un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

⁶⁵⁷ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Livre I, Chapitre III, Chez Nourse, Londres, 1772.

De même, l'argument se tient d'un point de vue anthropologique puisque la culture de l'écrit est beaucoup plus développée en France qu'en Angleterre⁶⁵⁸. L'ordonnance criminelle de 1670 y voyait un gage d'égalité entre les trois ordres de la société. De plus, le rapport à l'État et la culture politique française sont foncièrement différents de ceux observés en Angleterre. La France a une tradition centralisatrice et un attachement passionnel à l'égard de l'État. Le royaume anglais, construit par la voie procédurale et autour des cours de justice, ne connaît pas cette passion pour l'État. La France a cette spécificité d'avoir inversé le processus de construction étatique et judiciaire. L'État et donc les juges français sont nés avant la Nation souveraine.

L'État a enfanté la Nation⁶⁵⁹. Or, en Angleterre, si les juges incarnent eux aussi l'État, la Nation s'est construite de manière empirique. De cette nation anglaise naquit l'État d'Angleterre⁶⁶⁰. De plus, les deux États sont unitaires au sens constitutionnel. La France a conservé toutefois, une organisation politique, administrative et judiciaire fortement centralisée. L'argument culturel est éclairant, mais il doit cependant être utilisé avec parcimonie afin d'éviter toute confusion. Il faut toujours en revenir aux archives parlementaires.

À l'inverse des précédents députés évoqués, Duport et Barnave voient en Montesquieu, l'exportateur du droit anglais en raison de son chapitre VI sur la

⁶⁵⁸ Voir l'ouvrage d'Adhémar Einsheim, *Histoire de la procédure criminelle inquisitoire depuis le 13^{ème} siècle*, Paris, Edition de Paris-Sorbonne, 2010 (date de réédition).

⁶⁵⁹ La datation de l'État est, selon l'usage à la fin du 12^{ème} siècle, la datation de la Nation est la proclamation du Tiers-État en juin 1789. Voir Jean-Louis Harouel (sous la direction), *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution française*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

⁶⁶⁰ Voir Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

constitution d'Angleterre⁶⁶¹. Ici l'argument est différent : c'est parce que le droit anglais est bon dans la culture juridique anglo-saxonne qu'il a vocation à s'exporter en France. En d'autres termes, les antilibéraux vont faire peser par leurs arguments une présomption irréfutable de bonne foi du jury anglais. Après tout, Adrien Duport ne décrit-il pas le jury anglais comme « *un boulevard de la liberté* »⁶⁶² ?

L'abbé Sieyès, lui, se distingue par son côté iconoclaste. Il se situe parmi les anglophobes et réfute toute importation de la Common Law. Il voit dans le jury l'occasion de faire renaître la pairie⁶⁶³. Cependant, il tient à franciser le nom, optant pour « juri » au lieu de « jury ». Ce que souhaitait l'abbé réformateur est en fait un jury composé de juristes et de citoyens. L'objectif étant de ne pas séparer le fait et le droit car l'homme d'église avait conscience de la technicité du droit. L'abbé Sieyès consentait bien aux jurys civils et au jury criminel. Son plan prévoyait, par précaution, que le jury serait composé aux trois quarts d'hommes de lois afin d'avoir un jury citoyen accompagné de technicien juridique. En d'autres termes, le jury de Sieyès faisait primer la technicité du droit au détriment du caractère citoyen. Or, l'Assemblée est acquise au principe du jury citoyen. Elle a pour base une justice dénuée de procédure. Dans ces conditions, le jury proposé par Sieyès ne trouve aucun écho dans l'hémicycle.

⁶⁶¹ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (baron de), *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI, Londres, Chez Nourse, 1772.

⁶⁶² Archives parlementaires (1787-1860), Série I (1787-1799), Tome XIII, Séance du 30 avril 1790.

⁶⁶³ La pairie est l'acte consistant à être jugé par ses pairs, ses semblables. Ainsi sous l'Ancien régime, un noble pouvait être jugé uniquement par ses pairs au nom du principe de la pairie. Le jury ne remet pas en cause la pairie mais inverse l'ordre des choses. Ainsi les citoyens sont jugés par des citoyens, la pairie n'est plus verticale, elle devient horizontale. C'est pourquoi nous parlons du jury comme « un droit de pairie citoyen inversé » par opposition à la pairie de l'ancien régime qui était exclusivement réservée aux élites.

Si Jean-Denis Bredin évoque un mot fort en parlant de « *disgrâce* »⁶⁶⁴, il n'a pas totalement tort sur le fond. Ce n'est pas l'abbé Sieyès qui a changé, c'est l'Assemblée Nationale Constituante.

Les conceptions de Sieyès ne prévaudront pas. Son projet de jury sera battu en brèche, lors des débats, par Duport et Thouret, et finalement rejeté⁶⁶⁵. Ce rejet marque les divergences processuelles entre Sieyès et les Constituants. Paradoxalement, il faut le souligner, ce rejet du projet de jury de l'abbé intervient alors même que celui-ci ne souhaitait pas du tout s'aligner sur le jury anglais. L'Assemblée de 1790 a rejeté un jury adapté à la France voulu par Sieyès. Les députés ont préféré un compromis insatisfaisant. Ce dernier conduira finalement le jury français à être une pure création de la Révolution de 1789. C'est sur le projet de Sieyès, au fond, que se cristallisent les hésitations politiques de l'Assemblée.

Face à ces divisions apparemment irréconciliables, une personnalité de la Constituante va émerger afin de trouver un compromis politique : il s'agit de Thouret. Pour autant, le projet politique proposé reste insatisfaisant.

B) Le compromis politique insatisfaisant : le plan de Thouret

Lors des débats, les Constituants ont commis une erreur qui rendra leur nouveau système totalement inopérant. Il s'agit du cloisonnement rigide entre jurés et juge ;

⁶⁶⁴ Jean-Denis Bredin, « Sieyès et le jury civil » in Robert Badinter, *Une autre justice*, Paris, Fayard, 1989, pp. 189-203.

⁶⁶⁵ Voir Archives parlementaires (1787-1860), Série I(1787-1799), Tome XIII. Voir également l'article de Jean-Denis Bredin, « Sieyès et le jury civil » in Robert Badinter, *Une autre justice*, Paris, Fayard, 1989, pp. 189-203.

entre le fait et le droit. Cette rigidité, presque mathématique, est voulue par Duport et les démocrates afin de supprimer l'arbitraire judiciaire. L'idée sous-jacente étant d'ériger le jury en symbole de liberté. C'est donc, dans un contexte d'impasse politique où conservateurs et gauche antilibérale se font face, que Thouret monte à la tribune. Son objectif est une gageure : il s'agit de trouver un compromis qui puisse faire la synthèse des deux partis politiques opposés.

Thouret ne réfute pas le principe du jury voulu par la gauche démocratique et antilibérale. En revanche, il rejoint les conservateurs sur les arguments techniques. Ce qu'il propose, c'est un jury exclusivement criminel et censitaire dans son recrutement. Il recherche « le juste milieu ». L'assemblée, peut-être de guerre lasse, adopte ce projet à une large majorité.

Cependant, il convient de s'interroger sur la réalité et la teneur du consensus qui semble entourer le vote de l'Assemblée le 30 avril 1790. Est-il de pure conjoncture ou se fonde-t-il sur un accord philosophique substantiel ? Ce jour-là, l'Assemblée Constituante donne son consentement pour l'établissement des jurés. Elle approuve le jury selon le plan du député Thouret à une très large majorité. En réalité, il semblerait que ce vote soit le paravent d'un malaise politique. Il est davantage le fruit d'un compromis insatisfaisant que d'un réel enthousiasme en faveur du jury tel que proposé par le député Thouret.

En effet, il choisit une ligne de crête : accepter le principe du jury voulu par Duport et Barnave tout en approuvant les arguments des conservateurs contre le jury civil. L'homme politique approuve le jury mais le juriste d'Ancien Régime le redoute. S'il redoute le jury civil, c'est surtout pour des arguments techniques. Le droit civil

français ne peut se substituer au droit civil anglais car la complexité du droit civil français ne permet pas d'installer le jury civil. Thouret argumente à partir du système des preuves : la preuve littérale au civil est ancrée dans la tradition juridique française⁶⁶⁶. Or, le jury est incompatible avec la preuve littérale. Au fond, Thouret montre que le débat sur l'opportunité d'un jury civil est sans fondement solide. Il démontre que le jury civil ne peut pas exister, tout simplement.

Le plan Thouret et son adoption symbolisent le basculement définitif de l'Assemblée vers un jury à la française. Les députés enterrent définitivement toute hypothèse d'imitation ou de greffe du jury anglais en France. Les efforts rhétoriques d'Adrien Duport n'y changeront rien.

Dans l'esprit des Constituants, il s'agissait de respecter et de concrétiser les théories de Cesare Beccaria avec un juge lié par un texte de loi. Il s'agissait aussi de s'inspirer du jury anglo-saxon. Les citoyens délibèrent sur la culpabilité ou l'acquittement de l'accusé. Ce qui fait dire au professeur Padoa-Schioppa que « *le jury de la loi du 16 et 21 septembre 1791 est le jury d'Adrien Duport* »⁶⁶⁷. Nous ne partageons guère ce point de vue tant du point de vue politique que du point de vue procédural.

Du point de vue politique d'abord, le jury d'Adrien Duport est un jury citoyen et universel. Il préconise le moins de contraintes possible afin de reconstruire une

⁶⁶⁶ Pour le juriste aguerri Thouret, le jury civil était utopique car il était impossible en raison de la non-séparation du fait et du droit en matière civile. De plus, Depuis l'Ordonnance civile de 1667, la preuve littérale est la règle en droit civil français contrairement au droit anglais qui utilisait la preuve testimoniale. L'usage de la preuve littérale posait donc la question de la compréhension des questions juridiques par les jurés, simples citoyens. En le rejetant, Thouret fait preuve de lucidité juridique mais déçoit les anglophiles les plus fervents.

⁶⁶⁷ Voir Antonio Padoa-Schioppa, « Le jury d'Adrien Duport » in Michel Vovelle, *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale*, Paris, Presses universitaires de France, 1989.

justice citoyenne. Or, le projet de Duport ne fait guère l'unanimité y compris au sein de sa formation politique. Seule une poignée de députés constituants dont Maximilien Robespierre⁶⁶⁸ y apportera son soutien. Cette frange de la gauche démocratique étant favorable à un jury civil et criminel et à une justice citoyenne.

Cependant cette frange demeure minoritaire dans une assemblée constituante qui ne voit le citoyen qu'au prisme de la notabilité.

D'un point de vue procédural, ensuite : l'élection des juges et le jury criminel portent la marque de ce député antilibéral. La procédure du jury français conserve toutefois l'écrit. Il est prévu que les témoins soient entendus oralement mais que leurs dépositions seront consignées par écrit. Ce système hybride oscille entre oralité et écriture. Cela va à l'encontre des principes fondamentaux du jury voulu par Adrien Duport. À ses yeux, la seule procédure valable est la procédure accusatoire entièrement orale.

De surcroît, dans le projet de Thouret, les juges sont élus. L'élection se fait de manière censitaire et au suffrage indirect. Cela signifie donc le recours à des assemblées primaires. Or Duport, lui, se montre favorable au suffrage universel et surtout direct⁶⁶⁹. En réalité, Duport se situe dans la stricte continuité du discours de Nicolas Bergasse. Il pense qu'il ne faut pas réformer la justice. Il faut faire table rase du passé afin de provoquer une régénération complète de la société. Cela se fait à

⁶⁶⁸ « Vous avez choisi la souveraineté nationale or dans votre système les citoyens ne peuvent pas voter ». Maximilien Robespierre, Archives Parlementaires, Série I (1787-1799), Tome XXII séance du 5 février 1791.

⁶⁶⁹ Duport fait partie des très rare constituants qui militèrent pour le suffrage universel direct.

travers une refonte intégrale du système judiciaire. Un système judiciaire qui associe le citoyen à l'acte le plus précieux de toute communauté politique : juger⁶⁷⁰.

Les intentions sont louables mais la réalisation va se révéler catastrophique. Le juge du siège va subir un corset juridique fort incommode. Les jurés sont d'office irresponsables puisque le nouveau système les pousse à ne regarder que le seul fait délictueux, peu importe la peine pénale encourue.

C'est ce manque de dialogue entre juges et jurés qui seront à l'origine des « *acquittements scandaleux* » par la suite⁶⁷¹. Ce chaînon manquant du dialogue entre les deux acteurs judiciaires est justement ce qui permit au jury d'outre-manche de survivre. C'est grâce à la coopération entre juges et jurés que l'Angleterre demeure un modèle judiciaire libéral⁶⁷². Les Constituants ont donc fait une lourde appréciation d'erreur. Celle-ci se traduit en voulant à tout prix éviter la coopération judiciaire entre les différents acteurs. C'est cette erreur qui nous permet d'affirmer que le jury révolutionnaire est un jury « *à la française* » fils de la révolution de 1789.

§2 : Le juge criminel de l'Assemblée constituante : révélateur du processus de radicalisation des « fils de la révolution »

⁶⁷⁰ « *Il est juste de recruter les jurés dans la classe moyenne, ordinairement la plus précieuse* ». Duport, le 5 février 1791, in Archives Parlementaires (1787-1860), série I (1787-1799), tome XXII, séance du 5 février 1791.

⁶⁷¹ La question des « *acquittements scandaleux* » a fait l'objet de nombreuses études. Au final, il semble que ce soit plus nuancé et subtil. En effet il y a bien des jurys qui ont acquitté de manière discutable certains accusés mais parler d'indulgence des jurés nous semble un peu excessif. Voir Bernard Schnapper, « Le jury français au 19^{ème} siècle » in Antonio Padoa-Schioppa, *The trial jury in England, France and Germany (1700-1900)*, Berlin, Dumckert et Humbot, 1987 ; on pourra également consulter Bernard Schnapper, « L'activité du tribunal criminel de la Vienne » in Robert Badinter, *Une autre justice (1789-1799)*, Paris, Fayard, 1989.

⁶⁷² Voir Antonio Padoa-Schioppa, *op.cit.*, Berlin, Dumckert et Humblot, 1987 ; voir aussi Gilles Landron, *Justice et démocratie : le tribunal criminel du Maine et Loire (1792-1812)*, Thèse, Droit, Poitiers, 1993.

Si ce fils de la révolution voit le jour c'est au prix fort. Le double jury au criminel est certes maintenu (A), toutefois le jury de l'abbé Sieyès sera écarté (B). Toutes ces concessions ne mèneront qu'à l'illusion totale du « *citoyen-juge* » (C).

A) L'affaiblissement du juge en raison du double jury au criminel

Ce maintien du jury d'accusation et du jury de jugement est lié à Thouret. En effet, il rejette les projets utopiques de Duport, Barnave et de l'abbé Sieyès. Selon Thouret, il faut garder le jury mais uniquement au criminel. Ainsi la suppression du jury civil est compensée par le maintien du double jury dans la nouvelle procédure pénale. Ce maintien est consensuel. Il est adopté pour sortir l'hémicycle du blocage dans lequel il se trouve. Les députés de 1789 se sont en effet embourbés sur la question du jury au point de provoquer une crise institutionnelle. Thouret apparaît donc comme l'homme providentiel et sa solution réunit le plus grand nombre députés. Elle emprunte une voie médiane face aux radicalités politiques que connaît l'Assemblée Constituante.

L'affaiblissement du juge est au cœur des débats parlementaires. Le jury, dans l'esprit constituant, est un contrôle citoyen du juge pénal. En réalité, ce qui motive les révolutionnaires à instituer le jury, c'est clairement la méfiance judiciaire. Les institutions de l'Ancien Régime répugnent les députés de 1789. Le postulat de base est donc déformé dès l'origine. Par conséquent, il est logique que le jury français des députés constituants ne se soit pas greffé sur le jury anglo-saxon.

B) Le juge criminel, victime procédurale du transfert de souveraineté nationale

Le nouveau système mis en place par les députés constituants découle d'un transfert de souveraineté. La souveraineté était détenue par le Roi sous l'Ancien régime, elle est détenue par le peuple sous la Révolution Française. Les mutations profondes de la « nouvelle justice » sont le laboratoire d'un transfert de souveraineté. Désormais, les juges seront élus, traduction concrète de la souveraineté populaire. La souveraineté telle que la concevait Jean-Jacques Rousseau. Cependant, la justice reste perdante dans ce transfert de souveraineté nationale. Les événements furent dictés par l'urgence et la peur. Ce n'est probablement pas un hasard si les premières infractions déterminées par les constituants sont les infractions contre l'Etat.

Le juge se retrouve donc bien malgré lui dans le processus de transfert de la souveraineté. La Constitution de 1791 prévoit bien que « *les jugements sont rendus au nom du peuple français* ». Elle évoque aussi « *une autorité judiciaire* » qui fait l'objet d'un titre bien spécifique. Ainsi, il est tout à fait possible d'établir un lien entre la restructuration du monde judiciaire et le changement de souveraineté.

Ce laboratoire expérimental de la « nouvelle justice » montre une volonté politique de mise sous tutelle de la justice criminelle. Une surveillance de la part du pouvoir législatif en créant une justice populaire basé sur le désintéressement.

C) L'illusion du citoyen-juge ou la grande illusion de l'Assemblée Constituante

Pour comprendre cette « grande illusion » de l'Assemblée Nationale Constituante, il faut remonter aux sources de la pensée politique des constituants. L'objectif est de « *réussir à produire des citoyens vertueux qui échappent à la*

corruption et au vice »⁶⁷³. Le professeur Germain Sicard, de son côté, insiste largement sur le côté utopique du projet de Lepeletier : « *Le projet présenté par Lepeletier s'inspire d'une philosophie pénale égalitaire, humanitaire jusqu'à exclure la mort correctrice [...] optimiste jusqu'à écarter les peines perpétuelles et prévoir la réhabilitation du condamné jusqu'à qu'il ait payé sa dette à la société* »⁶⁷⁴.

Effectivement dans son rapport sur la refonte de la justice criminelle, le rapporteur Lepeletier de Saint Fargeau propose des mesures ambitieuses. Elles sont axées sur la détention, la suppression des peines perpétuelles et bien sûr la peine de mort.

Il proposait également, dans son rapport, le jury criminel dont il vante les bienfaits en se calquant sur l'Angleterre.

Le rapporteur du Comité de législation criminelle demeure un bon exemple de cette utopie pénale constituante comme a pu le démontrer Mario Riberi⁶⁷⁵.

Cette « illusion » prend racine dans la philosophie des Lumières avec une conception positive de l'Homme mais également dans le fait que les Constituants

⁶⁷³ Anne-Sophie Chambost, « Les utopies et la question pénale », *l'Irascible*, L'Harmattan, 2011, n°2, p. 39.

⁶⁷⁴ Germain Sicard, « La Révolution française et les peines : le débat à l'assemblée nationale constituante (mai-juin 1791) », *Estudios de historia de derecho europeo*, Hommage au professeur G. Martinez Diez, Universidad Complutense de Madrid, 1914, vol. 2, pp. 73-84, également publié dans *Mélanges Germain Sicard volume 2 – Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse.

⁶⁷⁵ Mario Riberi, « De la thérapie provisoire du crime à la régénération de la société : la vision utopique de Michel Lepeletier de Saint-Fargeau ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-01992342](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992342)).

raisonnent comme des philanthropes. Ce fut d'ailleurs l'un des points de reproche du Code de 1791 au moment de l'élaboration du code de 1810⁶⁷⁶.

Comme le souligne Mona Ozouf : « *régénérer l'homme est le rêve central de la révolution* »⁶⁷⁷. Cet humanisme philanthropique est donc bien présent au moment de la constituante. L'envolée lyrique de Nicolas Bergasse dans son discours du 17 août où il évoque « *cette sublime institution des jurés* »⁶⁷⁸ ou encore la gauche démocratique et antilibérale qui souhaite le jury civil et criminel comme le montre les interventions lyriques d'Adrien Duport. De plus, le code de 1791 s'écrit dans un relatif enthousiasme. Cela n'efface nullement les divisions politiques de l'assemblée mais tous sont convaincus de travailler pour le bien général de l'humanité. Comme le dit Brissot de Warville : « *La législation pénale est branche trop considérable de la politique pour que les rêveurs l'aient oublié* »⁶⁷⁹.

En effet, le poids du citoyen demeure important dans le double jury criminel des députés constituants. Dans le jury d'accusation, il est chargé d'instruire le dossier, dans le jury de jugement, il est chargé de se prononcer sur la culpabilité de l'accusé.

⁶⁷⁶ Voir Marc Ortolani. « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc 2017, Nice, France. ([hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)).

⁶⁷⁷ Mona Ozouf, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 116-117 ; Pierre Serna, « Introduction », *La Révolution ou l'invention de la femme et de l'homme nouveaux*, Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française, 2014, n°6, pp. 3-4.

⁶⁷⁸ Archives Parlementaires (1787-1860), Série I (1787-1799), Tome VIII, séance du 17 août 1789, pp. 440 et suivantes.

⁶⁷⁹ Jacques-Brissot de Warville, Bibliothèque philosophique du législateur. Discours préliminaire, 1782, tome 1, cité par Michel Porret, « Crime et châtement en Utopie », *Le jardin de l'esprit. Textes offerts à Bronislaw Baczko*, Genève, Droz, 1995, p. 149. Consulter également Olivier Grenouilleau, « *Tout ici est violé, la justice, l'utilité publique, l'humanité. L'abolitionnisme universaliste de Jacques-Pierre Brissot (1780-1793)* », *Beccaria. Revue d'Histoire du droit de punir*, IV, Genève, Georg, 2019, pp. 13-34.

Le citoyen-juge de la Constituante est donc censé être un citoyen éclairé. Il se fie au raisonnement logique pour appliquer une loi pénale simple. Cette simplicité de la législation criminelle n'est pas sans rappeler les utopies au siècle des Lumières⁶⁸⁰.

Dans leur « *Cité idéale de justice* »⁶⁸¹, les Constituants ont été enthousiasmés par cette justice citoyenne. Elle ne contenait que du positif selon eux. De plus, l'engouement pour l'Antiquité⁶⁸² et des cités comme Sparte et Athènes, renforce ce laboratoire utopique. Ce qui demeure en revanche étrange, c'est l'absence de réflexion interne sur les dérives de leur système pénal. En effet, l'Assemblée Constituante est composée majoritairement d'avocats d'Ancien Régime. Ils sont persuadés que la loi pénale peut tout prévoir. La question est donc : Comment d'aussi fin juristes ont pu ne pas réfléchir sur l'hydre judiciaire qu'ils enfantaient ?

En d'autres termes, les Constituants sont tellement persuadés du caractère bénéfique de leur refondation de la justice. Ils sont trop idéalistes sur leur citoyen-juge, qu'ils en oublient toute réflexion sur de potentiels excès. Ce sera l'un des points d'attaques du code de 1791 lors de la préparation du code pénal napoléonien⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Yan-Erick Fajon, « Les représentations du juge dans les utopies du XVIIIème siècle ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les oeuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-02011323](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02011323)).

⁶⁸¹ L'expression est emprunté au professeur Royer in Jean-Pierre Royer (sous la direction), *Histoire de la justice du XVIIIème siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2016, 5^{ème} édition mise à jour.

⁶⁸² Voir Jacques Bouineau, *Réminiscences de l'Antiquité sous la Révolution française*, Thèse, Droit, Paris, 1984.

⁶⁸³ Marc Ortolani « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)).

Ces excès seront l'œuvre de la Convention à travers le jury révolutionnaire ou jugeant révolutionnairement. Le Directoire essaiera, en vain, de solder ce passif afin de domestiquer le jury criminel.

En réalité, si le citoyen-juge fut la grande illusion de l'Assemblée Nationale Constituante c'est parce que celle-ci expérimenta les utopies pénales sur la justice⁶⁸⁴. Or, une utopie n'a vocation qu'à créer une figure idéale et purement théorique du juge⁶⁸⁵. La Constituante n'avait pas intégré cet élément pourtant fondamental. En réalité « *l'imaginaire de l'utopie a déteint sur les réformateurs du code pénal* »⁶⁸⁶.

Cet optimisme utopique tranche nettement avec le pessimisme des rédacteurs du code pénal de 1810⁶⁸⁷. Toutefois, comme le souligne le professeur Ortolani, « *il s'agit souvent des mêmes hommes ayant évolué dans des contextes historiques différents* »⁶⁸⁸. Le professeur Stefano Solimano ne dit pas autre chose en prenant exemple sur Guy Target : « *Le révolutionnaire optimiste qui a pris*

⁶⁸⁴ Marc Ortolani « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)).

⁶⁸⁵ Yan-Erick Fajon. « Les représentations du juge dans les utopies du XVIIIème siècle ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-02011323](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02011323)).

⁶⁸⁶ Michel Porret, « Crime et châtement en Utopie », op. cit, p. 148 ; Pour Brissot de Warville, par exemple, commentant une réédition de l'Utopie de More, les utopies ne sont pas seulement des « vérités prématurées » ; leur fonction essentielle est de « former les esprits pour la découverte de grandes vérités du siècle » : Bronislaw Baczko, « Lumières et utopie. Problèmes de recherche », op. cit, p. 368 ; voir également François Hincker, « L'effet d'utopie de la Révolution française », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1987, n°9, p. 2 ; Anne Rozenn Morel, « Les utopies de la Révolution française, ou l'introduction de l'événement dans la fiction 1789-1804 », in Philippe Corno, Emmanuel Boisset (dir.), *Que m'arrive-t-il ? Littérature et événement*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2006, pp. 145-154.

⁶⁸⁷ Marc Ortolani. Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810. *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc 2017, Nice, France. ([hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)).

⁶⁸⁸ Stefano Solimano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target »,

part aux élans réformistes de la Constituante [...] fait place à un homme de loi qui a vieilli et durci invitant à abandonner toute illusion »⁶⁸⁹.

C'est donc bien une page qui se tourne à partir du Consulat puis de l'Empire qui veut revenir à une conception beaucoup plus ferme de la sanction pénale⁶⁹⁰ en présentant le code révolutionnaire comme un « *essai philanthropique qui ne fut point heureux* »⁶⁹¹.

Les excès de la Convention et l'impuissance du régime directorial sont dans tous les esprits au moment de la rédaction du code pénal napoléonien. C'est pour éviter ces dérives que les rédacteurs de 1810 sont profondément hostiles à l'utopie pénale des députés constituants⁶⁹². C'est ce qui fera dire à Target « *A des calamités présentes, il faut opposer des remèdes rapides* »⁶⁹³.

D) Perspectives et enjeux historiographiques

L' historiographie peut se définir comme l' art de raconter l'histoire. Elle constitue le cœur du métier pour tout historien.

Dans le présent sujet les perspectives historiographiques sont nombreux tellement les Lumières et surtout la Révolution Française ont inspiré de nombreux écrits ultérieurement. Il y' a bien entendu Saint-Just et Robespierre qui se réclameront de la philosophie démocratique et antilibérale de Rousseau.

⁶⁸⁹ Stefano Solimmano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target »,.

⁶⁹⁰ Marc Ortolani. « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc. 2017, Nice, France. ([hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)).

⁶⁹¹ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 525, col. 2, Corps législatif, 6 février 1810.

⁶⁹² Ibid.

⁶⁹³ Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel Würtz, 1831, tome 29, p. 7.

Ils l'invokeront lors de la Terreur entre 1793 et 1794 afin de justifier leurs politiques visant à abolir la propriété privée et à créer une religion civile.

Plus tardivement ce sera au tour d' Alexis Tocqueville d' analyser la révolution française. Dans son ouvrage « *L' Ancien Régime et la Révolution* », Tocqueville voit non pas une rupture brutale dans la Révolution mais une continuité de l' Ancien Régime. Ce postulat est inédit puisqu' il va à l' encontre de la définition de la Révolution tel que Duport ou Saint-Fargeau pouvaient se la concevoir.

Pour arriver à cette conclusion Tocqueville considère que la société féodale se serait désagrégée tôt ou tard. Il en déduit également la centralisation administrative française qui se renforce sous l' ère révolutionnaire. Comme si La révolution de 1789 accomplissait le vœu le plus cher de la monarchie absolue.

Il prend ensuite pour base les cahiers de doléances dont le fil conducteur reste une remise à plat du régime malgré la diversité des doléances exprimées.

Ainsi pour Alexis Tocqueville, la Révolution Française n' est pas un simple accident, elle est la conséquence de ce qui la précède. Cette précision demeure importante. En postulant le caractère non accidentel des évènements révolutionnaires, Tocqueville se démarque des penseurs contre-révolutionnaires.

Il estime que « *la centralisation est la seule portion de la constitution de l' Ancien Régime qui ait survécu à la Révolution* ».

Le contre-révolutionnaire Louis de Bonald se positionne à l' inverse de Tocqueville. Selon lui le monde a été créé et voulu par Dieu. De plus il faut considérer les évènements de 1789 non comme une continuité, mais bien comme une rupture accidentelle. La Révolution Française a eu lieu non pas parce que

Dieu l'a voulu. Elle a eu lieu en raison des contingences humaines. Afin d'espérer un retour à un ordre public serein il convient, selon le contre-révolutionnaire, de soutenir la Restauration de 1815. Cette restauration de la dynastie des Bourbons se fit, en France, sous l'égide du roi Louis XVIII.

L'autre perspective historiographique, plus critiquable, est celle de Jules Michelet. En effet voir en la Révolution Française une « rupture républicaine » nous semble discutable. S'il est vrai que la Révolution se concevait comme une rupture dans l'esprit de ses acteurs, le caractère républicain est plus ambigu . D'une part parce que la France reste une monarchie jusqu'en 1792 avec à sa tête un Louis XVI ballotté par les événements révolutionnaires. D'autre part parce que la République instituée en 1792 est surtout symbolique. Les circonstances intérieures et extérieures obligent le régime jacobin à se radicaliser en instaurant « la Terreur ».

Enfin les philosophes des Lumières étaient dans leur grande majorité libéraux et hostile à une participation populaire dans les affaires publiques. Seul Rousseau fait exception notable en prônant un régime démocratique direct.

La République puise ses racines philosophiques et intellectuelles dans le mouvement des Lumières mais elle puise ses racines politiques et institutionnelles sous la IIIème république. Il est donc hasardeux d'affirmer , comme Michelet, que la révolution Française fut un « moment républicain ».

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

L'année 1766 marque un tournant dans l'histoire des idées politiques et juridiques : la diffusion de la pensée beccarienne auprès des philosophes français grâce à la traduction de l'abbé Morellet⁶⁹⁴ a tout changé. Il s'agit d'une rupture dans l'histoire des idées politiques pour deux raisons principales. D'une part, le succès de Beccaria entérine la pensée utilitariste et la question pénale devient une question politique à la fin de l'Ancien régime en France. D'autre part, cette œuvre marque, sinon orchestre, la convergence philosophique des Lumières pour dénoncer l'arbitraire judiciaire. C'est à cette époque que l'arbitraire judiciaire prend définitivement une coloration péjorative. Il y a donc un consensus de la part des élites intellectuelles sur un rejet de la figure judiciaire de l'époque.

Un autre évènement bouscule la France à la fin de l'Ancien Régime : La Constitution américaine de 1787 qui met en place une république fédérale où les pouvoirs sont strictement séparés. Les Constituants américains instituant le principe de l'élection judiciaire afin de consacrer l'indépendance de la justice.

Cet avènement des États-Unis d'Amérique suscite l'attention et préfigure le courant girondin. Georges III d'Angleterre est moins populaire en 1787 que Georges Washington⁶⁹⁵. Les Constituants français s'en souviendront puisque, s'ils

⁶⁹⁴ Raymond Abbrugiati, *Cesare Beccaria et la France des Lumières*, Thèse, Droit, Dijon, 1991. Voir également Michel Porret (sous la direction) *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, *Actes du Colloque de Genève*, 1995. Philippe Audegean, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010.

⁶⁹⁵ Voir Marcel Couffin, *L'image de l'Angleterre au des débats de l'Assemblée constituante (1789-1791)*, Thèse, Droit, Paris, 1997 ; Voir aussi Edouard Tillet, *La constitution anglaise : un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

instituent une monarchie constitutionnelle, ils gardent le principe de la justice élective et font le choix d'une séparation stricte des pouvoirs, largement calquée sur le modèle américain.

Les Constituants français se sont inspirés des deux modèles de Common Law pour façonner leur justice pénale, « *la cité idéale de Justice* »⁶⁹⁶. Cependant, les débats parlementaires furent tumultueux, témoignant du caractère utopique du projet de réforme de la justice criminelle. Ces débats tumultueux confirment également les clivages au sein des constituants français. Le clivage qui préfigure les girondins d'une part et les jacobins. Ce clivage qui instaure une vie politique bipartite entre conservateurs et démocrates.

Les Constituants français ont toutefois délaissé progressivement le modèle anglais pour fabriquer leur « *cité idéale de justice* », inscrivant la France dans sa tradition juridique romano-canonique.

Le refus de l'oralité intégrale et de procéder par « Wright » ou encore le compromis procédural autour du jury d'accusation en sont des preuves tangibles⁶⁹⁷.

Les députés de 1789 voulaient le juge « à l'anglaise », les députés de 1791 ont finalement voté le juge « fils de la révolution française ».

Ce résultat qui peut paraître paradoxal, au premier abord, ne l'est pas en réalité.

⁶⁹⁶ Nous empruntons l'expression au professeur Royer.

⁶⁹⁷ Voir Archives parlementaires de l'Assemblée Nationale (1787-1860), Série I : 1787-1799, tome XII, séance du 4 septembre 1790.

En votant contre le bicaméralisme, les députés français n'ont pas seulement enterré toute tentative de copier le voisin anglais ou le système américain. Ils ont enterré toute possibilité de transposer la Common Law en France.

À l'issue des débats parlementaires, en septembre 1791, la copie rendue par les constituants est donc très éloignée de ce qu'ils prévoyaient à l'origine. Ils ont ainsi, contrairement à leurs espérances, bâti un juge et un jury franco-français qui n'est en aucun cas comparable au jury de la Common Law⁶⁹⁸. Ainsi, le jury français se basait sur une approche froide et purement logique alors que le jury anglais se basait sur une approche beaucoup plus empirique. De plus, si le jury français fut voté, c'est en grande partie grâce au « compromis Thouret ». De l'autre côté, le roi Georges III ne fait que respecter des institutions préexistantes et antérieures à son règne⁶⁹⁹.

« *La cité idéale de Justice* » va se transformer en « *cité réelle de justice* » dont le régime de la Convention sera la triste illustration⁷⁰⁰.

Les utopistes ont créé « *des lieux communs de l'utopie* »⁷⁰¹, les philosophes utilitaristes ont créé des alternatives à l'Ordonnance criminelle plus ou moins crédibles, les constituants français les mirent dogmatiquement en œuvre.

⁶⁹⁸ Voir Antonio Padoa-Schioppa, *The trial jury in England, France and Germany (1700-1900)*, Berlin, Duncker et Humbot, 1987.

⁶⁹⁹ Il semble que le jury de Common Law s'institutionnalise sous Guillaume III juste après la Glorious Revolution de 1688. Georges III règne, lui, à partir de 1760 jusqu'en 1820.

⁷⁰⁰ Sur ce point, voir le précieux ouvrage de François Furet, David Richet, *La Révolution Française*, Paris, Hachette, 1988.

⁷⁰¹ Voir Yan-Erick Fajon, " Les représentations du juge dans les utopies du XVIIIème siècle", paru dans "Peine et utopie", Actes du Colloque de Nice. Représentations de la sanction dans les oeuvres utopiques. URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02011323>.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« *Il n'y a pas de sens à l'histoire mais l'histoire donne un sens au présent* »

Jacques Le Goff

La monarchie française à la fin de l'Ancien Régime était une monarchie en crise, oserait-on dire malade de ses certitudes. Un malaise traverse l'ensemble de la société de l'époque. La crise de l'Ancien Régime est bien connue des historiens. Elle est généralement présentée de la façon suivante : économique, fiscale, institutionnelle et enfin judiciaire. Dans cette thèse c'est la crise judiciaire qui a été mis en lumière. Nous nous sommes concentrés de manière spécifique sur la question des représentations négatives de la figure du juge criminel. Aborder l'Ancien régime sous l'angle de la pensée politique a été fructueux. Cela a révélé la façon dont les philosophes des Lumières focalisent les déceptions, les critiques et les insuffisances de l'Ordonnance Criminelle. Les articles de Jaucourt dans l'Encyclopédie en sont une preuve. Ce qui change au XVIIIème siècle, c'est la représentation du juge. Le juge criminel français est vu comme un agent royal infligeant des tourments inutiles aux accusés. Par conséquent, les intellectuels de l'époque vont se tourner vers l'Angleterre⁷⁰². Ils regardent vers le système anglais pour y trouver une figure judiciaire garante des libertés publiques⁷⁰³. La conséquence sera une idéalisation biaisée du juge anglais. Les Lumières le voient comme un symbole de la liberté civile anglaise. Or, leur pratique judiciaire démontre un juge sévère et peu soucieux des garanties de l'accusé⁷⁰⁴.

⁷⁰² Voir Edouard Tillet, *La Constitution anglaise : un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ Voir Bernard Durand (sous la direction), *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Centre d'Histoire Judiciaire, Lille, 2002.

En parallèle de cet engouement pour l'Angleterre, des auteurs français d'utopies cherchent une figure judiciaire alternative⁷⁰⁵. Dans ces œuvres utopiques, paradoxalement le juge est le grand absent. Cette absence n'est pas fortuite, elle est le rejet d'un droit criminel technique. Les utopistes imaginent un monde où la loi pénale est simple et accessible au plus grand nombre. La multiplication des utopies au XVIIIème siècle accentue ce désir d'un nouveau juge plus humain et moins au service de l'absolutisme. La littérature utopique a joué un rôle non négligeable dans les nouvelles représentations du juge criminel français⁷⁰⁶. Le tournant viendra toutefois d'ailleurs.

Beccaria a révolutionné la place du juge au XVIIIème dans son ouvrage, *Des délits et des peines*⁷⁰⁷. Cet opuscule est traduit en français en 1766 par l'abbé Morellet. Il connaît un grand succès en France. Beccaria innove en proposant un système où le juge est lié par la loi. Cette théorie est le chaînon manquant qui va faire basculer les représentations du juge. Il ne s'agit plus de proposer des figures judiciaires alternatives. Il s'agit de montrer les supposés maux dont les juges pénaux français sont responsables. L'époque y est propice puisque la France sort tout juste de l'affaire Calas en 1766. Le juge concentre tous les maux sociétaux. Ce n'est qu'en le cadrant que la société ira mieux. Cette vision profondément pessimiste du juge influença durablement les juristes

⁷⁰⁵ Voir Yan-Erick Fajon. « Les représentations du juge dans les utopies du XVIIIème siècle ». *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice*, Déc. 2017, Nice. [<hal-02011323>](#) .

⁷⁰⁶ Ibid.

[<hal-02011323>](#) .

⁷⁰⁷ Philippe Audegean, *Des délits et des peines : nouvelle traduction du traité de Cesare Beccaria*, Paris, ENS, 2013.

de la fin de l'Ancien Régime. Certes, Muyart de Vouglans se montre profondément hostile à Beccaria⁷⁰⁸.

Il incarne toutefois un courant extrêmement minoritaire. La jeune génération de juristes se retrouve dans les idées du traité *Des délits et des peines*. Ils sont représentés par Nicolas Bergasse, André-Gaspard Boucher d'Argis, Adrien Duport ou encore Maximilien Robespierre.

Ces juristes participent à des concours d'éloquence dont le thème est la refonte de la justice criminelle⁷⁰⁹. Ainsi, fleurissent des ouvrages philosophiques pour une nouvelle justice pénale. L'adoucissement de la loi pénale devient un leitmotiv en cette période troublée. L'impact sur le juge de l'époque est désastreux car les institutions judiciaires royales ont perdu toute crédibilité.

La représentation judiciaire est donc en profonde mutation en cette fin de siècle. En mai 1789, un ébranlement politique et sociétal majeur a lieu. Il aboutit à la proclamation de l'Assemblée Nationale Constituante qui va devoir, notamment, travailler à la transformation de la justice pénale. Les constituants vont devoir passer de la théorie à la pratique.

Dans une telle dynamique, marquée à la fois par l'urgence institutionnelle et la vision philosophique d'un monde meilleur, la métamorphose du juge criminel se fit douloureusement et sans transition. Les Constituants vont élaborer une « Cité idéale de justice » où la Justice n'est rien d'autre qu'un « laboratoire expérimental des utopies ».

⁷⁰⁸ Voir André Laingui « P.F Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1995.

⁷⁰⁹ Voir Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, Paris, Aubin, 1790, Bibliothèque sociale, 1974 ; Maximilien Robespierre, *Discours couronné par la Société royale des arts et des sciences de Metz*, Paris, Merigot, 1785.

Le juge en est la principale victime. Il est dépouillé de ses attributs professionnels et vestimentaires. Le juge professionnel d'Ancien Régime doit muter en un juge citoyen doté de la seule logique pour rendre la justice criminelle. L'Assemblée Constituante a bousculé en profondeur les représentations du juge pénal. Le citoyen est désormais la clé de voûte judiciaire du nouveau système. Ce bouleversement majeur est symbolisé par le jury criminel. Cette institution citoyenne incarne bien cette rupture puisque le jury marque l'entrée du citoyen dans les affaires judiciaires⁷¹⁰.

Les juges, dans l'organisation judiciaire constituante, deviennent donc de simples citoyens jugeant leurs pairs. Cette mutation d'un juge professionnel vers un citoyen-juge est intéressante et catastrophique à la fois.

Ce « laboratoire des utopies judiciaires » est intéressant. Il met en évidence une méfiance envers les institutions judiciaires. Les débats parlementaires sont éloquents à cet égard. Dans son discours du 17 août 1789 Nicolas Bergasse résume parfaitement bien cette méfiance envers le pouvoir judiciaire.

En peu de mots, il expose la raison de cette méfiance et annonce la justification d'une métamorphose complète de la justice criminelle. Adrien Duport ne dit pas autre chose quand il évoque « *cette sublime institution des jurés* »⁷¹¹.

C'est peut-être là que se situe la rupture entre les philosophes des Lumières et les députés constituants. Les premiers appelaient une réforme de la justice royale pour moderniser l'Ordonnance Criminelle de 1670. Les seconds ont détruit la justice d'Ancien Régime au profit d'un système judiciaire rigide qui va se révéler

⁷¹⁰ Voir David Moyaux, *naissance de la justice pénale contemporaine : la juridiction criminelle et le jury : l'exemple du Nord*, Thèse, Droit, Lille, 2000.

⁷¹¹ Archives parlementaires (1787-1860), Série I (1789-1799), Tome XV, séance du 29 avril 1790.

catastrophique par la suite. Le seul moteur de l'Assemblée Constituante étant le rejet profond du juge.

La représentation du juge s'en retrouve profondément affectée. Chez les intellectuels du XVIIIème siècle, c'est avant tout l'exigence de liberté qui motive le rejet des institutions judiciaires de leur temps⁷¹². Ils souhaitent donc une justice plus équitable et moderne. Le juge est donc représenté soit comme le garant idéal des libertés fondamentales, soit comme un technicien du droit criminel faisant fi des garanties de l'accusé.

L'Assemblée Constituante voit le juge comme un prétexte institutionnel pour instaurer une nouvelle société intégralement régie par la loi.⁷¹³

Nicolas Bergasse résume bien cette idée de suprématie législative : « *La loi est votre souveraine* ». La déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen est claire en son article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* »⁷¹⁴. Elle poursuit ainsi à l'article 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société*

⁷¹² Michel Porret, « Beccaria et sa modernité » in Michel Porret (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, 1997, pp. 11-26.

⁷¹³ Serge Plawsky, « Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du code pénal de 1791 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1957, tome 12, pp. 619-626.

⁷¹⁴ Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi »⁷¹⁵.

Ces deux articles sont profondément intéressants car le juge en est le grand absent, signe de son oblitération institutionnelle. La liberté n'est pensée qu'au travers de la loi pénale. Or il n'y a pas de gardien physique comme si la Loi ne pouvait qu'aller dans le sens du progrès et n'avait pas besoin de garde-fous physiques. Le juge se retrouve donc exclu de son rôle de gardien de la loi. Il n'est désormais qu'un simple serviteur de la loi. Cette vision est le résultat d'une construction idéologique, née de la détestation de l'arbitraire d'Ancien Régime.

Ce nouveau corset sera extrêmement difficile à porter pour le juge français. La brutalité de la métamorphose est sans commune mesure. Le juge n'a que pour maigre consolation de figurer dans la Constitution de 1791⁷¹⁶. Il y est en tant que « *pouvoir judiciaire* ». Un pouvoir certes reconnu par la Constitution mais qui demeure vain⁷¹⁷.

Le citoyen-juge de la Constituante n'est plus le juge de l'Ordonnance Criminelle de 1670. Ce n'est pas seulement une fonction qui a changé dans sa représentation. Ce sont aussi des valeurs sociétales. Sous l'Ancien Régime, le juge criminel devait assurer l'ancrage local du pouvoir royal. Il était en quelque sorte « la bouche de la loi royale ». A partir de 1789, le juge ne doit pas assurer un ancrage local⁷¹⁸ du nouveau régime. Le juge doit disparaître au profit de la loi et des modes alternatifs de règlement des conflits.

⁷¹⁵ Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

⁷¹⁶ Voir Archives parlementaires (1787-1860), Série I (1789-1799), Tome XXX, séance du 3 septembre 1791.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Sur l'idée d'un relais « local », voir Guillaume Métairie, *La justice de proximité : une approche historique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004. Du même auteur, *Justice et juges de paix de Paris : étude institutionnelle et biographique*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2014.

Il faudra attendre le Consulat puis le premier Empire afin de tourner la page de la justice citoyenne. Le Premier Empire privilégia le recrutement de juges qualifiés et servant d'ancrage au pouvoir politique. Cela se traduit par le retour du costume judiciaire fastueux et par l'obligation de formation. On passe d'une vision citoyenne à une vision juridico-politique. Sous le bonapartisme, le juge retrouve toute sa splendeur sociale. Cela se perçoit dans les grands chantiers juridiques impériaux tels que le Code Civil de 1804 ou le code pénal de 1810. Ce dernier procédera à une refonte intégrale de la procédure criminelle. Elle se fera au profit des magistrats et au détriment des jurés.

En revanche, le pouvoir impérial napoléonien ne touchera pas à la suprématie de la loi. Cela prouve bien que les auteurs du Code pénal de 1810 étaient à la recherche d'un véritable compromis politique et juridique.

Cette recherche d'une transaction juridique entre l'ancien droit et le droit révolutionnaire ne masque pas un changement d'époque. Une page substantielle dans les représentations judiciaires se tourne avec le Consulat et le Premier Empire⁷¹⁹.

L'Assemblée Nationale Constituante concevait la société sans juge et sans procédure juridique technique⁷²⁰. Les conventionnels vont accentuer ce virage d'une justice citoyenne en recourant massivement aux jurés. De plus, la Convention assouplit considérablement la procédure pénale au risque d'attenter gravement aux droits de la défense. Toutefois, la justice demeure citoyenne, le citoyen-juge reste la clé de voûte judiciaire du régime conventionnel. Le juge demeure le grand absent. De plus, les

⁷¹⁹ Marc Ortolani. Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préliminaires au code pénal de 1810, *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc. 2017, Nice. [hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)

⁷²⁰ Roberto Martucci, « Le parti de la réforme criminelle en France à la Constituante », in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, 1988, pp. 229-239 ; du même auteur, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-1791)* », Milan, 1984.

potentielles dérives apparaissent. Elles fleurissent sous la Convention Nationale. Le point d'orgue est atteint avec la dictature jacobine de Maximilien Robespierre entre 1793 et 1794. En revanche les conventionnels poursuivent « le laboratoire des utopies » sur le pouvoir judiciaire.

La rupture sur cette représentation citoyenne et non professionnelle de la justice criminelle a lieu en 1801⁷²¹. Lors des débats sur l'avant-projet du futur Code pénal de 1810. Guy Target prononce cette phrase : « *L'Assemblée Constituante n'a pas pris les hommes tels qu'ils étaient mais telles qu'elle voulût qu'ils fussent* »⁷²². Cette phrase n'est pas seulement un changement de philosophie pénale. Elle incarne un rejet profond des utopies de 1789. Ce rejet de l'utopie des Constituants marque une nouvelle étape dans la représentation du juge⁷²³. Les représentations du juge sous la Révolution et l'Empire ont néanmoins pour point commun de s'être construites sur des rejets profonds. C'est parce que les hommes de 1789 détestaient le juge de l'Ancien Régime qu'ils ont bâti leur citoyen-juge. C'est parce que Napoléon abhorrait le système révolutionnaire qu'il a souhaité une refonte intégrale du système judiciaire.

Le juge subit les événements et les décisions verticales des gouvernements successifs entre 1789 et 1815. Les représentations et la place du juge ne sont pas neutres. Ils émanent du politique pour façonner une société supposée être meilleure que la précédente. Le juge est donc à la fois garant protecteur de la nouvelle paix sociale et en même temps déconsidéré en raison de considérations procédurales.

⁷²¹ Marc Ortolani, Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810, *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc. 2017, Nice. ([hal-01992327](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327)).

⁷²² Cité in Ibid.

⁷²³ Ibidem.

Etudier les représentations du juge à la fin de l'Ancien Régime c'est avant tout comprendre les différentes places qui ont été assignées à la Justice. C'est comprendre la représentation à la fois savante et populaire que s'en fait la société elle-même. C'est aussi comprendre l'importance des juges dans la société. C'est comprendre la distorsion entre le décalage qui se crée entre l'opinion et le travail réel du juge. C'est comprendre que dans notre système juridique, pour des raisons historiques, « le politique » et « le judiciaire » sont liés. C'est comprendre que la place des libertés publiques dépend avant tout de la place que l'on attribue à la fonction judiciaire.

Il est donc clair que la figure judiciaire est modelée par le droit pénal mais aussi par les institutions politiques.

En effet la place que le juge a dans la constitution n'est pas neutre. Il est soit contrepoids aux pouvoirs exécutif et au pouvoir législatif, soit il demeure soumis à ces mêmes pouvoirs. L'assemblée constituante avait imaginé un juge qui puisse faire contrepoids conformément aux théories de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs. La Convention se montra beaucoup plus empirique puisque face aux troubles tant intérieurs qu'extérieurs elle décida de domestiquer la justice⁷²⁴ en instaurant une justice citoyenne mais surveillée étroitement par le comité de salut public. Le régime directorial n'innove qu'en durcissant les conditions censitaires pour être juge citoyen. Le directoire hésite entre respect de l'indépendance et soumission du juge.

⁷²⁴ Voir David Moyaux, *Naissance de la justice pénale contemporaine : la procédure criminelle et le jury : l'exemple du Nord*, Thèse, Droit, Lille, 2000.

Le premier empire tranchera en choisissant la soumission du juge au pouvoir impérial. Toutefois il est possible de dessiner un trait commun à tous ces régimes : la notabilité. En effet quel que soit le régime politique, il n'existe aucune rémunération pour le juge.

Ainsi seuls les plus fortunés pouvaient se permettre réellement d'être juge sous l'ère révolutionnaire et napoléonienne. Cela signifie que pour les dirigeants de l'époque la question ne se posait pas. Il était tellement évident pour eux que les notables et propriétaires fonciers pouvaient être juges.

Cette considération commune aux régimes qui se succédèrent entre 1792 et 1815 permet de relativiser l'expérience démocratique française sur ladite période et de repenser le juge d'époque sous l'élan des valeurs bourgeoises françaises dans une période troublée de l'Histoire de France mais d'une grande richesse historique.

Au-delà du code napoléonien et des valeurs conservatrices qu'il véhicule, la représentation du juge et la pensée politique continuent d'être intimement liés. Louis XVIII donne une relative autonomie au pouvoir judiciaire dans sa charte de 1814. Son successeur, le roi Charles X, tentera une nouvelle mise sous tutelle de la Justice. Il la fit sous la pression du parti ultra-conservateur.

La monarchie de Juillet se montrera relativement apaisante et fera voter la loi sur les circonstances atténuantes en 1832. Cela constitue un moyen de concilier libre-arbitre judiciaire et maintien du code pénal de 1810. Si cette loi est le début, un prélude, à la réhabilitation du libre arbitre et de la dignité judiciaire. Un nouveau mouvement de balancier arrive avec le second Empire, entre 1852 et 1870. Il reproduit une justice « lieutenant » du régime impérial à l'instar du premier Empire.

La III^{ème} république se montre plus ambiguë car dans ses principes constitutionnels elle se montre ouverte à l'indépendance de la magistrature. Cependant certains scandales vont laisser une vision opposée à cet idéal d'indépendance. Ce sera, notamment le cas, lors de l'affaire Dreyfus en 1894 et lors du scandale de Panama.

Dans la première affaire, l'affaire Dreyfus, la justice laissa un souvenir de corruption. En effet l'officier Dreyfus est condamné pour trahison sur la seule base de sa religion hébraïque. Il faudra attendre douze années plus tard pour que le président Loubet réhabilite Dreyfus en 1906. Cette affaire laissera de profondes divisions au sein de la société française⁷²⁵.

Dans la seconde affaire, celle du scandale de Panama, l'image de la justice a été écornée par ce scandale politique. En effet un sentiment de « collusion » entre Justice et Politique s'est mis en place en raison des faibles peines prononcées par les juges à l'encontre des principaux accusés dans cette affaire d'escroquerie financière qui ruina l'épargne française au début du 20^{ème} siècle. Si le discrédit du juge est présent, c'est surtout le politique qui se trouva fort éprouvé suite à cette affaire de Panama.

Ce mouvement de balancier entre confiance et méfiance persiste de nos jours. La révolution a légué la méfiance à l'encontre de l'institution judiciaire au pouvoir politique. Cette méfiance reste toujours d'actualité.

Le refus de l'Etat de rendre indépendant les procureurs de la république en est la preuve formelle. La nomination présidentielle ne doit pas être confondue avec certaines

⁷²⁵ Sur l'affaire Dreyfus parmi une abondante bibliographie on pourra se reporter à Jean-Denis BREDIN, *l'affaire*, Paris, Julliard, 1983.

dérives despotiques. Néanmoins le refus de couper ce « cordon ombilical » qui lie les procureurs au gouvernement français est symboliquement fort.

Il montre que la suspicion est toujours présente malgré un contexte différent de celui des guerres révolutionnaires et surtout malgré les condamnations récurrentes de la France par la Cour Européenne des droits de l'Homme. En effet, pour la Cour, les procureurs français ne sont pas des magistrats puisqu'ils sont statutairement liés au gouvernement⁷²⁶.

C'est un combat d'une importance capitale pour l'espèce humaine qui s'ouvre et qui, bien entendu, perdure encore aujourd'hui, symbolisé par les notions d'humanisme et d'humanité en mettant l'Homme au centre !

Ainsi, les Lumières du XVIIIème siècle sont bien dans le prolongement des humanistes car, chacun à leur manière, ils combattent pour affirmer davantage la priorité accordée à l'Homme.

Or, le juge et la justice sont au cœur de ce combat.

C'est aussi bien la demande et la recherche d'une justice équitable, d'un respect de l'accusé, de la suppression de la torture et des exécutions que l'affirmation des droits de la défense sans oublier la lutte contre l'intolérance, notamment religieuse.

D'où l'attachement à trouver des solutions utopiques, théoriques (Jaucourt, Beccaria) d'abord puis plus pratico-pratiques avec les constituants (Barnave, Duport, Bergasse...) lorsqu'enfin, ils participent du pouvoir.

⁷²⁶ Cependant, les choses semblent évoluer positivement grâce à la réforme de la justice portée par Mme la garde des sceaux Belloubet. Cette réforme prévoit l'avis conforme du conseil supérieur de la magistrature pour la nomination des procureurs de la République.

L'importance, la longueur, l'âpreté des débats sur la justice et notamment sur le juge, sa nomination, des prérogatives, sa dépendance à l'égard de la loi... au cours des années 1789 et 1790 sont la preuve de ce qui se joue, un nouveau monde en train de naître.

Incontestablement, le XVIII^{ème} siècle est un point d'orgue de ce combat vers un monde différent.

Curieusement, « la patrie en danger » va justifier la Terreur, cauchemar momentané, où la folie aveugle et sanguinaire l'emporte sur l'humanisme.

Très vite, cependant, la raison l'emportera, convention thermidorienne et directoire remettant les choses dans l'ordre.

À partir de là, le combat continuera avec des hauts et des bas, au fil des péripéties de l'histoire de France.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

Sources

I) Sources imprimées

A) Traités de droit criminel et doctrine pénale de l'Ancien Régime

Averdy Clément-Charles, *Code pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations sur les crimes et les délits*, Desaint et Saillant, Paris, 1752.

Bergasse Nicolas, *Discours sur l'humanité dans l'administration de la justice criminelle*, s.n.,s.l.,s.d.

Bernardi Jean, *Discours*, Bibliothèque philosophique, Berlin, 1782.

Boucher D'Argis André-Gaspard, *Observations sur les lois criminelles de France*, Emmanuel Flession, Bruxelles, 1781.

Brillon Pierre-Jean, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, G. Cavalier, Paris, 1711.

Brissot De Warville Jacques-Pierre, *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France sans nuire à la sûreté publique*, Desauges, Paris, 1781.

Brissot De Warville Jacques-Pierre, *Théorie des lois criminelles*, Desauges, 1781.

Bruneau, *Observations et maximes sur les matières criminelles*, Guillaume Cavelier, Paris, 1715.

Carrard, *De la jurisprudence criminelle ou Essai sur la question proposée, Société économique de Berne pour la confection d'un Code criminel*, Bonnant, Genève, 1785.

Desmarquet, *Nouveau style du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, Bailly, Paris, 1771.

Doublet, *Mémoire sur la nécessité d'établir une réforme dans les prisons et les moyens de l'opérer*, Méquignon l'aîné, Paris, 1791.

Doublet, *Rapport sur l'état actuel des prisons de Paris, lu à la séance publique de la Société royale de médecine le 28 août 1791*, Paris, 1791.

Du Rousseaud De La Combe Guy, *Traité des Matières criminelles*, Théodore le Gras, Paris, 1768.

Dufriche De Valaze Charles-Eléonore, *Lois pénales dédiées à Monsieur, frère du Roi*, Malassis jeune, Alençon, 1784.

Dumont, *Nouveau style criminel*, Regnard, Paris, 1770.

Dupaty, *Lettres sur la procédure criminelle de la France*, Paris.

Duplessis, *Traité des matières criminelles, Œuvres de Monsieur Duplessis*, Gosselin, Paris, 1728.

Dupert Adrien, *Principes et plans sur l'établissement de l'ordre judiciaire*, Imprimerie Nationale, Paris, 1790.

Ferrière Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Brunet, Paris, 1769.

Filangieri Giacomo, *Science de la Législation*, Cuchel, Paris, 1786.

Gayot De Pitival, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidés*, Veuve Delnaune, Paris, 1736.

Guyot Nicolas, *répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1784-1785.

Howard James, *L'état des prisons, des hôpitaux, et des maisons de force en Europe au 18^{ème} siècle*, 1791, Les éditions de l'atelier, 1994.

Jousse Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Debure, Paris, 1763.

Jousse Daniel, *Traité de la justice criminelle*, Debure, Paris, 1771.

Lacretelle Pierre-Louis, *Discours sur le préjugé des peines infamantes*, Cuchet, Paris, 1784.

Lacretelle Pierre-Louis, *Lettre sur la réparation qui serait due aux accusés innocents*, Cuchet, Paris, 1785.

Lacretelle Pierre-Louis, *Réflexions sur la réforme des lois criminelles*, Cuchet, Paris, 1786.

Lally-Tolendal Trophime-Gérard, *Essai sur quelques changements qu'on pourrait faire dès à présent dans les lois criminelles de la France*, Paris, 1786.

Laplesse, *Style criminel de Bretagne*, Vatar, Rennes, 1745.

Lepelletier De Saint Fargeau Michel, *Rapport sur le projet de code pénal présenté à l'Assemblée Nationale au nom des comités de constitution et de législation criminelle*, Imprimerie Nationale, Paris, 1791.

Maton De La Varennes Charles-Antoine, *Mémoire sur les exécuteurs des jugements criminels de toutes les villes du royaume*, Froullé, Paris, 1790.

Mesle Jacques, *De la manière de poursuivre les crimes dans les grands tribunaux du Royaume avec les lois criminelles depuis 1256 jusqu'à présent*, Mouchet et Prault, Paris, 1734.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Institutes de droit criminel*, Le Breton, Paris, 1757.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume divisée en trois partie*, Louis Cellot, Paris, 1767.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Société typographique, Neufchâtel, 1781.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Mémoire sur les peines infamantes*, à la suite de *Les lois criminelles*, Société typographique, Neufchâtel, 1781.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, à la suite des *Lois criminelles*, Société typographique, Neufchâtel, 1781.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Lettre de l'auteur des « lois criminelles » au sujet des nouveaux plans de réforme proposés en cette matière*, s.n.s.l, 1785.

Muyart De Vouglans Pierre-François, *Lettre sur le système de l'auteur de « l'esprit des lois » au sujet de la modération des peines*, Durand et Belin, Paris, 1785.

Ortolan Joseph-Elzéar *Sources de notre ancien droit pénal*, Paris, Joubert, 1848.

Paney William, *Réflexions sur l'établissement des jurés et l'administration de la justice criminelle*, Bailly, Paris, 1789.

Pastoret Charles-Edouard (marquis de), *Des lois pénales*, Buisson, Paris, 1790.

Poullain Du Parc Antoine-Marie, *Principes du droit français suivant les maximes du parlement de Bretagne*, Vatar, Rennes, 1767.

Risi Pierre, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, Grasset, Lausanne, 1768.

Sartoris Jacques-Pierre, *Eléments de procédure criminelle*, Amsterdam, 1773.

Serpillon François, *Code criminel ou commentaire sur l'Ordonnance de 1670*, Périsset, Lyon, 1767.

Servan Michel-Joseph, *Discours sur l'administration de la justice criminelle, Œuvres de Servan*, 1767, Didot, Paris, 1822.

Soutlages Jean -Antoine, *Traité des crimes*, Antoine Birosse, Toulouse, 1762.

Target Guy-Jean-Baptiste, *Projet de code criminel et de police, présenté par la commission nommée par le gouvernement*, Imprimerie de la République, Paris, s.d.

Turgot Antoine, Condorcet Nicolas (Marquis de), *Correspondance de Turgot et Condorcet sur les jurys, 1770-1779*, Bernard Bru et Pierre Crépel, Paris, 1994.

B) Traités politiques du 18^{ème} siècle et doctrine politique des Lumières

Beccaria Cesare, *Des délits et des peines*, Philadelphie, 1766.

Bentham Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses, Œuvres*, Scientia Verlag, 1775.

Bentham Jeremy, *Le panoptique, Œuvres*, 1791, Scientia Verlag, 1969.

Bentham Jeremy, *Traité de législation civile et criminelle, Œuvres*, 1791, Scientia Verlag, 1969.

Diderot Denis, D'Alembert Jean (sous la direction) : *L'Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences et des arts* in *Œuvres de Denis Diderot*, Armand Belin, Paris, 1818.

Hobbes Thomas, *Léviathan*, 1651, Dalloz, Paris, 2004.

Holbach Paul-Henri (baron d'), *Œuvres philosophiques*.

Kant Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, 1797, Durand, Paris, 1853.

Locke John, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Royez, 1795.

Mably Etienne-Gabriel (abbé), *De la législation ou principe des lois*, Amsterdam, 1776.

Marat Jean-Paul, *Plan de législation criminelle*, 1790, Aubin, Bibliothèque sociale, Paris, 1974.

Mirabeau Honoré-Gabriel (Comte de), *Des lettres de cachets et des prisons d'Etat*, *Œuvres Complètes*, 782, Lecoq et Pougin, Paris, 1835.

Montesquieu Charles-Louis de Secondat (baron de), *Lettres persanes*, 1721, Lemerre, Paris, 1873.

Montesquieu Charles-Louis de Secondat, (baron de), *L'esprit des lois*, Nourse, Londres, 1772.

Portalis Jean-Etienne, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le 18^{ème} siècle*, Egron, 1820.

Prugnon Louis-Pierre, *Opinion sur la peine de mort prononcée le 31 mai 1791*, Imprimerie Nationale, Paris, 1791.

Raynal Gabriel, *Histoire philosophique et politique*, Chez Jean-Léonard Pellet, La Haye, 1780.

Robespierre Maximilien, *Discours couronné par la Société royale des arts et des sciences de Metz*, Mérigot, Paris, 1785.

Rousseau Jean-Jacques, *Du contrat social*, Chez Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1762.

Sieyès Emmanuel (abbé), *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, 1788, P.U.F, Paris, 1989.

Verri Pietro, *Observation sur la torture*, 1777, Hamy, Paris, 2004.

Voltaire, *Œuvres Complètes*, Gallimard, Paris, 1992.

II) Sources imprimés

A) Archives parlementaires de l'Assemblée Nationale (1787-1860)

Série 1 : 1787-1799, Tome VIII à tome XXI

B) L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences et des arts

- Article *Clémence*, Tome III, p. 521.

- Article *Crime*, Tome IV, p. 466.

- Article *Despotisme*, Tome VI, p. 888.

-Article *Ephète*, Tome VII, p. 774.

- Article *Etat de nature*, Tome IV, p. 17.

- Article *Esclavage*, Tome V, p. 934.

- Article *Inquisition*, Tome VIII, 776.

-Article *Juge*, Tome IX, p. 6.

- article *Justice*, Tome IX, p. 89.

- Article *Liberté Politique*, Tome IX, p. 72.

- Article *Loi*, Tome IX, p. 645.
- Article *Lois fondamentales*, Tome IX, p. 646.
- Article « *Monarchie* », Tome X, p. 636.
- Article *Pant-See*, Tome XI, p. 830.
- Article *Peine*, Tome XII, p. 247.
- Article *Prérogatives royale*, Tome XIII, p. 307.
- Article *Question*, Tome XIII, p. 704.
- Article *Révolte*, Tome XIV, p. 237.
- Article *Sacrilège*, Tome XIV, p. 485.
- Article *Silésie*, Tome XV, p. 293.
- Article *Souveraineté*, Tome XV, p. 425.
- Article *Traite des nègres*, Tome XV, pp. 532-533
- Article *Tribunal secret de Westphalie*, Tome XVI, p. 630.
- Article « *Turquie* », Tome XVI, p. 754.
- Article *Wesminster salle de*, Tome XVII, P. 606.

III) Bibliographie

Allen Robert, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire (1792-1811)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005.

Allinne Jean-Pierre, *Gouverner le crime : Les politiques criminelles françaises depuis la Révolution*, Paris, L'Harmattan, 2003, 304 p.

Asselain Jean-Charles, *Histoire économique de l'Ancien régime à nos jours : De l'ancien régime à 1918*, Paris, Seuil, , 1984, 224 p.

Athusser Louis, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Quadriges, 1985.

Andrieu Jeanne-Marie, *Les Mercuriales du Chancelier Daguesseau*, Paris LGDJ, 2007, 194 p.

Arabeyre Patrick, Halpérin Jean Louis, Krynen Jacques, (sous la direction), *Dictionnaire Historique des juristes français*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2015, 1071 p.

Astaing Antoine, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel de l'ancien régime du 16^{ème} au 18^{ème} siècle*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 1999, 492 p.

Aubry Gérard, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, L.G.D.J, 1971, 275 p.

Audegean Philippe, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010, 285 p.

Audegean Philippe, *Des délits et des peines : nouvelle traduction du traité de Cesare Beccaria*, Paris, ENS éditions, 2013, 446 p.

Audegean Philippe, *Le moment Beccaria : naissance du droit pénal moderne, 1764-1810*, Oxford, Voltaire Foundation, 263 p.

Aulard Alphonse, *Histoire politique de la Révolution Française : origines et développements de la démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, Armand Colin, 1905.

Aulard Alphonse, *Les orateurs de la Révolution : L'Assemblée Constituante*, Paris, Edouard Cornely et Cie, 1905.

Badinter Robert (sous la direction), *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 406 p.

Bart Jean (sous la direction), *1791, la première constitution française*, Acte du colloque de Dijon, Paris, Economica, 1993, 477 p.

Beaurepaire Pierre-Yves, *Franc-maçonnerie et cosmopolitisme au siècle des Lumières*, Paris, Editions maçonniques de France, 2014, 192 p. (2^{ème} édition).

Beaurepaire Pierre-Yves, *L'Europe des Francs-maçons (XVIII-XXI^{ème} siècle)*, Paris, Belin, 2018, 536 p.

Beaurepaire Pierre-Yves, *L'Europe des Lumières*, Paris, Presses universitaires de France, 2018, 125 p.

Beaurepaire Pierre-Yves, *Les Lumières et le Monde : voyager, explorer, collectionner*, Paris, Belin, 2019, 319 p.

Bely Lucien, *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition, 2010, 1384 p.

Berger Emmanuel, *La justice pénale sous la Révolution, les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes., 2008, 290 p.

Bidouze Frédéric, *Les remontrances du Parlement de Navarre au 18^{ème} siècle : essai sur une culture politique en province au siècle des Lumières*, Biarritz, Atlantica, 2000, 733 p.

Blanquié Christophe, *Les présidiaux du Chancelier D'Aguesseau*, Paris Publisud, 2004, 385 p.

Bongert Yvonne, *Histoire du droit pénal*, Les Cours de droit, Paris, 1966-1973.

Bongert Yvonne, *La peine et la loi dans l'ancien droit français*, in *Freiheit und Eigentum*, Berlin, 1999.

Blot-Maccagnan Stéphanie, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime: la pratique angevine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, 324 p.

Cabanis Danielle, Cabanis André *Introduction à l'histoire des idées politiques*, Paris, Publisud, 1989, 335 p.

Cantu Charles, *Beccaria et le droit pénal*, Paris, Didot, 1885.

Carbasse Jean-Marie (sous la direction), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 343 p.

Carbasse Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., Paris, 2014, 445 p.

Carbasse Jean-Marie, *Histoire du Parquet*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, 333 p.

Carbasse Jean-Marie, *La peine de mort*, Paris, Presses universitaires de France 3^{ème} édition, 2016, 125 p.

Catelan Nicolas, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 327 p.

Chauvaud François (sous la direction), *Histoire de la justice de la Révolution jusqu'à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007.

Chevallier Jean-Jacques, *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot, 2006, 895 p.

Combiér Alain, *La justice criminelle à Laon pendant la Révolution*, Paris, Champion, 1882.

Cusson Monique, *Pourquoi punir*, Paris, Dalloz, 1987.

Dauchy Serge, Demars-Sion Véronique (sous la direction), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence entre le 16^{ème} et 18^{ème} siècle*, Paris, La Mémoire du droit, 2002, 352 p.

De Bastard Henri, *Les parlements de France : Essai historique sur leurs usages, leurs pouvoirs et leur autorité*, 2 vol., Paris, Didier, 1857, 640 p. et 714 p.

Debaue Jean-Louis, *La justice révolutionnaire dans le Morbihan (1790-1795)*, Paris, chez l'auteur, 1965, 571 p.

Deperchin Annie, Derasse Nicolas, Dubois Bruno, *Mélanges en l'honneur de Royer Jean-Pierre, Figures de justices*, Lille, CHJ, 2004.

Durand Bernard (sous la direction), *La torture judiciaire : approches historiques et juridiques*, Lille, Centre d' Histoire Judiciaire, 2002, 977 p.

Dolan Claire, *Les procureurs du Midi sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 2012, 286 p.

Eishemein Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle inquisitoire depuis le 13^{ème} siècle*, Paris, La Sorbonne 2010.

Harouel Jean-Louis (sous la direction), *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, 628 p.

Faggion Lucien (sous la direction), *La culture judiciaire : discours, représentations et justice du Moyen-Age jusqu'à nos jours*, Lille, La mémoire du droit, 2014, 522 p.

Farcy Jean-Claude, *Histoire de la justice française de la Révolution jusqu'à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, 342 p.

Farge Arlette, *Dire et mal dire : l'opinion publique au XVIII^{ème} siècle*, Paris, Seuil, 1992.

Foucault Michel, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 318 p.

Furet François, Richet David, *La Révolution Française*, Paris, 1988.

Garnot Benoit (sous la direction), *Histoire et criminalité de l'Antiquité au 20^{ème} siècle*, Actes du colloque de Dijon (3-5 octobre 1991), Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1992, 542 p.

Garnot Benoit, *Histoire de la justice depuis l'an 1000*, Paris, Nathan, 1993.

Garnot Benoit, *Histoire des juges de l'Ancien régime à nos jours*, Paris, Editions du nouveau monde, 2000.

Garnot Benoit, *Histoire de la Justice en France entre le 16^{ème} et le 18^{ème} siècle*, Paris, Folio, 2009.

Garnot Benoit, *Crime et Justice au 17^{ème} et 18^{ème} siècle*, Paris, Folio, 2010.

Garrison François, *Histoire du droit et des institutions*, Paris, Presses universitaires de France, 1983-1984.

Gasparini Eric, Gojosso Eric, *Introduction historique au droit et aux institutions*, Paris, Presses universitaires de France, 3^{ème} édition, 2009, 423 p.

Gay Marie-Thérèse, Coudert Jean, *Un magistrat lorrain au 18^{ème} siècle : l'exemple du premier président Coeurderoy et son diaire*, Paris, L'Harmattan, 1997, 461 p.

Godechot Jacques, *La pensée révolutionnaire (1780-1799)*, Paris, Armand Colin, 1969, 403 p.

Godechot Jacques, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 808 p.

Gresset Maurice, *Gens de justice à Besançon de la conquête par Louis XIV à la Révolution Française (1674-1789)*, Paris, BNF, 1978, 873 p.

Habernas Jürgen, *L'espace public*, Paris, Payot-Seuil, 1992.

Halévy Ran, *Les Loges Maçonniques dans la France de l'Ancien Régime : aux origines de la sociabilité démocratique*, Paris, Armand Colin, 1984, 118 p.

Halpérin Jean-Louis, *Le tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, 294 p.

Harouel Jean-Louis (sous la direction), *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Presses universitaires de France 2012, 646 p.

Hautebert Joël, *La justice pénale à Nantes au Grand Siècle*, Rennes, Ed. Michel de Maule, 2001, 419 p.

Hazard Pierre, *La pensée européenne au 18^{ème} siècle*, Paris, Fayard, 1990.

Hilaire Jean, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Les Cours de Droit, 1994.

Jeanclos Yves, *La législation pénale de la France du 16^{ème} au 19^{ème} siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

Jeanclos Yves, *Les atteintes corporelles imposées au condamné en France du 16^{ème} siècle à nos jours*, Strasbourg, Publications de l'université Robert Schuman, 1999.

Jeanclos Yves (sous la direction), *La dimension historique de la peine*, Paris, Economica, 2013.

Lafon Jean-Louis, *La Révolution Française face au système de l'Ancien Régime*, Genève, Droz, 2001.

Lang Jean-Bernard, *Les robes écarlates, la justice criminelle au parlement de Metz (1744-1780)*, Metz, Serpenoise, 2008, 291 p.

Laingui André, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (16^{ème}-18^{ème} siècle)*, LGDG, Paris, 1970, 366 p.

Laingui André, LEBIGRE Arlette, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, 223 p.

Laingui André, *Histoire du droit pénal*, Paris, Presses universitaires de France 1993, 127p.

Lanier Jean-François, *Michel-Joseph Antoine Servan ou de Servan (1737-1807) : avocat général de l'humanité*, Romans, J-F Lanier, 1995, 176 p.

Lavroff Dimitri, *Histoire des idées politiques de l'Antiquité à la fin du 18^{ème} siècle*, Paris, Dalloz Mémento, 2001.

Lebigre Arlette, *La vie judiciaire sous l'Ancien Régime*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, 316 p.

Leca Antoine, *Histoire des idées politiques des origines au 20^{ème} siècle*, Paris, Ellipses, 1997, 448 p.

Lemaire Elina, *Grande robe et liberté : La haute magistrature au 18^{ème} siècle face aux institutions libérales*, Paris, L'Harmattan, 2010.

Lemay Edna-Hindie, *Dictionnaire des Constituants (1789-1791)*, Oxford, Voltaire Foundation, , 1991, 1022 p.

Leveleux Corinne (sous la direction), *Daniel Jousse : Un juriste au temps des Lumières*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, 191 p.

Leuwers Hervé, *Histoire de la justice*, Paris, Un autre Monde, 2010.

Leuwers Hervé, *La justice dans la France moderne : du roi de justice à la justice de la nation*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 250 p.

Libersat Georges, *La justice criminelle du magistrat de Boulogne sur Mer de 1670 à 1790*, Paris, A. Picards et fils, 1910.

Martin Xavier, *Voltaire méconnu : Aspects cachés de l'humanisme des Lumières*, Poitiers, Martin Morin, 2015, 359 p.

Martin Xavier, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières*, Poitiers, Martin Morin, 2018, 303 p.

Mathieu Martial, *Histoire des institutions publiques : des origines franques à la Révolution française*, Paris, Lexis, 2013, 197 p.

Mathiez Albert, *Les grandes journées de la Constituante*, Paris, Ed de la Passion, 1989, 128 p.

Métairie Guillaume, *La justice de proximité : une approche historique*, Paris, Léviathan, 2010.

Métairie Guillaume, *Juges et justices de paix de Pais : une étude institutionnelle et biographique*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2014, 160 p.

Mirkhine-Guetzevitch Boris, Puget Henri, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu : Bicentenaire de l'esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952.

Moreau Isabelle (sous la direction), *Les Lumières en mouvement : la circulation des idées au 18^{ème} siècle*, Lyon, ENS, 2009, 318 p.

Murphy William, Pritchett Chris, *Courts, Judges and Politics : an introduction to the judicial process*, Herman, New-York, 1986, 472 p.

Nay Olivier, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2007, 592 p.

Nemo Philippe, *Histoire des idées politiques des Temps Modernes au XX^{ème} siècle*, Paris, Quadriges, 2013, 1436 p.

Ortolani Marc (sous la direction), *Histoire des idées politiques*, Paris, Studyrama, 2016, 469 p.

Padoa-Schioppa Antonio, *The trial jury in England, France, Germany*, (1700-1900), Berlin, Duncker et Humblot, 1987, 304 p.

Pardo Julian, *La maréchaussée et le crime en Ile de France sous Louis XIV et Louis XV*, Paris, Les Indes Savantes, 2012, 621 p.

Petit Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, Paris, Fayard, 1990, 749 p.

Piant Hervé, *Une justice ordinaire : La justice civile et criminelle dans la prévôté royale de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, Presses universitaire de Rennes, 2015, 306 p.

Porret Michel, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit d'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, , 1995, 562 p.

Porret Michel (sous la direction) *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du Colloque de Genève*, 1995, 316 p.

Porret Michel, (Sous la direction), *Le Corps violenté : du geste à la parole*, Genève, Droz, 1998, 370 p.

Porret Michel, *Beccaria : Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003, 125 p.

Poumarède Jacques (sous la direction), *Les parlements de province : pouvoir, justice et société entre le 15ème et le 18ème siècle*, Toulouse, FRAMESPA, 1996, 808 p.

Pradel Jean, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 127 p.

Quastana François, *Voltaire et l'absolutisme éclairé (1736-1778)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d' Aix-Marseille, 2003.

Quastana François, *La pensée politique de Mirabeau (1771-1789)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d' Aix-Marseille, 2007, 650 p.

Raynal Jean-Jacques, *Histoire des grands courants de la pensée politique*, Paris, Hachette Supérieur, 1999, 159 p.

Rémond René, *Histoire de notre temps: Tome premier : L'Ancien Régime*, Paris, Points, 2005, 215 p.

Reverso Laurent, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au 18^{ème} siècle : influence française et spécificités*, Aix-en Provence, Presses universitaires d' Aix-Marseille, 2004, 635 p.

Roche David, *Le siècle des Lumières en province : académies et académiciens provinciaux (1680-1789)*, Paris-La Haye, 1978.

Roche David, *La France des Lumières*, Paris, Fayard, 1993.

Rocquain Félix, *l'esprit révolutionnaire avant la Révolution, (1715-1789)*, Slatkine reprints, Genève, 1971, 544 p.

Royer Jean-Pierre, *Histoire de la justice : du 18^{ème} siècle à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2016, 5^{ème} édition, 1979, 1290 p.

Royer Jean-Pierre (sous la direction), *La douleur et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, Tome 1, 1997, 514 p.

Royer Jean-Pierre, Martinage Renée (sous la direction), *Les destinées du jury criminel*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1990, 274 p.

Rosselet Michel, *Histoire de la magistrature*, Paris, Presses universitaires de France, 1956.

Rosselet Michel, *Histoire de la justice*, Paris, Que sais-je, 1956.

Saint-Bonnet François, Sassier Yves, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, LGDJ, 2019, 6^{ème} édition, 500 p.

Sautel Georges, Harouel Jean-Louis (sous la direction) *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution*, Paris, Dalloz, 1997, 522 p.

Schnapper Bernard, *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, 680 p.

Schulthess Daniel, Muller Philippe, *La Révolution française dans la pensée européenne*, Neufchâtel, Presses Académiques de Neufchâtel, 1989, 212 p.

Soboul, Albert, *Dictionnaire historique de la Révolution Française*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 1132 p.

Soleil Sylvain, *Introduction historique aux institutions (IV^{ème}-XVIII^{ème})*, Paris, Flammarion, 2010, 382 p.

Sueur Philippe, *Histoire du droit public français (15-18^{ème})*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, 440 p.

Sur Bertrand, *Histoire des milles ans de la justice française*, Paris, Litec, 2003.

Texier Pascal, Hoareau-Dodineau Jacqueline (sous la direction), *La peine : Discours, représentations et pratiques*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2005, 270 p.

Tillet Edouard, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 626 p.

Touchard Jean, *Histoire des idées politiques du 18^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 2012, 382 p.

Trenard Louis (sous la direction), *Modèles et moyen de réflexions politiques au 18^{ème} siècle*, actes du colloque organisé à l'Université Lille III en octobre 1973.

Troper Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980, 251 p.

Trousseau Raymond, *Voltaire et le les droits de l'homme*, Bruxelles, Espace de liberté, , 1994, 398 p.

Veillon Didier, *Magistrats au 19^{ème} siècle en Charente-Maritime, Deux-Sèvres, Vienne et Vendée*, Poitiers, Gestes éditions, 2001.

Vercier Jules, *La justice criminelle dans le département de l'Hérault sous la Révolution*, Montpellier, 1929.

Venturi Franco, *Settecento riformatore, IV, La Caduta dell Antico Regime (1776-1789)*, T1 : Grandi Stati dell Occidente, Torino, 1984, 463 p.

Wenzel Eric, *La torture dans la France de l'Ancien Régime : Lumières sur la question*, EUD, Dijon, 2011, 137 p.

IV) Articles de revues

Astaing Antoine, « Le conseil souverain du Roussillon, gardien de l'ordonnance de 1670 », in POUMAREDE J. (sous la direction), *Les Parlements de Province*, FRAMESPA, Toulouse, 1996 pp. 311-327.

Astaing Antoine, « Les douleurs de la question préparatoire et le remède des drogues », in DURAND Bernard (sous la direction), *La douleur et le droit*, P.U.F., Paris, 1997, pp. 277-301.

Astaing Antoine, « *Durus carcer aut tortura ? La mise au secret et la recherche de l'aveu dans la procédure pénale française (15^{ème}-19^{ème} siècle)* », in DURAND Bernard (sous la direction), *La torture judiciaire*, Centre d'histoire judiciaire de Lille, 2002, pp. 891-940.

Astaing Antoine, « Le refus du dogmatisme et du pyrrhonisme : La preuve pénale dans le *Traité de la justice criminelle de France (1771)*, in Leveleux-

Teixeira C. (sous la direction), Daniel Jousse : Un juriste au temps des Lumières (1704-1781), CIAJ n°16, Pulim, Limoges, 2007, pp. 133-141.

Audegean Philippe, Codification et interprétation : le §4 du traité Des délits et des peines, Institut Rhônalpin de Sciences Criminelles, Les Lumières du pénal, n°1, 2011.

Audegean Philippe, « Beccaria et la naissance de la prison », Prisons et Droits, Institut Rhônalpin de Sciences Criminelles, n°5, janvier 2016.

Bacot Guillaume, « Montesquieu et la question de la nature monarchique de la Constitution Anglaise », RFHIP, n°25, 2007, pp. 3-31.

Bacot Guillaume, « La notion d'exécution chez Montesquieu », RFHIP, 571.

Bastien Pascal, « L'exécution publique : peine ou pénitence ? » in Nadeau C. Vacheret M. (sous la direction) : *Le châtement. Histoire, philosophie et pratiques de la justice pénale*, Liber, Montréal, 2005, pp. 39-62.

Bastien Pascal, « Ecrire l'infamie : les Parlementaires et l'écriture des amendes honorables au 18^{ème} siècle », *Les parlementaires, les lettres et l'histoire au siècle des Lumières*, Actes du colloque (7-9 juin), Pau, 2006, pp. 1-17.

Bastien Pascal, « Criminel par infamie : Les effets sociaux de l'infamie pénale dans la France du 18^{ème} siècle », in BRIEGEL F., PORRET M., (sous la direction), *Le criminel endurci : récidive et récidivistes du Moyen-Age au 20^{ème} siècle*, Droz, Genève, 2006, pp. 111-122.

Bastien Pascal, « Les arrêts criminels et leurs enjeux dans l'opinion publique à Paris au 18^{ème} siècle », *RHMC*, Paris, 2006, pp34-62.

Beristain François, « Réflexions sur la peine rétributive chez les canonistes », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, Sirey, Paris, 1965, pp. 552-571.

Bestion Annabelle, « La torture et le législateur en Europe », in Durand B., (sous la direction), *La torture judiciaire*, Centre d'histoire judiciaire, Lille, 2002, pp. 847-882.

Biard Michel, « La Convention ambulante : un rempart au despotisme exécutif », *AHRF*, n332, avril-juin 2003.

Billacois François, « Justice et politique à la fin de l'Ancien Régime », in Garnot B. (sous la direction), *Histoire et criminalité de l'antiquité au 20^{ème} siècle*, EUD, Dijon, 1992, tome 1, pp. 445-449.

Blachofen Blaise, « La notion d'exécution chez Rousseau », *RFHIP*, n°34, 2011, pp. 275-298.

Blot Stéphanie, « Le règlement amiable des conflits, complément de la procédure criminelle au 18^{ème} siècle en Anjou », in Hoareau-Daudinau J., Metairie G., Texier P. (sous la direction), *Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit pas d'action ?*, C.I.A.J, Pulim, Limoges, 2006, pp. 219-230.

Bongert Yvonne, « le juste et l'utile dans la doctrine pénale de l'Ancien Régime », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1982, tome 27, pp. 291-321.

Bourgin Grégoire, « Le comité de législation : Etudes sur un fond juridique des archives nationales », *RHD*, Paris, 1911, pp. 624-648.

Brunel François, « Les juristes et la Révolution », in VOVELLE M. (sous la direction), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*

P.U.F., Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), Paris, 1988, tome 2, pp. 796-800.

Brun-Jansen Marie-Françoise, « Criminalité et répression pénale au siècle des Lumières : l'exemple du Parlement de Grenoble », *RHD*, Paris, 1998, pp. 343-369.

Carbasse Jean- Marie, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits de l'homme », *Droits : revue française de théorie juridique*, Paris, 1988, pp.123-134.

Carbasse Jean-Marie, « La peine en droit français des origines jusqu'au 17^{ème} siècle », *Recueil de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, 1992, tome 56, pp. 157-172.

Carbasse Jean-Marie, « La place du secret dans l'ancien procès pénal », in Royer J-P., Durand B., *Secret et justice : le secret entre éthique et technique* Publications de l'Espace juridique, Lille, 2000, pp. 207-224.

Carbasse Jean-Marie, « Loi et justice chez Jacob-Nicolas Moreau, d'après le *Discours sur la Justice* rédigé pour l'instruction du dauphin (1767) », *Pensée politique et Loi*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, p. 67-81.

Cartuyvels Yves, « Le droit pénal entre consolidation étatique et codification absolutiste au 18^{ème} siècle », in Rousseaux X., Lévy R. (Sous la direction), *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats, sociétés en Europe (12^{ème}-20^{ème} siècle)*, Publications des Facultés universitaires, Saint-Louis, Bruxelles, 1997, pp. 251-284.

Castan Nicole, « Les alarmes du pénal : du sujet gibier de justice à l'Etat en proie à ses citoyens (1788-1792) », in *Une autre Justice*, 1989, pp. 29-38.

Castan Nicole, « La réforme pénale en France à la fin de l'Ancien Régime », *Le Politiche criminali nell 18^{ème} secolo*, Guiffré, Milan, 1990, pp. 315-326.

Castan Nicole, « Les codifications pénales d'Ancien Régime », in Rousseaux X., Halévy R., (sous la direction), *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats, sociétés en Europe du 12^{ème} au 20^{ème} siècle*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1997, pp. 279-286.

Castan Yvan, « Problèmes répressifs d'Ancien régime : infamie et exil, le dénuement ou la prison ? » in Y. Castan, P. Poncela (sous la direction), *La peine : quel avenir ?*, Cerf, Paris, 1983, pp. 69-77.

Castan Yvan, « Exemplarité judiciaire, caution ou éveil des études sérielles », *Histoire sociale, sensibilités collectives et mentalités : mélanges Robert Mandrou*, P.U.F., Paris, 1985, pp. 51-59.

Cattaneo M-A, « Les fondements philosophiques de la fonction de la peine chez Beccaria » in Porret M. (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève (25-26 novembre 1994), Droz, Genève, 1997, pp. 83-88.

Clere Jean-Jacques, « Les Constituants et l'organisation de la procédure pénale », in *La Révolution et l'Ordre juridique privé*, pp. 441-456.

Clero Jean-Pierre, « Bentham et les Lumières, Les éclaireurs du pénal », *Institut Rhônalpin de sciences criminelles*, n°3.

Coqui Guillaume, « La peine de prison et l'éducation morale, Prisons et droits », *Institut Rhônalpin de sciences criminelles*, n°5, janvier 2016.

Constant Jérôme, « Voltaire et la réforme des lois pénales », *Revue de droit pénal et criminologie*, Bruxelles, 1959, pp. 535-546.

Crepin Marie-Yvonne, « Le chant du cygne du condamné : Les testaments de mort en Bretagne au 18^{ème} siècle », *RHD*, Paris, 1992, pp. 491-509.

Crepin Marie-Yvonne, « La peine de mort au parlement de Bretagne au 18^{ème} siècle », in Poumarede J. (sous la direction), *Les Parlements de provinces : pouvoirs, justice et société du 15^{ème} au 18^{ème} siècle*, FRAMESPA, Toulouse, 1996, pp. 341-353.

Crepin Marie-Yvonne, « Le rôle pénal du ministère public » in Carbasse Jean-Marie (sous la direction), *Histoire du parquet*, P.U.F., Paris, 2000, pp. 77-103.

Crepin Marie-Yvonne, « La peine de mort en Bretagne : de l'Ancien droit au code pénal de 1791 », *T.V.R.*, Leiden, 2005, pp. 357-369.

Dauvilliers Jean, « Origine et histoire du costume des gens de justice », *RHFDE*, n°2 série 4, 1958, pp. 310-311.

Decrue François, « Les idées politiques de Mirabeau », *R.H.*, Paris, 1883, n°21, pp. 257-290.

Decourt- Hollender Bénédicte, « Officiers de justice et opinion publique sous les règnes de Charles VI et Charles VII : Etude doctrinale et normative » Colloque « "Rumeurs, propagande et manipulation de l'opinion publique aux XIV^e, XV^e et XVI^e siècles ", organisé à l'Université du Québec par le Professeur Luc Vaillancourt, les 19 et 20 mai 2011. Presses de l'Université Laval, 2012

Derasse Nicolas, « Les défenseurs officieux : une défense sans barreau », *AHRF*, n°350, Justice, Nation et Ordre public, oct.-déc. 2007.

Derathe René, « Les philosophes et le despotisme » in FRANCASTEL P. (Sous la direction), *Utopies et institutions au 18^{ème} siècle. Le pragmatisme des Lumières*, Paris, 1963, pp. 57-75.

Derathe René, « Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire », in *Atti del Convegno Internazionale su C. Beccaria*, Academia delle scienze, Turin, 1966, pp. 85-100.

Dugeon Laurent, « Des peines arbitrées aux peines codifiées », *Hypothèses 2002*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2003.

Durand Bernard, « Arbitraire de la peine et peine de mort en Roussillon », *Confluences des droits savants et des pratiques juridiques*, Actes du colloque de Montpellier (12-14 décembre 1977), Giuffrè, Milan, 1979, pp. 93-120.

Durand Bernard, « Arbitraire du juge et droit de la torture : l'exemple du Conseil souverain du Roussillon », *SHDE*, 1979, pp. 168-184.

Durand Bernard, « Jousse, la récidive et Farinacius », in Leveux-Teixeira C., *Daniel Jousse : un juriste au temps des lumières (1704-1781)*, C.I.A.J, n°16, Pulim, Limoges, 2007, pp. 101-113.

Dyonet Nicole, « Daniel dans son temps (1704-1781) » in Leveux-Teixeira C. (sous la direction), *Daniel Jousse : un juriste au temps des Lumières (1704-1781)*, C.I.A.J, n°16, Pulim, Limoges, 2007, pp. 17-31.

Ferrand Jérôme, « La philosophie de la réforme criminelle dans l'œuvre de Michel Servan », *Les Lumières du Pénal*, Institut Rhônalpin de Sciences Criminelles, n°1, décembre 2011, pp. 59-151.

Ferrand Jérôme, « Les postérités beccariennes dans la littérature juridique du premier 19^e siècle », Institut rhônalpin de sciences criminelles, n°6, octobre, 2016.

Ferrand Jérôme, « Les frontières de l'Imaginaire... Le Topos de la peine dans la littérature utopique de l'aube des Lumières à la Révolution », *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les oeuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Dec 2017, Nice, France. [\(hal-02077910\)](#)

Foyer David, « Regards théologiques sur la torture » in Durand Bernard (sous la direction), *La torture judiciaire*, Centre d'histoire judiciaire, Lille, 2002, pp. 361-379.

Garnot Benoit, « une illusion historiographique : justice et criminalité au 18^{ème} siècle », *R.H*, Paris, 1989, n°570, pp. 361-379.

Garnot Benoit, « Pour une histoire nouvelle de la criminalité au 18^{ème} siècle », *RH*, Paris, 1992, n°584, pp. 289-303.

Garnot Benoit, « La législation de la répression des crimes dans la France moderne (16^{ème}-18^{ème} siècle), *R.H*, Paris, 1995, n°595, pp. 75-90.

Garnot Benoit, « Erreurs judiciaires et procédure pénale dans la seconde moitié du 18^{ème} siècle » in Garnot B. (sous la direction), *L'erreur judiciaire de Jeanne d'Arc à Roland Agret*, Imago, Paris, 2004, pp. 107-124.

Gau-Cabee Caroline, « *Arbitrium judicis*. Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », in Mascala C., *à propos de la sanction*, Presses de l'université des sciences sociales, Toulouse, 2007, pp. 39-61.

Gasparini Eric « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête d'un juste milieu sous la Révolution », *AHRF, La Révolution et le droit*, n°328, 2002.

Eric Gasparini « Une apologie protestante de la tolérance au XVIIIème siècle : la Lettre d'un Patriote sur la tolérance civile des protestants de France ». *Commentationes Historiae Ivris Helveticae*, Editions juridiques libres, 2018, XV. [\(hal-02117232\)](#).

Gaven Jean-Christophe, « La diffusion des idées pénales par la presse révolutionnaire », *Savoirs pénaux, savoirs diffus*, Institut Rhônalpin de sciences criminelles, n°4, novembre 2013.

Gazzaniga Jean-Louis, « La dimension historique des droits et libertés fondamentaux », *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 13-27.

Gessler Jean, « Tortures et supplices modérés sous l'Ancien Régime », *Revue belge de philologie et d'histoire*, Bruxelles, 1950, pp. 165-180.

Godechot Jacques, « Les influences étrangères sur le droit pénal de la Révolution Française » in Vovelle Michel (sous la direction), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), P.U.F., Paris, 1988, Tome 1, pp. 47-53.

Govard-Fabre Simone, « le prestige de la loi à l'époque de la loi révolutionnaire », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, 1988, pp. 123-135.

Graven Jean, « Les conceptions pénales et l'actualité de Montesquieu », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, 1950, pp. 160-190.

Graven Jean, « Montesquieu et le droit pénal », in Mirkine-Guetzevitch Boris, Puget Henri (sous la direction), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Recueil Sirey, Paris, 1952, pp. 209-254.

Gresset Maurice, « La justice répressive au 17^{ème} et 18^{ème} siècle », *Bulletin de la section d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, 1982, pp. 143-152.

Halkin Louis-Etienne, « La cruauté des supplices de l'Ancien Régime », *R.H.D.*, Paris, 1937, pp. 131-144.

Houlou Antoine, « Le droit pénal chez Saint Augustin », *R.H.D.*, Paris, 1974, pp. 5-29.

Huc Théodore, « De l'influence du droit canonique sur la législation criminelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Cotillon, Paris, 1858, pp. 439-452.

Halperin Jean Louis « Le droit privé sous la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *AHRF, La Révolution et le droit*, n°328, 2002.

Guiol Marie-Christine « Grace et réhabilitation à la fin du 18^{ème} siècle : des réformateurs à la Constituante », *Les Lumières du Pénal*, Institut Rhônalpin de Science Criminelle, n°1, décembre 2011, pp. 181-209.

Guiol Marie-Christine, « La question de la légitimité de la peine capitale au XVIII^{ème} siècle, des Lumières à la Constituante », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des Anciens Pays Bourguignons*, n°68, 2011, pp. 117-137.

Guiol Marie-Christine, « Le spectacle pénal, mise en œuvre de l'exemplarité aux derniers siècles de l'Ancien Régime : Le cas de la sénéchaussée de Draguignan », *Bulletin de la Société d'Etudes Scientifiques et Archéologiques de Draguignan et du Var*, tome 49, 2012, pp. 97-120.

Guiol Marie-Christine, « L'amendement du coupable dans le droit pénal laïc du 18^{ème} siècle », in *La dimension historique de la peine*, (Y. Jeanclos, direction), Paris, Economica, 2013, pp. 169-187.

Guiol Marie-Christine, « Les acteurs de la scène pénale à travers les écrits de la doctrine traditionnaliste du 18^{ème} siècle » *Les Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, L.G.D.J., n°61, 2014, pp. 211-228.

Imbert Jean, « la peine de mort et l'opinion au 18^{ème} siècle », *Revue de Science criminelle et de droit comparé*, Paris, 1964, pp. 509-525.

Jacouty Jean-François, « Une contribution à la pensée aristocratique des Lumières », *RFHIP*, n°17, 2003, pp. 3-47.

Jung Heike, « Le manifeste de politique criminelle de Jean-Paul Marat », *Les Lumières du pénal*, Institut Rhônalpin de Sciences Criminelle, n°1, décembre 2011, pp. 151-181.

Laingui André, « Grotius et le droit pénal », *18^{ème} siècle*, Paris, 1980, pp. 37-58.

Laingui André, « Le premier grand traité de responsabilité pénale : le *De poenis temperandis* ». D'André Tiraqueau », *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 179-203.

Laingui André, « l'homme criminel dans l'ancien droit », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1983, pp. 15-35.

Laingui André, « Nouveautés et permanence dans le droit criminel du 17^{ème} siècle », *Destins et enjeux du 17^{ème} siècle*, Textes réunis en hommage à Jean Mesnard, P.U.F., Paris, 1985, pp. 71-84.

Laingui André, « les adages du droit pénal », *revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Bruxelles, 1986, pp. 25-54.

Laingui André, « Le droit pénal canonique, source de l'ancien droit pénal laïc », *Eglises et pouvoir politique*, Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers, Angers, (30 mai -1^{er} juin 1985), 1987, pp. 213-232.

Laingui André, « La sanction pénale dans le droit pénal français du 18^{ème} et 19^{ème} siècle », *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* », De Boeck, Université de Bruxelles, 1989, n°57, pp. 161-194.

Laingui André, « la doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (16^{ème} -18^{ème} siècle) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, Paris, 1992, n°13, pp. 75-89.

Laingui André, « La loi pénale sous la Révolution », in Bourgeois Baptiste, D'Hondt Jacques, (sous la direction), *La philosophie et la Révolution Française*, Vrin, Paris, 1993, pp. 103-104.

Laingui André, « P.F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1995, pp. 169-181.

Laingui André, « La peine de mort au 18^{ème} siècle : opinion publique et réalités », in Papadopoulos Ioannis, Robert Jacques-Henri (Sous la direction), *La peine de mort. Droit, histoire, anthropologie, philosophie*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2000, pp. 104-114.

Laingui André, « Les peines dans la littérature des adages juridiques », in Hoareau-Dodinau Jacqueline, Texier Pascal, (sous la direction), *La peine*.

Discours, pratiques, représentations, C.I.A.J, n°12, Pulim, Limoges, 2005, pp. 111-125.

Larrere Christian, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », in Porret M. (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève (25-26 novembre 1994), Droz, Genève, 1997, pp. 89-108.

Lascoumes Pierre, Poncela Pierrette, « La République ...en réprimant », in *La Révolution et l'Ordre juridique privé*, pp. 593-607.

Lascoumes Pierre, Poncela Pierrette, « Classer et punir autrement : les incriminations sous l'Ancien Régime et sous la Constituante », in Badinter R. (sous la direction), *Une autre justice (1789-1799)*, Fayard, Paris, 1989, pp. 73-104.

Lascoumes Pierre, Poncela Pierrette, « Des délits et des peines sous la Constituante », *Archives de politique criminelle*, Paris, 1989, n°11, pp. 11-25.

Lebigre Arlette, « 1789 : la justice dans tous ses états » in Badinter Robert, *Une autre justice (1789-1799)*, Fayard, Paris, 1989, pp. 39-55.

Lebigre Arlette, « Pour les cas résultats résultant du procès », le problème de la motivation des arrêts », *Histoire de la justice*, Paris, 1994, n°7, pp. 23-37.

Leca Antoine, « Les principes de la Révolution dans les droits civils et criminels », *Les principes de 1789*, Centre d'études et de recherches d'histoire des idées politiques, PUAM, Aix-en-Provence, 1989, pp. 113-149.

Leuwers Hervé, « Révolution constituante et société judiciaire », AHRF, n°350, *Justice, Nation et Ordre public* (oct.-déc. 2007).

Littman (M-J), « Cesare Beccaria et le droit criminel moderne », *Torture, tortures : débats et représentations*, Actes du colloque organisé à l'occasion du deuxième centenaire de la mort de Cesare Beccaria (24-25 novembre 1994), CSLL, Paris, 1996, pp. 13-21.

Lorgnier Jacques, Martinage René, « Procédure criminelle et répression devant la maréchaussée de Flandres (1679-1790) », R.H.D., Paris, 1981, pp. 183-197.

Martinage Renée, « Les innovations des Constituants en matière de répression », in *Une autre Justice*, Fayard, Paris, 1989, pp. 105-126.

Martinage Renée, « L'ordonnance criminelle de 1670 face aux particularismes flamands », in Horeau-Dodinau Jacqueline, Métairie Guillaume, Texier Pascal (sous la direction), *Procéder : pas d'action pas de droit ou pas de droit pas d'action ?*, C.I.A.J, n°13, Pulim, Limoges, 2006.

Martucci René, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-1791)* », Milan, 1984.

Martucci René, « Le parti de la réforme criminelle en France à la Constituante », in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, 1988, pp. 229-239.

Martucci René, « Qu'est-ce que la lèse-nation ? A propos du problème de l'infraction politique sous la Constituante (1789-1791) », *Déviance et société*, Genève, 1990, pp. 377-393.

Martucci Rene, « En attendant Lepeletier de St Fargeau : La règle pénale sous la Révolution », AHRF, *La Révolution et le droit*, n°32, 2002.

Maury André, « la législation criminelle sous l'Ancien Régime », *Revue des deux mondes*, Paris, 1877, tome23, pp. 241-278.

Mer Louis-Bernard, « Réflexions sur la jurisprudence criminelle du Parlement de Bretagne », in Yver J. (sous la direction), *Droit privé et institutions régionales*, P.U.F, 1976, pp. 505-530.

Mer Louis-Bernard, « Crime et châtement dans le théâtre de Molière », *R.H.D.*, Paris, 1977, n°55, pp. 359-389.

Mer Louis-Bernard, « Criminalité et répression en Bretagne (1750-1760) », *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, A. Pedone, Paris, 1980, pp. 300-323.

Mer Louis-Bernard, « La procédure criminelle au 18^{ème} siècle : l'enseignement des archives bretonnes », *R.H.*, Paris, 1985, pp. 9-42.

Muller David, « Magistrats français et peine de mort au 18^{ème} siècle », *18^{ème} siècle*, Paris, 1972, n°4, pp. 79-107.

Merica-Bourdet Myrtille, « Voltaire contre Montesquieu, Débats et polémiques autour de L'Esprit des lois », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°35, 2012.

Ortolani Marc, « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 », *Peine et Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques. Colloque international de Nice.*, Déc. 2017, Nice

Litwin Christophe, « Le principe de tous nos maux naturels » : Jaucourt aux lumières de King, Leibniz et Rousseau » in Barroux G, Pepin F. (sous la direction), *Le chevalier de Jaucourt : l'homme aux dix-sept milles articles*, Paris, Société Diderot, 2015, pp. 196-200.

Luc Jean-Michel, « Le tribunal criminel de la Haute-Garonne », *AHRF*, juillet-septembre 1965, n°37, pp. 332-343.

Ortolan Jean-Etienne, « Sources de notre ancien droit pénal », *Revue de Législation et de jurisprudence*, Paris, 1848, pp. 21-52 et pp. 161-199.

Padoa-Schioppa Antonio, « La giuria all'Assemblea Costituente francese », in *Trial Justice in England, France, Germany*, Berlin, 1987.

Padoa-Schioppa Antonio, « le jury d'Adrien Duport » in Vovelle M. (sous la direction), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?* Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), P.U.F., Paris, 1988, tome 2, pp. 609-622.

Piant Hervé, « Voltaire et l'étrange affaire Martin : erreur du juge ou erreur du philosophe », in Garnot B. (sous la direction), *L'erreur judiciaire de Jeanne d'Arc à Roland Agret*, Imago, Paris, 2004, pp. 139-152.

Pinson-Ramin Véronique, « la torture judiciaire en Bretagne au 17^{ème} siècle », *R.H., D*, Paris, 1994, pp. 549-568.

Plawsky Serge, « Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du code pénal de 1791 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1957, tome 12, pp. 619-626.

Poncela Pierrette, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1981, tome 26, pp. 59-71.

Poncela Pierrette, « Droit de punir et pouvoir de punir » : une problématique de l'Etat », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1981, tome 28, pp. 123-135.

Poncela Pierrette, « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », in Anquetil Michel (sous la direction), *La peine, quel avenir ?*, Cerf, Paris, 1983, pp. 51-67.

Poncela Pierrette, « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits*, P.U.F., Paris, 1993, n°17, pp. 139-147.

Ponlet Josette, « La Société des amis de la constitution de Bayonne (juillet 1790-juillet 1793) : Aspects de la Révolution dans le Sud-ouest », *Annales du midi*, Tome 166, n°208, 1994.

Porret Michel, « Mourir sur l'échafaud à Genève au 18^{ème} siècle », *Déviances et sociétés*, Genève, 1991, n°15, pp. 381-405.

Porret Michel, « Les peines doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence », *Muyart de Vouglans versus Montesquieu*, *Revue Montesquieu*, Société Montesquieu, Clermont-Ferrand, 1997, pp. 65-95.

Porret Michel, « Beccaria et sa modernité » in Porret Michel (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, 1997, pp. 11-26

Porret Michel, « Atténuer le mal par l'infamie : le réformisme conservateur de Pierre-François Muyart de Vouglans », *Crimes, histoire et sociétés*, Droz, Genève, 2000, pp. 95-120.

Porret Michel, « La fustigation remplit les conditions essentielles de la pénalité : Sismondi contre l'utopie carcérale », *Sismondi e la civiltà Toscana*, Atti del convegno internazionale di studi Pescia (13-15 aprile 2000), Olschky, Florence, 2001, pp. 365-393.

Porret Michel, « Voltaire et le droit de punir : un activiste du moment Beccaria », *RHMC*, n°63, 2016, pp. 88-109.

Renaut Alain, « Le contractualisme comme philosophie politique », in *Histoire de la philosophie politique*, Calmann Lévy, Paris, 1985, pp. 320-338.

Retat Pierre, « Le dictionnaire philosophique de Voltaire : concepts et discours du dictionnaire », *revue d'histoire littéraire de la France*, Paris, 1981, pp. 829-900.

Reverso Laurent, « les idées des Lumières françaises chez un juriste lombard, entre critique et réception partielle : Alberto de Simoni », *Les grands juristes, Actes des journées internationales de la Société d'Histoire du droit*, PUAM, 2003.

Reverso Laurent, « La doctrine de la prévention chez Beccaria », *Les éclaireurs du pénal*, Institut Rhônalpin de sciences criminelles, n3.

Riberi Mario, « *Un penalista giacobino : Michel Lepeletier de Saint Fargeau. Appunti per una ricerca storico-giuridica* », *Rivista del diritto italiano*, Torino, n°LXXXV, 2012.

Roche Max, « Magistrats et familles de notables dans le département du Jura », *Société d'émulation du Jura*, 1990, pp. 329-341.

Roels Jean, « Aux sources historiques des fondements du pouvoir judiciaire », *l'Assemblée Constituante française de 1789-1791* », *T.V.R.*, Leiden, 1975, tome 43, pp. 45-57.

Rousseaux Xavier, « Le moment révolutionnaire (1789-1815) », in Chauvaud F. (sous la direction), *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice (8^{ème}-20^{ème} siècle)*, Créaphis, Grane, 1999, pp. 71-86.

Royer Jean-Pierre, « L'Assemblée au travail », in Boucher Pierre (sous la direction), *La Révolution de la Justice des lois du Roi au droit moderne* », Jean Pierre de Monza, Paris, 1989, pp. 127-160.

Royer Jean-Pierre, « La torture judiciaire » in Durand Bernard (sous la direction), *La torture judiciaire*, Centre d'histoire judiciaire, Lille, 2002, pp. 955-969.

Sbricoli Mario, « Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale », in Porret M. (sous la direction), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, Genève, 1997, pp. 177-188.

Schnapper Bernard, « L'activité du tribunal criminel de la Vienne », in Voies nouvelles en histoire du droit, pp. 223-240.

Schnapper Bernard, « La diffusion en France des nouvelles conceptions dans la dernière décennie de l'Ancien régime », *La Léopoldina*, Tome10, *Illuminismo e dottrine penali*, Milan, 1990, pp. 409-433.

Sicard Germain, « La Révolution française et les peines : Les débats à l'Assemblée Nationale (Mai -juin 1791) », *Estudios de historia del derecho europeo : homenaje al Profesor G.Martinez Diez*, Madrid, 1994, volume 2, pp. 73-84.

Sicard Germain, « La question intentionnelle et la Terreur judiciaire dans le Sud-ouest », in HAREAU-DODINAU Jacqueline, Pascal Texier, *Pouvoirs, justices et sociétés*, CIAJ, n°6, Pulim, Limoges, 2001, pp. 633-641.

Stefano Solimmano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target »

Soman Alfred, « Aux origines de l'appel de droit dans l'Ordonnance criminelle de 1670 », *18^{ème} siècle*, Paris, 1980, pp. 21-35.

Soman Alfred, « La justice criminelle, vitrine de la monarchie française », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, Paris, 1995, pp. 291-304.

Sommerer Erwann, « La contractualisation révolutionnaire chez Sieyès », *RFHIP*, n°33, 2011, p. 5-25.

Spector Céline, « Les voies du républicanisme dans l'Encyclopédie : Harrington, Montesquieu, Jaucourt » in Barroux G, Pepin F. (sous la direction) *Le chevalier de Jaucourt : l'homme aux dix-sept mille articles*, Paris, Société Diderot, 2015, pp. 119-143.

Tessier Philippe, « Tronchet et la réorganisation des institutions judiciaires », *AHRF*, n°350, Justice, Nation et Ordre public (oct.-déc. 2007).

Thireau Jean-Louis, « L'appel dans l'ancien droit pénal français » in Thireau Jean-Louis (sous la direction), *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, P.U.F., Paris, 1995, pp. 13-30.

Thommann Marc, « Droit naturel et Déclaration des droits de l'homme de 1789 », in Vovelle M. (sous la direction), *La révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), P.U.F, Paris, 1988, tome 1, pp. 65-70.

Tricaud François, « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *Revue de philosophie du droit*, pp. 145-167.

Troper Michel, « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », n°34, *RFHIP*, 2011, pp. 299-310.

Troper Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, pp. 5-15.

Troper Michel, « L'interprétation de la Déclaration des droits : l'exemple de l'article 16 », *Droits*, n°8, 1988, pp. 111-122.

Troper Michel, « Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti », *Materiali et una storia della cultura giuridica*, n°20, 1990.

Troper Michel, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution Française » in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992.

Truchet Jacques, « Note sur la mort-spectacle dans la littérature française du 17^{ème} siècle », *Topique*, Paris, 1973, pp. 281-298.

Ulrich David, « La répression en bourgogne au 18^{ème} siècle », *R.H.D.*, Paris, 1972, pp. 398-437.

Vervaele Jacques, « Les grandes théories de la peine au 18^{ème} et 19^{ème} siècle », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, 1989, n°57, pp. 9-30.

Villey Marc, « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1983, pp. 181-203.

Wolodkiewicz Witold, « Antoine-Gaspard et André-Jean Boucher d'Argis », in Vovelle M. (sous la direction), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), P.U.F., Paris, 1988, tome 1, pp. 187-204.

Wolodkiewicz Witold, « L'association de bienfaisance judiciaire : les philosophes des Lumières à la veille de la Révolution », *R.H.D.*, Paris, 1990, pp. 363-374.

Wolodkiewicz Witold, « La discussion des philosophes et des juristes au 18^{ème} siècle concernant la répression pénale », in Hoareau-Dodinau J., Texier P., (sous la direction), *Anthropologies juridiques*, C.I.A.J, n°1, Pulim, Limoges, 1998, pp. 809-824.

Zarka Yves-Charles, « La notion de droit naturel dans la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 » in Bourgeois B., D'Hondt J. (sous la direction), *La philosophie et la Révolution française*, Vrin, Paris, 1993, pp. 59-69.

V) Thèses et mémoires

Abbrugiati Raymond, *Cesare Beccaria et la France des Lumières*, Thèse, Droit, Dijon, 1991.

Al-Mahmoud Hamid, *La philosophie du droit chez Montesquieu : L'exemple de la justice*, Thèse, Droit, Poitiers, 2013.

Ambririki Attoumeni-Hamida, *Ordre et Justice chez Jean-jacques Rousseau*, Thèse, Lettres, Lille III, 2009.

Ancel Jacques, *La politique criminelle de l'Assemblée Constituante*, Thèse, Droit, Paris, 1966.

Astaing Antoine, *Garanties et droits de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (16^{ème} -18^{ème} siècle) : audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*.

Barrue Michel, *Voltaire et le droit pénal*, Thèse, Lettres, Paris, 1966.

Blanc Pierre-François, *Les Magistrats du Conseil Souverain du Roussillon : une exception au principe de la vénalité des offices au 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Perpignan, 1999.

Boca Jacques, *La justice criminelle dans l'échevinage d'Abbeville*, Thèse, Droit, Université de Lille, L. Daneur, 1930.

Bourcier Benjamin, *La pensée cosmopolite de Jérémy Bentham (1748-1832)*, Thèse, Lettres, Rouen, 2016.

Champs Emmanuelle, *Problématique de l'écriture constitutionnelle : Constitution et réformes dans la pensée politique de Jérémy Bentham*, Thèse, Lettres, Paris 3, 2004.

Chassaing Marc, *Le procès du chevalier de la Barre*, Thèse, Lettres, Université de Paris, Paris, J. Gabalda, 1920.

Darsel Joachim, *L'Amirauté de Bretagne des origines à la Révolution*, Thèse, Droit, Rennes, 2010 (date de réédition).

Dautricourt Pierre, *La criminalité et la répression au parlement de Flandres au 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Université de Lille, Lille, G. Sautai, 1912.

Drugeon Lucien, *La réforme de la justice pénale avant la mise en place du jury criminel*, Thèse, Droit, Paris II, 2004.

Derasse Nicolas, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le Premier Empire (1789-1810)*, Thèse, Droit, Lille, 1998.

Duclos-Grecourt Marie-Laure, *L'idée de loi au 18^{ème} siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Thèse, Droit, Poitiers, 2012.

Fleury Aude, *Les parlementaires bordelais entre 1750 et 1793 : vie privée et vie publique*, Thèse, Droit, Bordeaux IV, 1998.

Fragassi Damien, *La peine et sa logique*, Thèse, Droit, Paris II, 1986.

Gaven Jean-Christophe, *Le crime de lèse-nation : Histoire d'une brève incrimination politique*, Thèse, Droit, Toulouse, 2003.

Gegot Jean-Claude, *Le personnel judiciaire de l'Hérault (1790-1830)*, Thèse, Lettres, Montpellier, 1975.

Gelineau Léonin, *Les doctrines sociales et politiques de l'abbé Mably*, Thèse, Droit, Université de Bordeaux, Rochefort, Colbert, 1909.

Guiol Marie-Christine, *Finalités et Modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Nice, 2008.

Landron Gilles, *Justice et démocratie : le tribunal criminel de Maine-et-Loire*, Thèse, Droit, Poitiers, 1993.

Laurent Nicolas, *Le parlement de Dijon à la fin de l'Ancien Régime : Une cour souveraine en pays d'Etats*, Thèse, Droit, Dijon, 2005.

Lavoux Régis, *L'Amirauté de Collioure (1691-1790)*, Thèse, Droit, Perpignan, 1998.

Lusebrinck Hans-Jurgen, *Les représentations sociales de la criminalité en France au 18^{ème} siècle*, Thèse, Lettres, Université de Paris, 1984.

Marie François, *La pensée politique de Mirabeau*, Mémoire de D.E.A., Droit, Aix-Marseille, 1987.

Masmonteil Ernest, *La législation criminelle dans l'œuvre de Voltaire*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1901.

Masson Lucien, *La révolution pénale en 1791 et ses précurseurs*, Thèse, Droit, Université de Nancy, 1899.

Mickler Gilles, *L' influence de la procédure anglaise sur les réformateurs français au 18^{ème} siècle*, Mémoire de D.E.A., Droit, Paris, 1992.

Moyaux David, *Naissance de la justice pénale contemporaine : la juridiction criminelle et le jury, l'exemple du Nord*, Thèse, Droit, (1792-1812), Lille 2, 2000.

Ousmenaba Papa, *Montesquieu et la liberté politique*, Thèse, Lettres, Paris 1, 2011.

Plessix-Buisset Christiane, *Poursuites et instructions criminelles, législation royale, doctrine savante et pratique judiciaire bretonne 1550-1650*, Thèse, droit, Université de Rennes, 1979.

Pigeon Jérôme, *L'intendant de Rouen, juge du contentieux fiscal au 18ème siècle*, Thèse, Droit, Université de Normandie, 2002.

Rémy Hervé, *Les principes généraux du code pénal de 1791*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1904.

Soleil Sylvain, *Le siège présidial d'Angers entre 1551 et 1790 : contribution à l'histoire administrative et judiciaire*, Thèse, Droit, Rennes 1, 1995.

Stahl Hugo, *les conceptions des parlementaires provençaux sous le règne de Louis XV au prisme de l'ordre public*, Thèse, Droit, Université d'Aix-Marseille, 2018.

Thareau Aymeric, *La justice criminelle au 18^{ème} siècle : l'exemple du parlement de Provence*, Thèse, Droit, Université Aix-Marseille, 2007.

Thevenard Natalie, *Etude sur le petit criminel et l'action d'injure à Lyon au 18^{ème} siècle*, Thèse, Droit, Université de Dijon, 2002.

Thomas Hervé, *Le tribunal criminel de la Meurthe sous la Révolution*, Thèse, Droit, Nancy, 1937.

ANNEXES

Henri-François D'Aguesseau
Première Mercuriale « L'amour de son état »
1699

MERCURIALES.

PREMIÈRE MERCURIALE,

PRONONCÉE A LA SAINT - MARTIN, 1698 :

L'AMOUR DE SON ÉTAT.

LE plus précieux et le plus rare de tous les biens, est l'amour de son état. Il n'y a rien que l'homme connoisse moins que le bonheur de sa condition. Heureux s'il croyoit l'être, et malheureux souvent parce qu'il veut être trop heureux ; il n'envisage jamais son état dans son véritable point de vue. Le désir lui présente de loin l'image trompeuse d'une parfaite félicité ; l'espérance séduite par ce portrait ingénieux, embrasse avidement un fantôme qui lui plaît. Par une espèce de possession anticipée, l'ame jouit d'un bien qu'elle n'a pas encore ; mais elle le perdra aussitôt qu'elle aura commencé de le posséder véritablement, et le dégoût abattra l'idole que le désir avoit élevée.

L'homme est presque toujours également malheureux, et par ce qu'il désire, et par ce qu'il possède. Jaloux de la fortune des autres dans le temps qu'il est l'objet de leur jalousie ; toujours envieux et toujours envié, s'il fait des vœux pour changer d'état, le ciel irrité ne les exauce souvent que pour le punir. Transporté loin de lui par ses désirs, et vieux dans sa jeunesse, il méprise le présent ; et courant après l'avenir, il veut toujours vivre, et ne vit jamais.

Tel est le caractère dominant des mœurs de notre siècle : une inquiétude généralement répandue dans toutes les professions ; une agitation que rien ne peut fixer, ennemie du repos, incapable du travail, portant partout le poids d'une inquiète et ambitieuse oisiveté ; un soulèvement universel de tous

les hommes contre leur condition ; une espèce de conspiration générale, dans laquelle ils semblent être tous convenus de sortir de leur caractère ; toutes les professions confondues, les dignités avilies, les bienséances violées ; la plupart des hommes hors de leur place, méprisant leur état et le rendant méprisable. Toujours occupés de ce qu'ils veulent être, et jamais de ce qu'ils sont, pleins de vastes projets, le seul qui leur échappe est celui de vivre contents de leur état.

Que nous serions heureux, si nous pouvions nous oublier nous-mêmes dans cette peinture ! Mais oserons-nous l'avouer publiquement ! Et dans ce jour que la sagesse de nos pères a consacré à une triste et austère vérité, nous sera-t-il permis de parler le langage de notre ministère, plutôt que celui de notre âge ; et ne craindrons-nous point de vous dire que la justice gémit du mépris que les juges ont conçu pour leur profession ; et que la plaie la plus sensible qui ait été faite à la magistrature, elle l'a reçue de la main même du magistrat ?

Tantôt la légèreté l'empêche de s'attacher à son état, tantôt le plaisir l'en dégoûte ; souvent il le craint par mollesse, et presque toujours il le méprise par ambition. Après une éducation, toujours trop lente au gré d'un père aveuglé par sa tendresse, ou séduit par sa vanité, mais toujours trop courte pour le bien de la justice, l'âge plutôt que le mérite, et la fin des études beaucoup plus que leur succès, ouvrent à une jeunesse impatiente l'entrée de la magistrature. Souvent même prévenant les momens de maturité si sagement marqués par les lois, et juges plusieurs années avant que d'être hommes, le mouvement soudain d'une secrète inquiétude, ou l'impression fortuite d'un objet extérieur, sont les seuls principes de leur conduite. Leur esprit est un feu qui se détruit par sa propre activité, et qui ne pouvant se renfermer dans sa sphère, se dissipe en cherchant à se répandre, et s'évapore en voulant s'élever. Toujours oisifs sans être jamais en repos, toujours agis-

DE SON ÉTAT (I.^{re} Mercuriale). 49

sans sans être jamais véritablement occupés ; l'agitation continuelle que l'on remarque en eux jusque dans les tranquilles fonctions de la justice , est une vive peinture du trouble et de la légèreté de leur ame.

S'ils ne dédaignent pas encore de remplir les devoirs de la magistrature, ils les placent à regret dans le court intervalle qui sépare leurs plaisirs ; et dès le moment que l'heure des divertissemens s'approche, on voit un magistrat sortir avec empressement du sanctuaire de la justice, pour aller s'asseoir sur un théâtre. La partie qui retrouve dans un spectacle celui qu'elle avoit respecté dans son tribunal, le méconnoît ou le méprise ; et le public qui le voit dans ces deux états, ne sait dans lequel des deux il déshonore plus la justice.

Retenu par un reste de pudeur dans un état qu'il n'ose quitter ouvertement, s'il ne peut cesser d'être magistrat, il veut au moins cesser de le paroître. Honteux de ce qui devoit faire toute sa gloire, il rougit d'une profession qui peut-être a rougi de le recevoir ; il ne peut souffrir qu'on lui parle de son état ; et ne craignant rien tant que de passer pour ce qu'il est, le nom même de juge est une injure pour lui. On reconnoît dans ses mœurs toutes sortes de caractères, excepté celui du magistrat. Il va chercher des vices jusque dans les autres professions ; il emprunte de l'une sa licence et son emportement, l'autre lui prête son luxe et sa mollesse. Ces défauts opposés à son caractère acquièrent en lui un nouveau degré de difformité. Il viole jusqu'à la bienséance du vice, si le nom de bienséance peut jamais convenir à ce qui n'est pas la vertu. Méprisé par ceux dont il ne peut égaler la sagesse, il l'est encore plus par ceux dont il affecte de surpasser le dérèglement. Transfuge de la vertu, le vice même auquel il se livre ne lui sait aucun gré de sa désertion ; et toujours étranger partout où il se trouve, le monde le rejette, et la magistrature le désavoue.

Heureux dans son malheur, si le ciel lui envoie

D'Aguesseau. Tome I.

4

d'utiles ennemis, dont la salutaire censure lui apprend de bonne heure que si les hommes sont quelquefois assez aveugles pour excuser le vice, ils ne sont jamais assez indulgens pour pardonner le vice déplacé; et que si le monde le plus corrompu paroît d'abord aimer les magistrats qui le cherchent, il n'estime jamais véritablement que ceux qui regardent l'obligation de le fuir, comme une partie essentielle de leur devoir.

Qu'il se hâte donc d'éviter cette mer dangereuse, où sa sagesse a déjà fait naufrage; qu'il se renferme dans son état, comme dans un port favorable, pour y recueillir les débris de sa réputation: mais qu'il se souvienne toujours que c'est à la vertu seule qu'il appartient d'inspirer cette fuite généreuse.

Si l'inconstance, si l'ennui, si la satiété des plaisirs, sont les seuls guides qui conduisent le magistrat dans la retraite, il y cherche la paix, et il n'y trouve qu'un repos languissant, une molle et insipide tranquillité.

Bien loin d'avoir assez de courage pour réprimer ses passions, il n'en a pas même assez pour les suivre; et le vice ne lui déplaît pas moins que la vertu.

S'il demeure encore dans son état, ce n'est point par un attachement libre et éclairé; c'est par une aveugle et impuissante lassitude.

La coutume et la bienséance le conduisent encore quelquefois au sénat; mais il y paroît avec tant de négligence, qu'on diroit que la justice a fait asseoir la mollesse sur son trône. S'il fait quelque effort pour soutenir un moment le travail de l'application, il retombe aussitôt de son propre poids dans le néant de ses pensées, jusqu'à ce qu'une heure favorable, et toujours trop lente pour lui, le délivre du pesant fardeau d'une fonction importune, et le rende à sa première oisiveté.

C'est là que livré à son ennui, et réduit à la fâcheuse nécessité d'habiter avec soi, il n'y trouve qu'un vide affreux et une triste solitude; toute sa vie n'est plus

DE SON ÉTAT (I.^{re} Mercuriale). 51

qu'une longue et ennuyeuse distraction, un pénible et difficile assoupissement, dans lequel, inutile à sa patrie, insupportable à lui-même, il vieillit sans honneur, et ne peut montrer la longueur de sa vie que par un grand nombre d'années stériles et de jours vainement perdus.

Si l'ambition vient le tirer de cette profonde léthargie, il paraîtra peut-être plus sage; mais il ne sera pas plus heureux.

Attentif à remplir ses devoirs, et à faire servir sa vertu même à sa fortune, il pourra éblouir pour un temps les yeux de ceux qui ne jugent que sur les apparences.

Comme il ne travaille qu'à orner la superficie de son ame, il étale avec pompe tous les talens que la nature lui a donnés. Il ne cultive en lui que les qualités brillantes; il n'amasse des trésors que pour les montrer.

L'homme de bien au contraire, se cache pendant long-temps, pour jeter les fondemens solides d'un édifice durable. Sa vertu patiente, parce qu'elle doit être immortelle, se hâte lentement, et s'avance vers la gloire avec plus de sûreté, mais avec moins d'éclat. Semblable à ceux qui cherchent l'or dans les entrailles de la terre, il ne travaille jamais plus utilement que lorsqu'on l'a perdu de vue, et qu'on le croit enseveli sous les ruines de son travail. Il cherche moins à paraître homme de bien, qu'à l'être effectivement; souvent on ne remarque rien en lui qui le distingue des autres hommes; il laisse échapper avec peine un foible rayon de ces vives lumières qu'il cache au-dedans de lui-même; peu d'esprits ont assez de pénétration pour percer ce voile de modestie dont il les couvre; plusieurs doutent de la supériorité de son génie, et cherchent sa réputation en le voyant.

Ne craignons pourtant pas pour l'homme de bien; la vertu imprime sur son front un caractère auguste, que sa noble simplicité rendra toujours inimitable à l'ambitieux. Qu'il retrace, s'il est possible, qu'il

exprime dans sa personne les autres qualités du sage magistrat ; il n'approchera jamais de cette douce et profonde tranquillité qu'inspire à une âme vertueuse l'amour constant de son état : la nature se réserve toujours un degré de vérité au-dessus de tous les efforts de l'art, un jour, une lumière que l'imitation la plus parfaite ne sauroit jamais égaler. Le temps en fait bientôt un juste discernement ; et il ajoute à la réputation du vertueux magistrat, ce qu'il retranche à celle du magistrat ambitieux.

L'un voit croître tous les ans sa solide grandeur ; l'autre voit tomber chaque jour une partie de ce superbe édifice qu'il n'avoit bâti que sur le sable.

L'un ne doit souhaiter que d'être connu des hommes ; l'autre ne craint rien tant que de se faire connoître.

Le cœur du sage magistrat est un asile sacré que les passions respectent, que les vertus habitent, que la paix, compagne inséparable de la justice, rend heureux par sa présence. Le cœur du magistrat ambitieux est un temple profane : il y place la fortune sur l'autel de la justice ; et le premier sacrifice qu'elle lui demande, est celui de son repos : heureux, si elle veut bien ne pas exiger celui de son innocence ! Mais qu'il est à craindre que des yeux toujours ouverts à la fortune, ne se ferment quelquefois à la justice, et que l'ambition ne séduise le cœur pour aveugler l'esprit !

Qu'est devenu ce temps où le magistrat jouissant de ses propres avantages, renfermé dans les bornes de sa profession, trouvoit en lui le centre de tous ses désirs, et se suffisoit pleinement à lui-même ? Il ignoroit heureusement cette multiplicité de voies entre lesquelles on voit souvent hésiter un cœur ambitieux ; sa modération lui offroit une route plus simple et plus facile ; il marchoit sans peine sous la ligne indivisible de son devoir. Sa personne étoit souvent inconnue, mais son mérite ne l'étoit jamais. Content de montrer aux hommes sa réputation, lorsque la nécessité de son ministère ne l'obligeoit pas de se montrer lui-

DE SON ÉTAT (I.^{re} Mercuriale). 53

même, il aimoit mieux faire demander pourquoi on le voyoit si rarement, que de faire dire qu'on le voyoit trop souvent ; et dans l'heureux état d'une vertueuse indépendance, on le regardoit comme une espèce de divinité que la retraite et la solitude consacroient, qui ne paroissoit que dans son temple, et qu'on ne voyoit que pour l'adorer ; toujours nécessaire aux autres hommes sans jamais avoir besoin de leur secours, et sincèrement vertueux sans en attendre d'autre prix que la vertu même. Mais la fortune sembloit disputer à sa vertu la gloire de le récompenser ; on donnoit tout à ceux qui ne demandoient rien ; les honneurs venoient s'offrir d'eux-mêmes au magistrat qui les méprisoit ; plus il modéroit ses desirs, plus il voyoit croître son pouvoir ; et jamais son autorité n'a été plus grande, que lorsqu'il vivoit content de ne pouvoir rien pour lui-même, et de pouvoir tout pour la justice.

Mais depuis que l'ambition a persuadé au magistrat de demander aux autres hommes une grandeur qu'il ne doit attendre que de lui-même ; depuis que ceux que l'Écriture appelle les dieux de la terre se sont répandus dans le commerce du monde, et ont paru de véritables hommes, on s'est accoutumé à voir de près, sans frayeur, cette majesté qui paroissoit de loin si saintement redoutable. Le public a refusé ses hommages à ceux qu'il a vus confondus avec lui dans la foule des esclaves de la fortune ; et ce culte religieux qu'on rendoit à la vertu du magistrat, s'est changé en un juste mépris de sa vanité.

Au lieu de s'instruire par sa chute, et de prendre conseil de sa disgrâce, il se consume souvent en regrets superflus. On l'entend déplorer l'obscurité de ses occupations, se plaindre de l'inutilité de ses services, annoncer lugubrement le déshonneur futur de sa condition, et la triste prophétie de sa décadence.

Accablé d'un fardeau qu'il ne peut ni porter ni quitter, il gémit sous le poids de la pourpre, qui le charge plutôt qu'elle ne l'honore : semblable à ces

malades qui ne connoissent point d'état plus fâcheux que leur situation présente, il s'agite inutilement ; et se flattant de parvenir au repos par le mouvement, bien loin de guérir ses maux imaginaires, il y ajoute le mal réel d'une accablante inquiétude. Qu'on ne lui demande point les raisons de son ennui ; une partie de ses maux est d'en ignorer la cause : qu'on n'en accuse pas les peines attachées à son état ; il n'en est point qui ne lui fût également pénible, dès le moment qu'il y seroit parvenu : la fortune la plus éclatante auroit toujours le défaut d'être la sienne. Le supplice de l'homme mécontent de son état, est de se fuir sans cesse, et de se trouver toujours lui-même, et portant son malheur dans toutes les places qu'il occupe, parce qu'il s'y porte toujours lui-même ; si le ciel ne change son cœur, le ciel même ne sauroit le rendre heureux.

Réduit en cet état à emprunter des secours étrangers pour soutenir les faibles restes d'une dignité chancelante, le magistrat a ouvert la porte à ses plus grands ennemis. Ce luxe, ce faste, cette magnificence, qu'il avoit appelés pour être l'appui de son élévation, ont achevé de dégrader la magistrature, et de lui arracher jusqu'au souvenir de son ancienne grandeur.

L'heureuse simplicité des anciens sénateurs, cette riche modestie qui faisoit autrefois le plus précieux ornement du magistrat, contrainte de céder à la force de la coutume et à la loi injuste d'une fausse bienséance, s'est réfugiée dans quelques maisons patriciennes, qui retracent encore, au milieu de la corruption du siècle, une image fidèle de la sage frugalité de nos pères.

Si le malheur de leur temps leur avoit fait voir ce nombre prodigieux de fortunes subites sortir en un moment du sein de la terre, pour répandre dans toutes les conditions, et jusque dans le sanctuaire de la justice, l'exemple contagieux de leur luxe téméraire ; s'ils avoient vu ces bâtimens superbes, ces meubles magnifiques, et tous ces ornemens ambi-

DE SON ÉTAT (I.^{re} Mercuriale). 55

tieux d'une vanité naissante, qui se hâte de jouir, ou plutôt d'abuser d'une grandeur souvent aussi précipitée dans sa chute que rapide dans son élévation, ils auroient dit avec un des plus grands hommes que Rome vertueuse ait jamais produits dans le temps qu'elle ne produisoit que des héros : « (1) Laissons » aux Tarentins leurs dieux irrités; ne portons à » Rome que des exemples de sagesse et de modestie, » et forçons les plus riches nations de la terre de » rendre hommage à la pauvreté des Romains ».

Heureux le magistrat qui, successeur de la dignité de ses pères, l'est encore plus de leur sagesse; qui, fidèle comme eux à tous ses devoirs, attaché inviolablement à son état, vit content de ce qu'il est, et ne désire que ce qu'il possède !

Persuadé que l'état le plus heureux pour lui, est celui dans lequel il se trouve, il met toute sa gloire à demeurer ferme et inébranlable dans le poste que la république lui a confié : content de lui obéir, c'est pour elle qu'il combat, et non pour lui-même. C'est à elle de choisir la place dans laquelle elle veut recevoir ses services; il saura toujours la remplir dignement. Convaincu qu'il n'en est point qui ne soit glorieuse dès le moment qu'elle a pour objet le salut de sa patrie, il respecte son état, et le rend respectable. Prêtre de la justice, il honore son ministère, autant qu'il en est honoré. Il semble que sa dignité croisse avec lui, et qu'il n'y ait point de places qui ne soient grandes, aussitôt qu'il les occupe; il les transmet à ses successeurs, plus illustres et plus éclatantes qu'il ne les a reçues de ceux qui l'ont précédé; et son exemple apprend aux hommes, qu'on accuse souvent la dignité lorsqu'on ne devoit accuser que la personne; et que, dans quelque place que se trouve l'homme de bien, la vertu ne souffrira jamais qu'il y soit sans éclat. Si ses paroles sont impuissantes, ses actions seront efficaces; et si le ciel refuse aux unes et aux autres le succès qu'il pouvoit en attendre,

(1) *Tit. Liv. Lib. XXVII.*

il donnera toujours au genre humain le rare, l'utile, le grand exemple d'un homme content de son état, qui se roidit par un généreux effort contre le torrent de son siècle. Le mouvement qui le pousse de toutes parts, ne sert qu'à l'affermir dans le repos, et à le rendre plus immobile dans le centre du tourbillon qui l'environne.

Toujours digne d'une fonction plus éclatante, par la manière dont il remplit la sienne, il la mérite encore plus par la crainte qu'il a d'y parvenir. Il n'a point d'autre protecteur que le public. La voix du peuple le présente au prince; souvent la faveur ne le choisit pas, mais la vertu le nomme toujours.

Bien loin de se plaindre alors de l'injustice qu'on lui a faite, il se contente de souhaiter que la république trouve un grand nombre de sujets plus capables que lui de la servir utilement: et dans le temps que ceux qui lui ont été préférés rougissent des faveurs de la fortune, il applaudit le premier à leur élévation; et il est le seul qui ne se croie pas digne d'une place que ses envieux même lui destinoient en secret.

Aussi simple que la vérité, aussi sage que la loi, aussi désintéressé que la justice, la crainte d'une fausse honte n'a pas plus de pouvoir sur lui que le désir d'une fausse gloire: il sait qu'il n'a pas été revêtu du sacré caractère du magistrat, pour plaire aux hommes, mais pour les servir, et souvent malgré eux-mêmes; que le zèle gratuit d'un bon citoyen doit aller jusqu'à négliger pour sa patrie le soin de sa propre réputation; et qu'après avoir tout sacrifié à sa gloire, il doit être prêt de sacrifier, s'il le faut, sa gloire même à la justice. Incapable de vouloir s'élever aux dépens de ses confrères, il n'oublie jamais que tous les magistrats ne doivent se considérer que comme autant de rayons différens, toujours faibles, quelque lumineux qu'ils soient par eux-mêmes, lorsqu'ils se séparent les uns des autres; mais toujours éclatans, quelque foibles qu'ils soient séparément, lorsque réunis ensemble ils forment par leur concours ce grand

DE SON ÉTAT (I.^o Mercuriale). 57

corps de lumière qui réjouit la justice, et qui fait trembler l'iniquité.

Les autres ne vivent que pour leurs plaisirs, pour leur fortune, pour eux-mêmes : le parfait magistrat ne vit que pour la république. Exempt des inquiétudes que donne au commun des hommes le soin de leur fortune particulière, tout est en lui consacré à la fortune publique : ses jours, parfaitement semblables les uns aux autres, ramènent tous les ans les mêmes occupations avec les mêmes vertus ; et par une heureuse uniformité, il semble que toute sa vie ne soit que comme un seul et même moment, dans lequel il se possède tout entier pour se sacrifier tout entier à sa patrie. On cherche l'homme en lui, et l'on n'y trouve que le magistrat ; sa dignité le suit partout, parce que l'amour de son état ne l'abandonne jamais ; et toujours le même en public, en particulier il exerce une perpétuelle magistrature, plus aimable, mais non pas moins puissante, quand elle est désarmée de cet appareil extérieur qui la rend formidable.

Enfin, si dans un âge avancé, la patrie lui permet de jouir d'un repos que ses travaux ont si justement mérité, c'est l'amour même de son état qui lui inspire le dessein de le quitter : tous les jours il sent croître son ardeur, mais tous les jours il sent diminuer ses forces ; il craint de survivre à lui-même, et de faire dire aux autres hommes, que s'il n'a pas encore assez vécu pour la nature, il a trop vécu pour la justice. Il sort du combat couronné des mains de la victoire. Sa retraite n'est pas une fuite, mais un triomphe. Toutes les passions qui ont essayé vainement d'attaquer en lui l'amour de son état, vaincues et désarmées, suivent comme autant de captives le char du victorieux. Tous ceux qui ont goûté les fruits précieux de sa justice, lui donnent par leurs regrets, la plus douce et la plus sensible de toutes les louanges. Les vœux des gens de bien l'accompagnent ; et la justice qui triomphe avec lui, le remet entre les bras de la paix dans le tranquille séjour d'une innocente solitude. Et soit qu'avec ces mêmes mains qui ont tenu

58 L'AMOUR DE SON ÉTAT (I.^{re} Mercuriale).

si long-temps la balance de la justice, il cultive en repos l'héritage de ses pères; soit qu'appliqué à former des successeurs de ses vertus, et cherchant à revivre dans ses enfans, il travaille aussi utilement pour le public, que lorsqu'il exerceoit les plus importantes fonctions de la magistrature; soit enfin qu'occupé de l'attente d'une mort qu'il voit sans frayeur approcher tous les jours, il ne pense plus qu'à rendre à la nature un esprit meilleur qu'il ne l'avoit reçu d'elle; plus grand encore dans l'obscurité de sa retraite, que dans l'éclat des plus hautes dignités, il finit ses jours aussi tranquillement qu'il les a commencés. On ne l'entend point, comme tant de héros, se plaindre en mourant, de l'ingratitude des hommes, et du caprice de la fortune. Si le ciel lui permettoit de vivre une seconde fois, il vivroit comme il a vécu; et il rend grâces à la Providence, bien moins de l'avoir conduit glorieusement dans la carrière des honneurs, que de lui avoir fait le plus grand et le plus inestimable de tous les présens, en lui inspirant l'amour de son état.

L'Encyclopédie, 1re éd.

Jaucourt, Boucher d'Argis



1751

Articles de L'Encyclopédie rédigés par le Chevalier de Jaucourt

***LOI**

***JUGE**

***QUESTION**

LOI, s. f. (*Droit naturel, moral, divin, & humain.*) La loi en général est la

raison humaine, entant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; & les *lois* politiques & civiles de chaque nation ne doivent être que les divers cas particuliers où s'applique cette raison humaine.

On peut définir la *loi* une regle prescrite par le souverain à ses sujets, soit pour leur imposer l'obligation de faire, ou de ne pas faire certaines choses, sous la menace de quelque peine, soit pour leur laisser la liberté d'agir, ou de ne pas agir en d'autres choses comme ils le trouveront à propos, & leur assurer une pleine jouissance de leur droit à cet égard.

Les hommes, dit M. de Montesquieu, sont gouvernés par diverses sortes de *lois*. Ils sont gouvernés par le droit naturel, par le droit divin, qui est celui de la religion ; par le droit ecclésiastique, autrement appelé *canonique*, qui est celui de la police de la religion ; par le droit des gens, qu'on peut considérer comme le droit civil de l'univers, dans le sens que chaque peuple en est un citoyen ; par le droit politique général, qui a pour objet cette sagesse humaine, qui a fondé toutes les sociétés ; par le droit politique particulier, qui concerne chaque société ; par le droit de conquête, fondé sur ce qu'un peuple a voulu, a pu ou dû faire violence à un autre ; par le droit civil de chaque société, par lequel un citoyen peut défendre ses biens & sa vie contre tout autre citoyen ; enfin, par le droit domestique, qui vient de ce qu'une société est divisée en diverses familles qui ont besoin d'un gouvernement particulier. Il y a donc différens ordres de *lois*, & la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, & à ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes.

Les réflexions naissent en foule à ce sujet. Détachons-en quelques-unes des écrits profonds de ces beaux génies qui ont éclairé le monde par leurs travaux sur cette importante matiere.

La force d'obliger qu'ont les *lois* inférieures, découle de celle des *lois* supérieures. Ainsi dans les familles on ne peut rien prescrire de contraire aux *lois* de l'état dont elles font partie. Dans chaque état civil on ne peut rien ordonner de contraire aux *lois* qui obligent tous les peuples, telles que sont celles qui prescrivent de ne point prendre le bien d'autrui, de réparer le dommage qu'on a fait, de tenir sa parole, &c. & ces *lois* communes à toutes les nations, ne doivent renfermer rien de contraire au domaine suprême de Dieu sur ses créatures. Ainsi dès qu'il y a dans les *lois* inférieures des choses contraires aux *lois* supérieures, elles n'ont plus force de *lois*.

Il faut un code de *lois* plus étendu pour un peuple qui s'attache au commerce, que pour un peuple qui se contente de cultiver ses terres. Il en faut

un plus grand pour celui-ci, que pour un peuple qui vit de ses troupeaux. Il en faut un plus grand pour ce dernier, que pour un peuple qui vit de sa chasse. Ainsi les *lois* doivent avoir un grand rapport avec la façon dont les divers peuples se procurent leur subsistance.

Dans les gouvernemens despotiques, le despote est le prince, l'état & les *lois*. Dans les gouvernemens monarchiques il y a une *loi* ; & là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans les gouvernemens républicains, il est de la nature de leur constitution que les juges suivent la lettre de la *loi* ; il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une *loi*, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie. En Angleterre les jurés décident du fait, le juge prononce la peine que la *loi* inflige ; & pour cela il ne lui faut que des yeux.

Ceux qui ont dans leurs mains les *lois* pour gouverner les peuples, doivent toujours se laisser gouverner eux-mêmes par les *lois*. C'est la *loi*, & non pas l'homme qui doit régner. La *loi*, dit Plutarque, est la reine de tous les mortels & immortels. Le seul édit de 1499, donné par Louis XII. fait chérir sa mémoire de tous ceux qui rendent la justice dans ce royaume, & de tous ceux qui l'aiment. Il ordonne par cet édit mémorable « qu'on suive toujours la *loi*, malgré les ordres contraires à la *loi*, que l'importunité pourroit arracher du monarque ».

Le motif & l'effet des *lois* doit être la prospérité des citoyens. Elle résulte de l'intégrité des mœurs, du maintien de la police, de l'uniformité dans la distribution de la justice, de la force & de l'opulence de l'état, & les *lois* sont les nerfs d'une bonne administration. Quelqu'un ayant demandé à Anaxidame, roi de Lacédémone, qui avoit l'autorité dans Sparte, il répondit que c'étoient les *lois* ; il pouvoit ajouter avec les mœurs sur lesquels elles influent, & dont elles tirent leur force. En effet, chez les Spartiates, les *lois* & les mœurs intimement unies dans le cœur des citoyens n'y faisoient, pour ainsi dire, qu'un même corps. Mais ne nous ne flattons pas de voir Sparte renaître au sein du commerce & de l'amour du gain.

« La grande différence que Lycurgue a mise entre Lacédémone & les autres cités, dit Xénophon, consiste en ce qu'il a sur-tout fait, que les citoyens obéissent aux *lois*. Ils courent lorsque le magistrat les appelle : mais à Athènes, un homme riche seroit au desespoir que l'on pensât qu'il dépendît du magistrat ».

Il y a plus ; la première fonction des éphores de Lacédémone, en entrant en charge, étoit une proclamation publique, par laquelle ils enjoignoient aux citoyens, non pas d'observer les *lois*, mais de les aimer, afin que l'observation ne leur en fût point dure.

Rien ne doit être si cher aux hommes que les *lois* destinées à les rendre bons, sages & heureux. Les *lois* seront précieuses au peuple, tant qu'il les regardera comme un rempart contre le despotisme, & comme la sauvegarde d'une juste liberté.

Parmi les *lois*, il y en a d'excellentes, de vicieuses & d'inutiles. Toute bonne *loi* doit être juste, facile à exécuter, particulièrement propre au gouvernement, & au peuple qui la reçoit.

Toute *loi* équivoque est injuste, parce qu'elle frappe sans avertir. Toute *loi* qui n'est pas claire, nette, précise, est vicieuse.

Les *lois* doivent commencer directement par les termes de jussion. Les préambules qu'on y met ordinairement sont constamment superflus, quoiqu'ils aient été inventés pour la justification du législateur, & pour la satisfaction du peuple. Si la *loi* est mauvaise, contraire au bien public, le législateur doit bien se garder de la donner ; si elle est nécessaire, essentielle, indispensable, il n'a pas besoin d'en faire l'apologie.

Les *lois* peuvent changer, mais leur style doit toujours être le même, c'est à-dire simple, précis, ressentant toujours l'antiquité de leur origine comme un texte sacré & inaltérable.

Que les *lois* respirent toujours la candeur : faites pour prévenir ou pour punir la méchanceté des hommes, elles doivent avoir la plus grande innocence.

Des *lois* qui choqueroient les principes de la nature, de la morale ou de la religion, inspireroient de l'horreur. Dans la proscription du prince d'Orange, par Philippe II. ce prince promet à celui qui le tuera, ou à ses héritiers, vingt mille écus & la noblesse, & cela en parole de roi, & comme serviteur de Dieu. La noblesse promise pour une telle action ! une telle action ordonnée comme serviteur de Dieu ! tout cela renverse également les idées de l'honneur, de la morale & de la religion.

Lorsqu'on fait tant que de rendre raison d'une *loi*, il faut que cette raison soit 1°. digne d'elle. Une *loi* romaine décide qu'un aveugle ne peut plaider, parce qu'il ne voit pas les ornemens de la magistrature. Il est pitoyable de donner une si mauvaise raison, quand il s'en présente tant de bonnes. 2°. Il faut que la raison alléguée soit vraie ; Charles IX. fut déclaré majeur à 14 ans commencés, parce que, dit le chancelier de l'Hôpital, les *lois* regardent l'année commencée, lorsqu'il s'agit d'acquérir des honneurs ; mais le gouvernement des peuples n'est-il qu'un honneur ? 3°. Il faut, dans les *lois*, raisonner de la réalité à la réalité, & non de la réalité à la figure, ou de la figure à la réalité. La *loi* des Lombards, l. II. tit. XXXVII. défend à une femme qui a pris l'habit de religieuse de se marier. « Car, dit cette *loi*, si un époux

qui a engagé à lui une femme par un anneau, ne peut pas sans crime en épouser une autre ; à plus forte raison, l'épouse de Dieu ou de la sainte Vierge».

Enfin dès que dans une *loi* on a fixé l'état des choses, il ne faut point y ajouter des expressions vagues. Dans une ordonnance criminelle de Louis XIV. après l'énumération des cas royaux, on ajoute : « Et ceux dont de tous tems les juges royaux ont décidé » : cette addition fait rentrer dans l'arbitraire que la *loi* venoit d'éviter.

Les *lois* ne font pas règle de droit. Les règles sont générales, les *lois* ne le sont pas : les règles dirigent, les *lois* commandent : la règle sert de boussole, & les *lois* de compas.

Il faut imposer au peuple à l'exemple de Solon, moins les meilleures *lois* en elles-mêmes, que les meilleures que ce peuple puisse comporter dans sa situation. Autrement il vaut mieux laisser subsister les désordres, que de prétendre y pourvoir par des *lois* qui ne seront point observées ; car, sans remédier au mal, c'est encore avilir les *lois*.

Il n'y a rien de si beau qu'un état où l'on a des *lois* convenables, & où on les observe par raison, par passion, comme on le fit à Rome dans les premiers tems de la république ; car pour-lors il se joint à la sagesse du gouvernement toute la force que pourroit avoir une faction.

Il est vrai que les *lois* de Rome devinrent impuissantes à sa conservation ; mais c'est une chose ordinaire que de bonnes *lois*, qui ont fait qu'une petite république s'aggrandit, lui deviennent à charge lorsqu'elle s'est aggrandie, parce qu'elles n'étoient faites que pour opérer son aggrandissement.

Il y a bien de la différence entre les *lois* qui font qu'un peuple se rend maître des autres, & celles qui maintiennent sa puissance lorsqu'il l'a acquise.

Les *lois* qui font regarder comme nécessaire ce qui est indifférent, ne sont pas sensées, & ont encore cet inconvénient qu'elles font considérer comme indifférent ce qui est nécessaire ; ainsi les *lois* ne doivent statuer que sur des choses essentielles.

Si les *lois* indifférentes ne sont pas bonnes, les inutiles le sont encore moins, parce qu'elles affoiblissent les *lois* nécessaires ; celles qu'on peut éluder, affoiblissent aussi la législation. Une *loi* doit avoir son effet, & il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière.

Plusieurs *lois* paroissent les mêmes qui sont fort différentes. Par exemple, les *lois* grecques & romaines punissoient le receleur du vol comme le voleur ; la *loi* française en use ainsi. Celles-là étoient raisonnables, celle-ci ne l'est point. Chez les Grecs & les Romains, le voleur étoit condamné à une peine

pécuniaire, il falloit bien punir le receleur de la même peine ; car tout homme qui contribue, de quelque façon que ce soit, à un dommage, doit le réparer. Mais en France, la peine du vol étant capitale, on n'a pu, sans outrer les choses, punir le receleur comme le voleur. Celui qui reçoit le vol, peut en mille occasions le recevoir innocemment : celui qui vole est toujours coupable. Le receleur empêche à la vérité la conviction d'un crime déjà commis, mais l'autre commet le crime ; tout est passif dans le receleur, il y a une action dans le voleur. Il faut que le voleur surmonte plus d'obstacles, & que son ame se roidisse plus long-tems contre les *lois*.

Comme elles ne peuvent prévoir ni marquer tous les cas, c'est à la raison de comparer les faits obmis avec les faits indiqués. Le bien public doit décider quand la *loi* se trouve muette ; la coutume ne peut rien alors, parce qu'il est dangereux qu'on ne l'applique mal, & qu'on ne veuille la diriger, au lieu de la suivre.

Mais la coutume affermie par une chaîne & une succession d'exemples, supplée au défaut de la *loi*, tient sa place, a la même autorité, & devient une *loi* tacite ou de prescription.

Les cas qui dérogent au droit commun, doivent être exprimés par la *loi* ; cette exception est un hommage qui confirme son autorité ; mais rien ne lui porte atteinte, comme l'extension arbitraire & indéterminée d'un cas à l'autre. Il vaut mieux attendre une nouvelle *loi* pour un cas nouveau, que de franchir les bornes de l'exception déjà faite.

C'est sur-tout dans les cas de rigueur qu'il faut être sobre à multiplier les cas cités par la *loi*. Cette subtilité d'esprit qui va tirer des conséquences, est contraire aux sentimens de l'humanité & aux vûes du législateur.

Les *lois* occasionnées par l'altération des choses & des tems, doivent cesser avec les raisons qui les ont fait naître, loin de revivre dans les conjectures ressemblantes, parce qu'elles ne sont presque jamais les mêmes, & que toute comparaison est suspecte, dangereuse, capable d'égarer.

On établit des *lois* nouvelles, ou pour confirmer les anciennes, ou pour les réformer, ou pour les abolir. Toutes les additions ne font que charger & embrouiller le corps des *lois*. Il vaudroit mieux, à l'exemple des Athéniens, recueillir de tems en tems les *lois* surannées, contradictoires, inutiles & abusives, pour épurer & diminuer le code de la nation.

Quand donc on dit que personne ne doit s'estimer plus prudent que la *loi*, c'est des *lois* vivantes qu'il s'agit, & non pas des *lois* endormies.

Il faut se hâter d'abroger les *lois* usées par le tems, de peur que le mépris des *lois* mortes en retombe sur les *lois* vivantes, & que cette gangrene ne gagne

tout le corps de droit.

Mais s'il est nécessaire de changer les *lois*, apportez-y tant de solennités & de précautions, que le peuple en conclue naturellement que les *lois* sont bien saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger.

Ne changez pas les usages & les manières par les *lois*, ce seroit une tyrannie. Les choses indifférentes ne sont pas de leur ressort : il faut changer les usages & les manières par d'autres usages & d'autres manières. Si les *lois* gênoient en France les manières, elles gêneroient peut-être les vertus. Laissez faire à ce peuple léger les choses frivoles sérieusement, & gaiement les choses sérieuses. Cependant les *lois* peuvent contribuer à former les mœurs, les manières & le caractère d'une nation ; l'Angleterre en est un exemple.

Tout ce qui regarde les règles de la modestie, de la pudeur, de la décence, ne peut guère être compris sous un code de *lois*. Il est aisé de régler par les *lois* ce qu'on doit aux autres ; il est difficile d'y comprendre tout ce qu'on se doit à soi-même.

La multiplicité des *lois* prouve, toutes choses égales, la mauvaise constitution d'un gouvernement ; car, comme on ne les fait que pour réprimer les injustices & les désordres, il faut de nécessité que, dans l'état où il y a le plus de *lois*, il y ait aussi le plus de dérèglement.

L'incertitude & l'inefficacité des *lois* procède de leur multiplicité, de leurs vices dans la composition, dans le style & dans la sanction, du partage des interprètes, de la contradiction des jugements, &c.

Les *lois* sont, comme au pillage, entre les mains de ce cortège nombreux de jurisconsultes qui les commentent. La seule vûe de leurs compilations a de quoi terrasser l'esprit le plus infatigable. Leurs gloses & leurs subtilités sont les lacets de la chicane.

Pour connoître, pour peindre le génie des nations & des rois, il faut éclairer leur histoire par leurs *lois*, & leurs *lois* par leur histoire. Les *lois* de Charlemagne montrent un prince qui comprend tout par son esprit de prévoyance, unit tout par la force de son génie. Par ses *lois*, les prétextes pour éluder les devoirs sont ôtés, les négligences corrigées, les abus réformés ou prévenus. Un père de famille pourroit y apprendre à gouverner sa maison : il ordonnoit qu'on vendît les œufs des basse-cours de son domaine, & les herbes inutiles de son jardin ; & l'on sait par l'histoire qu'il avoit distribué à ses peuples toutes les richesses des Lombards, & les immenses trésors de ces Huns qui avoient ravagé l'univers.

Dans toute société, c'est la force ou la *loi* qui domine. Tantôt la force se couvre de la *loi*, tantôt la *loi* s'appuie de la force. De là trois sortes

d'injustices, la violence ouverte, celle qui marche à l'ombre de la *loi*, & celle qui naît de la rigueur de la *loi*.

Les passions & les préjugés des législateurs passent quelquefois au-travers de leurs *lois*, & s'y teignent ; quelquefois elles y restent & s'y incorporent.

Justinien s'avisa dans un tems de décadence de réformer la jurisprudence des siècles éclairés. Mais c'est des jours de lumières qu'il convient de corriger les jours de ténèbres.

Je finis malgré moi toutes ces réflexions qui portent sur les *lois* en général, mais je parlerai séparément des *lois* fondamentales, civiles, criminelles, divines, humaines, morales, naturelles, pénales, politiques, somptuaires, &c. & je tâcherai d'en développer en peu de mots la nature, le caractère, l'esprit & les principes. (*D. J.*)

Loi, proposition & sanction d'une, (Hist. rom.) c'est un point fort curieux dans l'histoire romaine que l'objet de l'établissement d'une *loi*. Nous avons donc lieu de penser que le lecteur sera bien-aise d'être instruit des formalités qui se pratiquoient dans cette occasion.

Celui qui avoit dessein, dans Rome, d'établir quelque *loi*, qu'il savoit être du goût des principaux de la république, la communiquoit au sénat, afin qu'elle acquît un nouveau poids par l'approbation de cet illustre corps. Si au contraire le porteur de la *loi* étoit attaché aux intérêts du peuple, il tâchoit de lui faire approuver la *loi* qu'il vouloit établir, sans en parler au sénat. Il étoit cependant obligé d'en faire publiquement la lecture, avant que d'en demander la ratification, afin que chacun en eût connoissance. Après cela, si la *loi* regardoit les tribus, le tribun faisoit assembler le peuple dans la place ; & si elle regardoit les centuries, ce premier magistrat convoquoit l'assemblée des citoyens dans le champ de Mars. Là un crieur public répétoit mot-à-mot la *loi* qu'un scribe lui lisoit ; ensuite, si le tribun le permettoit, le porteur de la *loi*, un magistrat, & quelquefois même un simple particulier, autorisé par le magistrat, pouvoit haranguer le peuple pour l'engager à recevoir ou à rejeter la *loi*. Celui qui réussissoit à faire accepter la *loi*, en étoit appelé l'auteur.

Quand il s'agissoit d'une affaire de conséquence, on portoit une urne ou cassette, dans laquelle on renfermoit les noms des tribus ou des centuries, selon que les unes ou les autres étoient assemblées. On remuoit ensuite doucement la cassette, de peur qu'il n'en tombât quelque nom ; & quand ils étoient mêlés, on les tiroit au hasard ; pour lors, chaque tribu & chaque centurie prenoit le rang de son billet pour donner son suffrage. On le donna d'abord de vive voix ; mais ensuite il fut établi qu'on remettroit à chaque citoyen deux tablettes, dont l'une rejettoit la nouvelle *loi* en approuvant l'ancienne, & pour cela cette tablette étoit marquée de la lettre *A*, qui signifioit

ancienne ; l'autre tablette portoit les deux lettres *U. R.* c'est-à-dire, soit fait comme vous le demandez, *uti rogas*.

Pour éloigner toute fraude, on distribuoit ces tablettes avec beaucoup d'attention. On élevoit alors dans la place où se tenoient les assemblées plusieurs petits théâtres ; sur les premiers qui étoient les plus élevés, on posoit les cassettes où étoient renfermées les tablettes qu'on délivroit à ceux qui devoient donner leurs suffrages ; & sur les derniers étoient d'autres cassettes où l'on remettoit lesdites tablettes qui portoient le suffrage. De-là vint le proverbe, les jeunes gens chassent du théâtre les sexagénaires, parce qu'après cet âge, on n'avoit plus de droit aux charges publiques.

On élevoit autant de théâtres qu'il y avoit de tribus dans les assemblées des tribus ; savoir 35, & dans les assemblées de centuries, autant qu'il y avoit de centuries, savoir 193.

Il faut maintenant indiquer la maniere de donner les suffrages. On prenoit les tablettes qui étoient à l'entrée du théâtre, & après l'avoir traversé, on les remettoit dans la cassette qui étoit au bout. D'abord après que chaque centurie avoit remis ses tablettes, les gardes qui avoit marqué les suffrages par des points, les comptoient, afin d'annoncer finalement la pluralité des suffrages de la tribu ou de la centurie pour ou contre la *loi* proposée.

JUGE, s. m. (*Droit moral.*) magistrat constitué par le souverain, pour rendre la justice en son nom à ceux qui lui sont soumis.

Comme nous ne sommes que trop exposés à céder aux influences de la passion quand il s'agit de nos intérêts, on trouva bon, lorsque plusieurs familles se furent jointes ensemble dans un même lieu, d'établir des *juges*, & de les revêtir du pouvoir de venger ceux qui auroient été offensés, de sorte que tous les autres membres de la communauté furent privés de la liberté qu'ils tenoient des mains de la nature. Ensuite on tâcha de remédier à ce que l'intrigue ou l'amitié, l'amour ou la haine, pourroient causer de fautes dans l'esprit des *juges* qu'on avoit nommés. On fit à ce sujet des lois, qui réglèrent la maniere d'avoir satisfaction des injures, & la satisfaction que chaque injure requéroit. Les *juges* furent par ce moyen soumis aux lois ; on lia leurs mains, après leur avoir bandé les yeux pour les empêcher de favoriser personne ; c'est pourquoi, selon le style de la jurisprudence, ils doivent *dire droit*, & non pas *faire droit*. Ils ne sont pas les arbitres, mais les interpretes & les défenseurs des lois. Qu'ils prennent donc garde de supplanter la loi, sous prétexte d'y suppléer ; les jugemens arbitraires coupent les nerfs aux lois, & ne leur laissent que la parole, pour m'exprimer avec le chancelier Bacon.

Si c'est une iniquité de vouloir rétrécir les limites de son voisin, quelle iniquité seroit-ce de transporter despotiquement la possession & la propriété des domaines en des mains étrangères ! Une sentence injuste, émanée arbitrairement, est un attentat contre la loi, plus fort que tous les faits des particuliers qui la violent ; c'est corrompre les propres sources de la justice, c'est le crime des faux monnoyeurs qui attaque le prince & le peuple.

Personne n'ignore en quoi consistent les autres devoirs des *juges*, & je suis dispensé d'entrer dans ce détail. Je remarquerai seulement que le *juge* ayant rapport avec le souverain ou le gouvernement, avec les plaideurs, avec les avocats, avec les subalternes de la justice ; ce sont autant d'especes de devoirs différens qu'il doit remplir. Quant aux parties il peut les blesser, ou par des arrêts injustes & précipités, ou par de longs délais. Dans les états où regne la vénalité des charges de judicature, le devoir des *juges* est de rendre promptement la justice ; leur métier est de la différer, dit la Bruyere.

Un *juge* prévenu d'inclination en faveur d'une partie, devroit la porter à un accommodement plutôt que d'entreprendre de la juger. J'ai lu dans Diogene Laërce que Chilon se fit recuser dans une affaire, ne voulant opiner ni contre la loi, ni décider contre l'amitié.

Que le *juge* sur-tout reprime la violence, & s'oppose à la fraude qu'il découvre ; elle fuit dès qu'on la voit. S'il craint que l'iniquité puisse prévaloir ; s'il la soupçonne appuyée du crédit, ou déguisée par les détours de

la chicane, c'est à lui de contrebalancer ces sortes de malversations, & d'agir de son pour mieux faire triompher l'innocence.

En deux mots, « le devoir d'un *juge* est de ne point perdre de vûe qu'il est homme, qu'il ne lui est pas permis d'excéder sa commission, que non seulement la puissance lui est donnée, mais encore la confiance publique ; qu'il doit toujours faire une attention sérieuse, non pas à ce qu'il veut, mais à ce que la loi, la justice & la religion lui commandent ». C'est Cicéron qui parle...

QUESTION ou TORTURE, (*Jurisprudence.*) est une voie que l'on emploie quelquefois dans les affaires de grand criminel pour faire avouer à l'accusé le crime dont il est prévenu, ou pour avoir révélation de ses complices.

Cette voie consiste à faire souffrir à l'accusé des tourmens violens, qui ne sont pas néanmoins ordinairement capables de lui causer la mort.

On appelle cette torture *question*, parce qu'à mesure que l'on fait souffrir l'accusé, on lui fait des questions sur son crime & sur ses complices, si l'on soupçonne qu'il en ait.

L'usage de la *question* est fort ancien, puisqu'on la donnoit chez les Grecs ; mais les citoyens d'Athènes ne pouvoient y être appliqués, excepté pour crime de lèse-majesté : on donnoit la *question* 30 jours après la condamnation ; il n'y avoit pas de question préparatoire. *Voyez* Cursius Fortunatus, *rhetor. schol. l. II.*

Chez les Romains, la *loi 3 & 4, ad leg. pul. majest.* fait voir que la naissance, la dignité & la profession de la milice garantissoient de la *question* ; mais on exceptoit, comme à Athènes, le crime de lèse-majesté.

Ce qu'il y avoit de plus étrange, c'est que l'on donnoit la *question* à des tiers, quoique non-accusés, & seulement dans la vue d'acquérir des preuves ou témoignages du crime & des coupables ; c'est ainsi que par le S. C. Silanien, qui fut fait du tems d'Auguste, il fut défendu d'ouvrir ni de publier un testament quand le testateur avoit été tué dans sa maison, avant d'avoir mis à la *question* les esclaves, & fait punir ceux qui étoient coupables de la mort du défunt.

Mais, selon nos usages, on ne traite point ainsi les domestiques, lesquels sont personnes libres ; on n'ordonne d'ailleurs la *question*, que quand la nature du crime & la qualité des preuves le permettent, & on ne la fait point subir à d'autres personnes qu'aux accusés, & seulement lorsqu'il y a des indices qui ne sont pas suffisans pour condamner l'accusé, mais qui sont assez forts pour déterminer les juges à ordonner la *question*.

Les lois des Wisigoths commencerent à mettre plusieurs sages restrictions à l'usage de la *question*.

Suivant la loi salique, on la donnoit seulement aux esclaves, & celui qui avoit fait mourir dans les tourmens de la *question* l'esclave innocent d'un autre maître, étoit obligé de lui en donner un autre pour toute satisfaction.

Les anciennes ordonnances portent que les nobles de Champagne ne pouvoient être appliqués à la *question*, sinon pour crime qui mérite la mort ; que les capitouls de Toulouse étoient pareillement exempts de cette épreuve. On en usoit de même pour toutes les personnes qualifiées, mais cela ne

s'observe plus.

Pour ordonner la *question*, il faut un crime constant qui mérite peine de mort, & que la preuve soit considérable. Un seul indice ne suffit point, ni la déclaration d'un seul témoin, si elle n'est accompagnée d'autres indices.

La confession seule de l'un des accusés ne suffit pas non plus pour condamner les autres accusés à la *question*.

La déclaration d'un condamné à mort, & celle d'un blessé, en mourant, sont pareillement insuffisantes.

Les juges peuvent condamner l'accusé à la *question* les preuves tenantes, & ensuite condamner l'accusé à telle peine qu'il y échet, excepté celle de mort, à laquelle il ne peut plus être condamné, à moins qu'il ne survienne de nouvelles preuves depuis la *question*.

On peut, par le jugement de mort, ordonner que le condamné sera préalablement appliqué à la *question*, pour avoir révélation de ses complices ; c'est ce qu'on appelle la *question préalable*.

Il n'appartient qu'aux cours souveraines d'ordonner que l'accusé sera seulement présenté à la *question* sans y être appliqué ; c'est une grace qu'on accorde aux impuberes, aux vieillards décrépits, aux malades & valétudinaires, auxquels la *question* ne pourroit être donnée sans danger de la vie ; on présente l'accusé à la *question* pour tâcher de tirer de lui la vérité par la terreur des peines.

Les femmes grosses ne peuvent être appliquées ni présentées à la *question*, mais on ne s'en rapporte pas à leur déclaration, on les fait visiter.

Les sentences de condamnation à la *question* ne peuvent être exécutées qu'elles n'aient été confirmées par arrêt avant la *question*.

L'accusé doit être interrogé après avoir prêté serment.

La *question* se donne en présence des commissaires, & l'on doit dresser procès-verbal de l'état de la *question*, & des réponses, confessions, dénégations & variations à chaque article de l'interrogation.

Les commissaires peuvent faire modérer & relâcher une partie des rigueurs de la *question*, si l'accusé confesse son crime, & s'il varie, le faire mettre dans les mêmes rigueurs ; mais lorsqu'il a été délié, & entièrement ôté de la *question*, il ne peut plus y être remis.

L'accusé étant ôté de la *question* doit être de nouveau interrogé sur les déclarations & sur les faits par lui confessés ou déniés.

Quelque nouvelle preuve qui survienne, l'accusé ne peut être appliqué deux fois à la *question* pour un même fait.

Tous juges, tant royaux que subalternes, peuvent condamner à la *question*, à l'exception des juges ecclésiastiques, quoique quelques auteurs aient avancé le contraire.

On appelle *question préparatoire* celle qui est ordonnée avant le jugement définitif ; il faut de puissans indices pour ordonner la *question* préparatoire : la *question* définitive est celle que l'on donne au condamné avant l'exécution pour avoir révélation de ses complices.

Ce jugement de mort porte que le condamné sera préalablement appliqué à la *question* ordinaire & extraordinaire.

La *question* ordinaire à Paris, se donne avec six pots d'eau & le petit tréteau ; l'extraordinaire, avec six autres pots & le grand tréteau, qui serre & étend davantage le criminel.

On la donne ailleurs avec des coins & des brodequins ; on se sert aussi à Paris de cette sorte de *question*, quand l'accusé est condamné à mort.

Discours de M. Bergasse

le 17 août 1789 devant l'Assemblée Nationale Constituante

Rapport au nom du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire

Archives Parlementaires

reront le calme et la maturité de vos délibérations, et l'espèce humaine vous comptera au nombre de ses bienfaiteurs.

M. le Président, pour se conformer au règlement, ordonne que ce travail sera imprimé sur-le-champ, et envoyé dans les bureaux pour être discuté demain en assemblée générale.

M. Bergasse se présente ensuite à la tribune pour faire un rapport au nom du comité de Constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire.

M. Bergasse (1). Messieurs, notre dessein aujourd'hui est de vous entretenir de l'organisation du pouvoir judiciaire.

C'est surtout ici qu'il importe de ne faire aucun pas sans sonder le terrain sur lequel on doit marcher, de n'avancer aucune maxime qui ne porte avec elle l'éminent caractère de la vérité, de ne déterminer aucun résultat qui ne soit appuyé sur une profonde expérience de l'homme, sur une connaissance exacte des affections qui le meuvent, des passions qui l'entraînent, des préjugés qui, selon les diverses positions où il se trouve, peuvent ou le dominer, ou le séduire.

C'est ici qu'à mesure qu'on avance dans la carrière qu'on veut parcourir, les écueils se montrent, les difficultés croissent, les fausses routes se multiplient, et que le législateur, s'il abandonne un seul instant le fil qui doit le diriger, errant au hasard, et comme égaré dans la région orageuse des intérêts humains, se trouve exposé sans cesse ou à manquer ou à dépasser le but qu'il se propose d'atteindre.

De toutes les parties de notre travail, celle dont nous allons vous rendre compte est donc incontestablement la plus difficile; et, nous devons le dire, nous sommes loin de penser qu'à cet égard nous ne soyons demeurés bien au-dessous de la tâche qui nous était imposée. Mais il nous semble que du moins nous aurons assez fait dans les circonstances importunes où nous sommes, et quand le loisir nous manque pour donner à nos idées tout le développement dont elles sont susceptibles, si, en examinant le plan qui va vous être soumis, vous vous apercevez que nous avons découvert le seul ordre judiciaire qu'il faille adopter, le seul qui, en garantissant nos droits, ne les blesse jamais, le seul qui, dès lors, puisse convenir à un peuple libre, parce qu'il résulte immédiatement des vrais principes de la société, et des premières lois de la morale et de la nature.

Influence du pouvoir judiciaire.

On ne peut déterminer la manière dont il faut organiser le pouvoir judiciaire, qu'autant qu'on s'est fait une idée juste de son influence.

L'influence du pouvoir judiciaire n'a point de bornes; toutes les actions du citoyen doivent être regardées, en quelque sorte, comme de son domaine; car, pour peu qu'on y réfléchisse, on remarquera qu'il n'est aucune action du citoyen qu'il ne faille considérer comme légitime ou illégitime, comme permise ou défendue, selon qu'elle est conforme ou non à la loi. Or, le pouvoir judiciaire étant institué pour l'application de la loi, ayant, en conséquence, pour but unique d'assurer l'exécution de tout ce qui est permis, d'empêcher tout ce qui est défendu, on conçoit qu'il n'est aucune action sociale, même aucune action

domestique, qui ne soit, plus ou moins immédiatement, de son ressort.

L'influence du pouvoir judiciaire est donc, pour ainsi dire, de tous les jours, de tous les instants; et, comme ce qui influe sur nous tous les jours et à tous les instants ne peut pas ne point agir d'une manière très-profonde sur le système entier de nos habitudes, on conçoit qu'entre les pouvoirs publics, celui qui nous modifie le plus en bien ou en mal est incontestablement le pouvoir judiciaire.

De toutes les affections humaines, il n'en est aucune qui corrompe comme la crainte, aucune qui dénature davantage les caractères, aucune qui empêche plus efficacement le développement de toutes les facultés. Or, si les formes du pouvoir judiciaire, de ce pouvoir qui agit sans cesse, étaient telles dans un Etat qu'elles n'inspirassent que la crainte par exemple, quelque sage d'ailleurs qu'on voulût supposer la Constitution politique de l'Etat, quelque favorable qu'elle fût à la liberté; par cela seul que le pouvoir judiciaire ne développerait que les sentiments de crainte dans toutes les âmes, il empêcherait tous les effets naturels de la Constitution. Tandis que la Constitution vous appellerait à des mœurs énergiques et à des habitudes fortement prononcées, le pouvoir judiciaire ne tendrait à vous donner, au contraire, que des mœurs faibles et de serviles habitudes; et parce qu'il est de sa nature, comme on vient de le dire, de ne jamais suspendre son action, il vous est bien aisé d'apercevoir qu'assez promptement il finirait par altérer tous les caractères, et par vous disposer aux préjugés et aux institutions qui amènent le despotisme, et qui, malheureusement, le font supporter.

Aussi tous ceux qui ont voulu changer l'esprit des nations, se sont-ils singulièrement attachés à organiser au gré de leurs desseins le pouvoir judiciaire. Trop habiles pour en méconnaître l'influence, on les a vus par la seule forme des jugements, selon qu'ils se proposaient le bien ou le mal des peuples, appeler les hommes à la liberté et à toutes les vertus qu'elle fait éclore, ou les contraindre à la servitude et à tous les vices qui l'accompagnent.

Athènes, Sparte, Rome surtout, déposent de cette importante vérité; Rome où le système judiciaire a tant de fois changé, et où il n'a jamais changé qu'il n'en soit résulté une révolution constante dans les destinées de l'Empire.

On ne peut donc contester l'influence sans bornes du pouvoir judiciaire; mais, si son influence est sans bornes, si elle est supérieure à celle de tous les autres pouvoirs publics, il n'est donc aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là; il n'en est donc aucun qu'il convienne d'organiser avec une prudence plus inquiète et des précautions plus scrupuleuses.

Objet du pouvoir judiciaire.

Or, pour constituer le pouvoir judiciaire de manière à ce que son influence soit toujours bonne, il n'est besoin, ce me semble, que de réfléchir avec quelque attention sur le but qu'on doit naturellement se proposer en le constituant.

C'est parce qu'une société ne peut subsister sans lois, que, pour le maintien de la société, il faut des tribunaux et des juges, c'est-à-dire une classe d'hommes chargés d'appliquer les lois aux diverses circonstances pour lesquelles elles sont

(1) Le rapport de M. Bergasse est incomplet au *Moniteur*.

faites, et autorisés à user de la force publique, toutes les fois que, pour assurer l'exécution des lois, l'usage de cette force publique devient indispensable.

Mais le grand objet des lois en général étant de garantir la liberté et de mettre ainsi le citoyen en état de jouir de tous les droits qui sont déclarés lui appartenir par la Constitution, on sent que les tribunaux et les juges ne seront bien institués qu'autant que dans l'usage qu'ils feront de l'autorité qui leur est confiée et de la force publique dont ils disposent, il leur sera comme impossible de porter atteinte à cette même liberté que la loi les charge de garantir.

Pour savoir comment il faut instituer les tribunaux et les juges, on doit donc, avant tout, rechercher en combien de manières on peut porter atteinte à la liberté.

Il y a, comme on sait, deux espèces de liberté : la liberté politique et la liberté civile.

La liberté politique, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de concourir, soit par lui-même soit par ses représentants, à la formation de la loi.

La liberté civile, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi.

Or, la liberté politique est en danger, toutes les fois que, par l'effet d'une circonstance ou d'une institution quelconque, le citoyen ne concourt pas à la formation de la loi avec la plénitude de sa volonté ; toutes les fois que, par une certaine disposition des choses, la loi qui devrait toujours être l'expression de la volonté générale, n'est que l'expression de quelques volontés particulières ; toutes les fois encore que la puissance publique est tellement concentrée, distribuée, ou ordonnée, qu'elle peut facilement faire effort contre la Constitution de l'Etat, et, selon les événements, la modifier ou la détruire.

La liberté civile est en danger toutes les fois que le pouvoir qui doit protéger le citoyen dans sa personne ou sa propriété est tellement institué, qu'il ne suffit pas pour cet objet ; toutes les fois encore que, suffisant pour cet objet, il devient malheureusement facile de l'employer au détriment de la personne ou de la propriété.

On ne peut mettre la liberté politique en danger sans y mettre la liberté civile. On sent, en effet, qu'à mesure que le citoyen perd de sa liberté politique ou de la faculté dont il jouit de concourir à la formation de la loi, sa liberté civile, qui n'est elle-même protégée que par la loi, doit être nécessairement moins garantie.

On ne peut mettre également la liberté civile en danger, sans y mettre également la liberté politique. On sent, en effet, que si le pouvoir destiné à protéger la liberté civile, c'est-à-dire cette espèce de liberté dont l'usage est de tous les jours, tendait au contraire à l'altérer, le peuple, esclave par sa Constitution civile, serait bientôt sans force et sans courage pour défendre sa Constitution politique.

Afin que le pouvoir judiciaire soit organisé de manière à ne mettre en danger ni la liberté civile ni la liberté politique, il faut donc que, *dénué de toute espèce d'activité contre le régime politique de l'Etat, et n'ayant aucune influence sur les volontés qui concourent à former ce régime ou à le maintenir, il dispose, pour protéger tous les individus et tous les droits, d'une force telle, que, toute-puissante pour défendre et pour secourir, elle devienne absolument nulle, sitôt que changeant sa*

destination, on tentera d'en faire usage pour opprimer.

Cela posé,

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, s'il dépend, dans son organisation, d'une autre volonté que de celle de la nation.

Car alors la volonté particulière, à laquelle la faculté d'organiser le pouvoir judiciaire aurait été laissée, maîtresse de toutes les formes des jugements, serait aussi maîtresse, comme on vient de le voir, d'influer à son gré toutes les habitudes du citoyen, de corrompre ainsi le caractère national par l'exercice même de la loi, et, en substituant aux opinions fortes et généreuses d'un peuple libre, les opinions faibles et lâches d'un peuple esclave, de porter une atteinte mortelle à la Constitution.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si les dépositaires de ce pouvoir ont une part active à la législation, ou peuvent influencer, en quelque manière que ce soit, sur la formation de la loi.

Car l'amour de la domination n'est pas moins dans le cœur de l'homme que l'amour de la liberté ; la domination n'étant qu'une espèce d'indépendance, et tous les hommes voulant être indépendants : or, si le ministre de la loi peut influencer sur sa formation, certainement il est à craindre qu'il n'y influe qu'à son profit, que pour accroître sa propre autorité, et diminuer ainsi, soit la liberté publique, soit la liberté particulière.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si les tribunaux se trouvent composés d'un grand nombre de magistrats, et forment ainsi des compagnies puissantes.

Car, s'il est convenable pour un peuple qui ne jouit d'aucune liberté politique, qu'il existe des compagnies puissantes de magistrats, capables de tempérer par leur résistance l'action toujours désastreuse du despotisme, cet ordre de choses, au contraire, est funeste pour tout peuple qui possède une véritable liberté politique : des compagnies puissantes de magistrats, disposant du terrible pouvoir de juger, mues comme involontairement dans toutes leurs démarches par le dangereux esprit de corps, d'autant moins exposées dans leurs jugements à la censure de l'opinion que la louange ou le blâme qu'elles peuvent ou mériter ou encourir se partagent entre un grand nombre d'individus, et deviennent, pour ainsi dire, nuls pour chacun ; de telles compagnies, dans un Etat libre, finissent nécessairement par composer de toutes les aristocraties la plus formidable, et on sait ce que l'aristocratie peut engendrer de despotisme et de servitude dans un Etat quelconque lorsqu'elle s'y est malheureusement introduite.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si le nombre des tribunaux et des juges se trouve plus considérable qu'il ne convient pour l'administration de la justice.

Car tout pouvoir public n'est institué comme il doit l'être qu'autant qu'il est nécessaire ; et il n'y a de pouvoir public nécessaire que celui qui maintient la liberté : d'où il suit qu'un pouvoir qui n'est pas nécessaire est un pouvoir qui, dès lors, ne maintient pas la liberté : or, un pouvoir qui ne maintient pas la liberté, par cela seul qu'il est pouvoir ou puissance, agit nécessairement contre la liberté ; car toute force qui n'est pas employée pour elle, est employée contre elle. Il importe donc de la détruire. Si dans un Etat les tribunaux étaient tellement constitués, si leur

compétence était tellement réglée ou tellement embarrassée qu'une action civile ou un délit pût y ressortir de plusieurs tribunaux à la fois, que beaucoup de tribunaux encore d'espèces différentes fussent employés à faire ce qui pourrait être fait par une seule espèce de tribunaux, il y aurait là des pouvoirs publics qui ne seraient pas nécessaires, il y aurait donc là des pouvoirs publics qui tendraient à nuire à la liberté, et il faudrait réduire le nombre des tribunaux et de leurs espèces jusqu'à la limite du besoin, jusqu'au terme où leur établissement serait démontré rigoureusement indispensable.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, s'il est ou la propriété d'un individu qui l'exerce ou la propriété d'un individu qui en commet un autre pour le faire exercer.

Car, en général, il est de principe qu'un pouvoir public ne peut être la propriété de personne; et la raison de ce principe est simple: partout où un pouvoir public devient une propriété individuelle il y a un pouvoir qui ne suppose aucun choix préliminaire dans la personne de celui qui en jouit, qui se transmet comme toute autre propriété peut se transmettre par vente ou concession. Or, des pouvoirs de ce genre rompent l'égalité naturelle des citoyens; ils n'existent pas dans un Etat sans qu'il y ait des hommes puissants par eux-mêmes, des hommes exerçant une autorité indépendamment du concours médiat ou immédiat de ceux sur lesquels ils l'exercent; et, partout où il y a de tels hommes, on ne peut pas dire que la liberté soit entière.

De plus, et dans le premier cas, si le pouvoir judiciaire est la propriété du juge qui l'exerce, n'est-il pas à craindre qu'il n'offre à l'esprit du juge aussi souvent l'idée d'un droit que l'idée d'un devoir; et celui qui dispose du pouvoir de juger comme d'un droit, celui qui le considère comme une propriété qu'il exploite, plutôt que comme un devoir qu'il doit remplir, ne sera-t-il pas tenté d'en abuser? et, parce qu'ici l'abus, quelque faible qu'on le suppose, est toujours un attentat contre la liberté du citoyen, ne faut-il pas s'occuper soigneusement de le prévenir?

De plus, et dans le second cas, si le pouvoir judiciaire est la propriété d'un individu qui peut commettre à volonté un autre individu pour le faire exercer, l'individu qui sera commis, tenant d'un autre l'autorité dont il est revêtu, pourra-t-il jamais être présumé hors de la dépendance de cet autre? Or, pour que la justice soit impartialement rendue, pour que la manière de la rendre inspire surtout une grande confiance au peuple, ne convient-il pas qu'elle le soit par des juges qui ne dépendent jamais des personnes, mais de la loi, et qui, au-dessus de la crainte et de la complaisance, se trouvent dans l'exercice de leurs fonctions, en pleine puissance, si l'on peut se servir de ce terme, de leur conscience et de leur raison?

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si le peuple n'influe en aucune manière sur le choix des juges.

Car, afin que le pouvoir exécutif soit un, il est convenable sans doute que le dépositaire du pouvoir exécutif nomme les juges; mais il ne faut pas moins de certaines formes, avant cette nomination, qui empêchent tout homme qui n'aurait pas la confiance du peuple de devenir juge. Par exemple, ne serait-il pas à souhaiter que, parmi nous, les assemblées provinciales nommassent à chaque vacance de place dans les tribunaux trois sujets, parmi lesquels le prince se-

rait tenu de choisir? Ainsi se concilierait ce qu'on doit au prince avec ce qu'on doit à l'opinion du peuple dans une matière qui intéresse si essentiellement sa liberté; ainsi les emplois de magistrature ne seraient jamais le prix de l'adulation et de l'intrigue; et pour les obtenir, il faudrait toujours avoir fait preuve de suffisance et de vertu.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si son action n'est pas tellement étendue sur la surface de l'empire, que, présent partout, il puisse être à la portée de tous les citoyens, et ne soit jamais vainement imploré par aucun.

Car ce n'est pas assez que la loi soit égale pour tous; afin que son influence soit bienfaisante, il faut encore que tous puissent l'invoquer avec la même facilité: autrement, on verrait commencer la domination du fort sur le faible, et toutes les conséquences fatales qu'elle entraîne. Il convient donc que les tribunaux et les juges soient tellement répartis, que la dispensation de la justice n'occasionne que le moindre déplacement possible au citoyen, toutes les fois qu'il sera nécessaire qu'il se déplace, et que la perte de temps employé à l'obtenir ne soit jamais telle que le citoyen pauvre préfère le dépouillement ou l'oppression, à l'usage ou à l'exercice de son droit.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si la justice n'est pas gratuitement rendue.

Car la justice est une dette de la société, et il est absurde d'exiger une rétribution pour acquitter une dette. De plus, si la justice n'était pas gratuite, elle ne pourrait être réclamée par celui qui n'a rien; et afin que la liberté existe dans un empire, il faut que celui qui n'a rien puisse demander justice comme celui qui a; il faut former des institutions qui mettent celui qui n'a rien en état de lutter avec égalité de force contre celui qui a. De plus encore, si la justice n'était pas gratuite, elle corromprait en quelque sorte elle-même son propre ministre; le juge, voyant dans l'exercice de la justice un moyen d'acquiescer, pourrait être tenté d'ouvrir son âme à l'avarice; et un juge avare est toujours l'esclave de celui qui paie, et le tyran de celui qui ne peut pas payer.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si, dans les tribunaux, l'instruction des affaires, soit civiles, soit criminelles, n'est pas toujours publique.

Car, s'il est des hommes qu'il importe, dans l'exercice de leur ministère, d'environner le plus près possible de l'opinion, c'est-à-dire, de la censure des gens de bien, ce sont les juges. Plus leur pouvoir est grand, plus il faut qu'ils aperçoivent sans cesse à côté d'eux la première de toutes les puissances, celle qu'on ne corrompt jamais, la puissance redoutable de l'opinion; et ils ne l'apercevront pas, cette puissance, si l'instruction des affaires est secrète. Dans un ordre de choses si vicieux, vous laissez nécessairement une grande latitude aux préventions du juge, à ses affections particulières, à ses préjugés, aux intrigues des hommes de mauvaise foi, à l'influence des protections; aux délations sourdes, à toutes les passions viles qui ne se meuvent que dans l'ombre, et qui n'ont besoin que d'être aperçues pour cesser d'être dangereuses. Couvrez le juge des regards du peuple; et comme il n'y a que des hommes consommés dans le crime qui, étant observés de toutes parts, osent mal faire, soyez certains, surtout si le peuple est libre, si sa censure peut s'exprimer avec énergie, qu'il n'y aura rien de si rare qu'un

juge prévaricateur, parce qu'il n'y a rien de si rare qu'un homme qui ose affronter la honte et s'environner, de sang-froid, d'une grande infamie.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions.

Car, on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est dépositaire.

Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si, en matière criminelle, les formes de ce pouvoir sont telles qu'elles ôtent toute confiance à l'accusé; c'est-à-dire, si elles sont telles, que l'accusé, certain de son innocence, n'ait cependant pas assez de son innocence, pour échapper à la peine dont il est menacé.

Car, on n'a pas tout fait, quand on a ordonné la publicité des instructions pour toute espèce d'affaires, quand on a interdit au juge la faculté d'interpréter la loi: en matière criminelle, il faut plus encore; il faut qu'il n'y ait aucune des formes employées à la découverte d'un délit et d'un coupable, qui ne soit également propre à procurer la justification de l'innocence.

Une des raisons naturelles qui font que les hommes vivent en société, c'est sans doute parce que ce n'est que dans l'ordre social que leur existence peut être suffisamment protégée.

Le but de l'ordre social serait donc manqué, si, lorsque l'existence d'un individu quelconque est en danger, la loi ne faisait pas d'autant plus pour lui, que les risques qu'il court sont plus grands.

Or, certainement, notre existence n'est jamais plus en danger que dans les accusations criminelles. C'est dans les accusations criminelles que la loi surtout ne doit rien omettre, afin qu'il ne nous manque aucune des ressources qui nous sont nécessaires pour nous garantir; et la première de toutes les ressources est, sans contredit, la confiance dans la loi.

Que faites-vous avec des formes judiciaires qui n'inspirent aucune confiance à l'accusé? Vous placez l'accusé dans une situation troublée, où sa raison ne suffit plus pour diriger l'usage de ses facultés; vous le dépouillez de ses forces quand vous devriez les accroître; vous lui ôtez son courage quand jamais il n'eut plus besoin de courage; vous contrariez la nature elle-même, qui, ayant placé au dedans de nous un instinct conservateur, veut si impérieusement que notre énergie se déploie, en raison de ce que le danger qui nous menace est plus prochain et plus grand; et vous savez cependant que ce n'est pas pour diminuer l'exercice des droits ou des moyens qu'il tient de la nature, que l'homme consent à vivre en société.

Ainsi donc vous commettez une grande injustice, vous offensez essentiellement la liberté naturelle, qui ne diffère pas de la liberté sociale, quand vous croyez cependant ne rien faire que pour la liberté, et vous violez les droits de l'homme par les formes mêmes qui doivent les assurer.

Mais, comment, par l'institution même des formes destinées à procurer la conviction des coupables, parviendrez-vous à faire naître la confiance dans le cœur de l'homme injustement accusé?

La confiance naîtra, lorsque la loi permettra que l'accusé fasse autant de pas pour se disculper qu'on en fera contre lui pour prouver qu'il est coupable. Si vous produisez des témoins qui m'accusent, il faut que, dans le même temps, je fasse entendre les témoins qui me justifient.

La confiance naîtra, si l'accusé est le maître de choisir à son gré ses moyens de justification. Il est bien étrange qu'il existe des codes criminels, qui laissent au juge la faculté de rejeter, en entier ou en partie, les moyens de justification de l'accusé; il est plus étrange encore que, dans un siècle de lumières, un abus si déplorable ait trouvé des panégyristes.

La confiance naîtra si l'accusé n'est pas réduit, pour écarter l'imputation qui lui est faite, à se renfermer dans les circonstances de l'imputation; si, comme en Angleterre par exemple, il peut faire parler en faveur de son innocence sa vie tout entière; s'il a le droit de confronter pour me servir de l'expression d'un magistrat célèbre, le crime qu'on lui suppose avec la conduite antérieure qu'il a tenue; si les bonnes actions, si les vertus deviennent utiles et peuvent ainsi servir comme de défenseurs et de témoins à celui qui s'en est longtemps environné.

La confiance naîtra, si le magistrat qui applique la loi est distingué du magistrat qui met sous la puissance de la loi, c'est-à-dire, du magistrat qui décrète l'accusé. La législation criminelle est nécessairement désastreuse partout où la distinction dont il s'agit ici n'est pas soigneusement établie. Tant que le magistrat qui décrète sera le même que celui qui juge, vous aurez toujours à craindre que, s'il a décrété sur de faux soupçons, son amour-propre ou sa prévention ne le portent à justifier, par une condamnation inique, un décret injustement lancé.

La confiance naîtra, si, non seulement le magistrat qui décrète est distingué du magistrat qui applique la loi, mais si le magistrat qui applique la loi ne peut le faire qu'autant qu'un autre ordre de personnes, des jurés, par exemple, auront prononcé sur la validité de l'accusation. Parce qu'il est dans le cœur de celui qui dispose de quelque puissance d'aimer à en faire usage, il faut, autant qu'il est possible, ne pas mettre le juge dans une position où il soit le maître de multiplier à son gré les occasions d'exercer son ministère: or, cet inconvénient, qui laisse une si grande activité aux passions particulières, cesse absolument, si, semblable au glaive qui ne peut frapper qu'autant qu'il est mu par une force étrangère, le juge ne peut déployer l'autorité de la loi qu'autant qu'il est déterminé par une décision qui n'est pas son ouvrage.

La confiance naîtra, si, par la méthode qu'on emploiera pour former l'ordre de personnes qui doit prononcer sur la validité d'une accusation, il se trouve qu'il n'est aucune de ces personnes qui ne puisse être considérée comme du choix de l'accusé; aucune qui, à son égard, ne soit à l'abri de tout soupçon d'inimitié ou de vengeance; aucune qui, par rapport à lui, ne soit dans cet état d'impassibilité si désirable pour assurer l'impartialité des jugements. C'est surtout par de telles précautions, qu'on donne à l'homme fausement accusé la liberté d'esprit dont il a besoin pour s'occuper utilement de sa défense. Ce n'est

qu'autant que vous le laissez le maître de rejeter du nombre de ceux qui doivent prononcer sur son sort quiconque peut lui inspirer le plus léger sentiment de crainte, que vous mettez une véritable sécurité dans son cœur, et que, fort de son innocence, vous faites que, parmi les périls de l'accusation même la plus redoutable, jamais il n'aperçoit dans la loi qu'une autorité qui protège, et non pas un pouvoir armé pour l'opprimer ou le détruire.

Voilà quelques-uns des moyens qu'on peut mettre en œuvre afin d'entretenir la confiance dans l'âme des accusés, et concilier ainsi ce qu'il faut faire pour la recherche des délits et la punition des coupables avec ce qu'on doit à la liberté du citoyen, à cette liberté pour le maintien de laquelle toutes les lois sont instituées.

Au reste, on s'apercevra facilement qu'il n'est aucun des moyens dont nous parlons ici qui ne nous ait été fourni par la jurisprudence adoptée en Angleterre et dans l'Amérique libre, pour la poursuite et la punition des délits : c'est qu'en effet, il n'y a que cette jurisprudence, autrefois en usage parmi nous, qui soit humaine : c'est qu'il n'y a que cette jurisprudence qui s'associe d'une manière profonde avec la liberté : c'est que nous n'avons rien de mieux à faire en ce genre que de l'adopter promptement, en l'améliorant néanmoins dans quelques-uns de ses détails, en perfectionnant, par exemple, encore, s'il est possible, cette sublime institution des jurés qui la rend si recommandable à tous les hommes accoutumés à réfléchir sur l'objet de la législation et les principes politiques et moraux qui doivent nous gouverner.

* Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si, dans le cas où l'ordre public exigerait qu'en une certaine partie de l'administration de la justice on laissât quelque chose à faire à la prudence du juge, la loi ne prenait pas de telles précautions, qu'il devint comme impossible au juge d'abuser, dans les circonstances où la loi s'en rapporterait à sa prudence, de l'autorité plus ou moins étendue qui lui serait confiée.

Ici je veux parler de la police, qui a pour objet de prévenir les crimes, et qui, si elle est mal instituée, suffit toute seule pour dépraver entièrement le caractère d'un peuple, et opérer une révolution profonde dans le système de ses opinions et de ses mœurs.

C'est à notre police, si inconsidérément célébrée, à ses précautions minutieuses pour entretenir la paix au milieu de nous, à son organisation tyrannique, à son activité toujours défiante, et ne se développant jamais que pour semer le soupçon et la crainte dans tous les cœurs, au secret odieux de ses punitions et de ses vengeances ; c'est à l'influence de toutes ces choses, que nous avons dû si longtemps l'anéantissement du caractère national, l'oubli de toutes les vertus de nos pères, notre patience honteuse dans la servitude, l'esprit d'intrigue substitué parmi nous à l'esprit public, et cette licence obscure qu'on trouve partout où ne règne pas la liberté.

Quoi qu'on fasse, il entre toujours quelque chose d'arbitraire dans la police (1). Comme elle

n'est instituée, ainsi qu'on vient de le dire, que pour prévenir les crimes ; comme un crime peut être préparé par une foule de circonstances qu'il est impossible de déterminer et qui ne se manifestent qu'à mesure qu'elles se produisent ; comme un crime, à moins qu'il ne soit l'effet d'une passion subite, suppose toujours un désordre antécédent ; comme ainsi, c'est essentiellement à maintenir l'ordre que la police est destinée, l'ordre qui peut être troublé de tant de manières, sans que pour cela celui qui le trouble puisse être mis au rang des coupables ; comme ici, dès lors, ce n'est pas de punition qu'il s'agit, mais d'avertissement, mais de correction, mais de surveillance ; on conçoit que dans cette partie de l'administration de la justice, tout ce que peut faire la loi, c'est de bien déterminer les objets qui sont du ressort de la police, de borner ce ressort le plus qu'il est possible, et d'arranger les circonstances de façon à ce que le choix des juges soit toujours aussi bon qu'il peut l'être.

Or, en premier lieu, la loi aura rempli son objet si elle dispose tellement l'ordre social que la police ait peu d'occupation. Les limites de la police s'étendent d'autant plus que l'ordre social est plus mauvais. Partout où la loi sagement ordonnée pour le développement facile des facultés de l'homme lui fait trouver, à côté de son travail, une subsistance assurée et des jouissances paisibles, il se commet peu de délits ; et il n'est malheureusement que trop vrai que c'est dans l'organisation peu réfléchie des gouvernements et leur opposition avec le développement naturel de nos facultés qu'il faut aller chercher la cause de presque tous les crimes.

En second lieu, la loi aura rempli son objet, si elle ne confie pas l'exercice de la police aux mêmes magistrats et aux mêmes tribunaux qui sont chargés de punir les crimes ; car c'est ainsi que la police se corrompt, parce que c'est ainsi qu'elle étend son empire, et qu'elle ne se corrompt qu'en étendant son empire. Le magistrat qui doit prévenir le crime étant aussi celui qui doit le punir, est assez porté à ne pas distinguer ces deux espèces de fonctions ; à ne voir que des crimes, où il ne faut voir que des fautes ; à n'apercevoir que des coupables, où il ne faut apercevoir que des hommes qui peuvent le devenir ; et, en confondant ainsi deux ministères très-différents, à ôter à la police ce caractère de modération et de douceur qui seul peut faire supposer ce qu'il y a d'arbitraire dans ses fonctions.

En troisième lieu, la loi aura rempli son objet, si elle fixe un terme assez court, de deux ou trois années, par exemple, après lequel les juges de police cesseront de l'être ; et si elle les fait dépendre entièrement, et sans aucune intervention du prince, de la nomination et du choix du peuple.

Tant qu'un homme ne dispose que du pouvoir d'un moment, et que, destiné à rentrer dans la classe ordinaire des citoyens il sent qu'il ne peut accroître ce pouvoir sans se nuire à lui-même lorsqu'il n'en disposera plus, il n'est pas à craindre qu'il en abuse, et qu'il fasse servir à

(1) Je veux expliquer ici ce que j'entends par l'arbitraire de la police. Jamais il ne doit rien y avoir d'arbitraire dans les châtimens qu'inflige la police, à cet égard, comme dans les autres parties de l'administration de la justice, il faut que la loi ait tout prévu et déterminé ; mais l'arbitraire se trouve nécessairement

jusqu'à un certain point dans les précautions que la police est obligée de prendre pour le maintien de l'ordre public, et dans les actes de surveillance sur les personnes non moins que sur les choses, qu'il est indispensable de lui permettre.

ses passions particulières une autorité qui, dans la suite, employée par un autre, pourrait si facilement lui devenir funeste.

Tant que, d'un autre côté, le choix des juges de police dépendra essentiellement du peuple, il faut s'attendre qu'en ce genre il choisira toujours les meilleurs juges. On ne gagne le peuple que par le bien qu'on lui fait; et j'ose dire qu'il est impossible qu'il puisse confier l'exercice de la police à celui, par exemple, qui se serait fait remarquer par des mœurs dures, des actions douteuses, une conduite insolente ou inconsidérée.

De plus, il y a une raison particulière pour que le peuple choisisse seul ses juges de police, tandis qu'au contraire il est bon que le prince intervienne dans la nomination des autres juges. En se soumettant à l'autorité des autres juges, le peuple ne se confie qu'à la loi, parce que les autres juges ne peuvent agir que par elle; mais en se soumettant à l'autorité nécessairement un peu arbitraire d'un juge de police, ce n'est pas à la loi seulement, c'est en beaucoup de circonstances à un homme que le peuple se confie. Or, on voit bien que cet homme-là doit être absolument de son choix.

Enfin, le pouvoir judiciaire sera mal organisé, si les juges ne répondent pas de leurs jugements.

Je crois qu'il suffit d'énoncer cette proposition pour la faire adopter. Une nation où les juges ne répondraient pas de leurs jugements serait, sans contredit, la plus esclave de toutes les nations; et on conçoit aisément que l'esprit de liberté augmente chez un peuple, en raison de ce que la responsabilité des agents du pouvoir exécutif y est plus étendue.

Mais il y a des bornes à tout; s'il faut que les juges soient responsables, il convient aussi que les limites de cette responsabilité soient tellement déterminées, qu'on ne puisse pas sans cesse les inquiéter à l'occasion de leurs jugements. Tout homme qui exerce des fonctions publiques, doit jouir d'une certaine sécurité en les exerçant: autrement, trop ordinairement dominé par la crainte, au lieu d'obéir à la loi, ce serait à celui qui lui inspirerait quelque crainte qu'il obéirait.

Rien n'est donc si essentiel, en même temps qu'on rend les juges responsables, que cette responsabilité soit déterminée de façon que, suffisante pour les empêcher d'abuser de leur ministère, elle ne soit cependant pas telle qu'elle les empêche d'en user.

Ce n'est pas ici le lieu de fixer les caractères de la loi concernant la responsabilité des juges, cette loi devant comprendre un plus grand nombre de circonstances, selon qu'on laisse plus ou moins de pouvoir au juge, selon que le Code civil et criminel est plus ou moins perfectionné.

On observera seulement que, quoiqu'en général il paraisse convenable que la fonction de juge soit à vie, à cause des connaissances malheureusement assez étendues qu'elle suppose, connaissances qu'on serait peu jaloux d'acquérir, si elles ne devaient procurer dans la société un état permanent à celui qui les possède, cependant il serait à désirer qu'après un certain terme, les juges eussent besoin d'être confirmés. Dans un pareil ordre de choses, il est bien peu à craindre que le juge qu'une bonne opinion environne coure le risque de perdre sa place; le peuple a trop d'intérêt à conserver un bon juge. Il n'y aurait donc que le mauvais juge qui aurait un déplacement à redouter; et il y a tant de manières d'être mauvais juge, on peut prévariquer en tant de façons dans l'emploi du pouvoir judi-

ciaire, sans paraître néanmoins offenser la loi, sans se trouver dans aucune circonstance où l'on soit responsable à ses yeux, qu'il faut ici laisser quelque chose à faire à l'opinion, et souffrir que celui dont la conduite n'a pas été constamment assez pure pour être au-dessus de tout soupçon, soit forcé, à certaine époque, à renoncer à un ministère qu'on ne peut bien exercer qu'autant qu'on inspire une grande confiance en l'exerçant.

Tels sont, à peu près, messieurs, les écueils qu'il faut éviter en constituant le pouvoir judiciaire, si, comme je l'ai dit en commençant, on veut que ce pouvoir ne porte aucune atteinte ni à la liberté politique, ni à la liberté civile.

Or, dans une pareille carrière, marquer les écueils, c'est nécessairement tracer la route; les principes ici se montrent à mesure que les abus se découvrent.

De ce que le pouvoir judiciaire se trouve mal organisé toutes les fois qu'il l'est d'après les fausses maximes dont je viens de vous entretenir, il est donc nécessairement vrai que le pouvoir judiciaire se trouvera bien organisé, toutes les fois qu'il le sera d'après les maximes contraires.

Ainsi donc, en revenant sur tout ce que j'ai dit; afin que le pouvoir judiciaire soit bien organisé, il faudra :

En premier lieu, que dans son organisation, comme dans les changements qu'il peut subir, le pouvoir judiciaire ne dépende essentiellement que de la volonté de la nation.

En second lieu, que les dépositaires du pouvoir judiciaire ne participent en rien à la puissance législative.

En troisième lieu, que les tribunaux ne soient composés que d'un petit nombre de magistrats.

En quatrième lieu, qu'il ne soit pas créé plus de tribunaux que ne l'exige le besoin de rendre la justice.

En cinquième lieu, que les charges de magistrature ne soient pas vénales, et que le droit de faire rendre la justice ne soit la propriété ou la prérogative d'aucun citoyen dans l'Etat.

En sixième lieu, que le prince seul nomme les juges; mais qu'il ne puisse les choisir que parmi les personnes qui lui seront désignées par le peuple (1).

En septième lieu, que les tribunaux soient, le plus qu'il sera possible, rapprochés des justiciables.

En huitième lieu, que la justice soit rendue gratuitement.

En neuvième lieu, que l'instruction des affaires, tant criminelles que civiles, soit toujours publique.

En dixième lieu, qu'aucun juge en matière civile ou criminelle n'ait le droit d'interpréter la loi, ou d'en étendre les dispositions à son gré.

En onzième lieu, qu'en matière criminelle, les formes de la procédure soient telles qu'elles procurent une instruction qui soit autant à la décharge qu'à la charge de l'accusé; et parce qu'il n'y a que les formes du jugement par jurés ou par pairs, qui, à cet égard, satisfassent le vœu de la raison et de l'humanité, qu'en matière criminelle, nulle autre procédure ne soit admise que la procédure par jurés.

En douzième lieu, que, dans cette partie de l'administration de la justice où il faut laisser

(1) C'est-à-dire, par les représentants du peuple.

quelque chose à faire à la prudence du juge, c'est-à-dire en matière de police, le juge soit amovible après un temps désigné, et qu'il ne soit choisi que par le peuple, sans aucune intervention du prince.

Enfin, et en dernier lieu, qu'en quelque matière que ce soit, les juges soient responsables de leurs jugements.

Il me semble que ces propositions sont actuellement autant de vérités démontrées.

Or, de ces vérités démontrées résulte, pour le pouvoir judiciaire, le projet de Constitution suivant : (1)

CONSTITUTION DU POUVOIR JUDICIAIRE (2).

TITRE PREMIER.

Des tribunaux et des juges en général.

Art. 1^{er}. La nation seule a le droit de déterminer la constitution des tribunaux, et aucun changement ne peut être fait dans l'organisation du pouvoir judiciaire, sans qu'elle l'ait ordonné ou sans qu'elle y ait consenti par ses représentants.

Art. 2. Les tribunaux et les juges ne doivent participer en aucune manière à l'exercice de la puissance législative; et tout citoyen qui occupera une place quelconque dans la magistrature, tant qu'il occupera cette place, ne pourra être membre du Corps législatif.

Art. 3. Il ne sera pas établi plus de tribunaux, et chaque tribunal ne sera pas composé de plus de juges, que ne le demande l'administration exacte de la justice.

Art. 4. Nulle charge désormais, donnant le pouvoir judiciaire, ne pourra, sous aucun prétexte que ce soit, être créée pour être vendue (3).

Art. 5. La justice, ainsi qu'il s'est pratiqué jusqu'à présent, sera rendue au nom du Roi, comme suprême dépositaire du pouvoir exécutif.

Art. 6. L'administration de la justice étant une fonction publique qui ne peut, en aucun cas, devenir la propriété d'un citoyen, nul citoyen

(1) Avant que d'aller plus loin, il est bon de remarquer ici qu'il n'y a que deux manières de rejeter ce projet. Ou il faut prouver que les principes qu'on vient de développer sont mauvais, ou il faut prouver que les articles qui suivent, ne sont pas d'accord avec les principes.

(2) Parmi les articles qu'on va lire, il en est quelques-uns qui appartiennent plus à la législation qu'à la constitution des tribunaux; mais, comme ils intéressent essentiellement l'ordre public, et que d'ailleurs ils dérivent immédiatement des principes qu'on vient de développer, on a cru devoir les joindre ici, sauf, lorsqu'on mettra la dernière main au travail sur la Constitution, à leur assigner leur véritable place.

(3) De là le remboursement de tous les offices de judicature; et parce qu'il serait souverainement injuste que les titulaires de ces offices trouvassent leur ruine dans la régénération de l'ordre public, de là le remboursement des offices de judicature, non pas simplement sur le pied de la finance, comme on l'a proposé quelquefois, mais sur le pied des contrats d'acquisition. Or, on ne doit pas le dissimuler : l'Etat ne s'est jamais trouvé dans une position moins favorable qu'aujourd'hui pour opérer un tel remboursement; et lorsqu'il s'agira de l'effectuer, ce ne sera pas sans de grandes difficultés qu'à cet égard on parviendra à concilier ce qu'on doit à la propriété particulière avec ce qu'exigent les nécessités publiques... Cependant une réforme dans l'ordre judiciaire est indispensable.

dans l'Etat n'aura le droit de faire rendre la justice en son nom.

Art. 7. Il sera pourvu à ce que la justice soit gratuitement administrée; et le Corps législatif, sur les instructions que lui feront parvenir les assemblées provinciales, fixera pour les juges et les officiers des tribunaux, des honoraires suffisants, en raison de la dignité de leurs places, et de l'importance ou de la nature de leurs fonctions (1).

Art. 8. L'instruction et le jugement de toute espèce d'affaires seront publics. En conséquence, et contre l'usage actuel des tribunaux, dans toutes les causes qui exigent un examen de titres et une discussion par écrit, le rapporteur sera tenu de lire son l'avis à l'audience, et les juges, dans de telles causes, ne pourront rendre sentence ou arrêt qu'après avoir entendu dans la même audience sur le travail du juge rapporteur les observations sommaires des parties ou de leurs avocats.

Art. 9. Il ne sera permis à aucun juge, en quelque manière que ce soit, d'interpréter la loi; et dans le cas où elle serait douteuse, il se retirera par devers le Corps législatif, pour en obtenir, s'il en est besoin, une loi plus précise.

Art. 10. Tous les juges, sans exception, seront responsables de leurs jugements; et lorsqu'on s'occupera de la réforme du code civil et criminel, il sera porté une loi pour déterminer les circonstances et les limites de cette responsabilité.

TITRE II.

Des tribunaux et des juges en matière civile.

Art. 1^{er}. Le royaume sera divisé en un certain nombre de provinces, à peu près de même étendue, dans chacune desquelles il sera établi une administration provinciale.

Art. 2. Chaque province aura sa cour suprême de justice, placée autant que faire se pourra, dans la ville la plus centrale de la province, laquelle cour de justice sera composée au plus de deux présidents, de vingt conseillers, de deux avocats généraux, et d'un procureur général.

Art. 3. Dans le ressort de chaque cour suprême de justice, il sera formé un certain nombre de districts à peu près égaux, et dans chaque district on établira un tribunal du second ordre, lequel sera composé au plus d'un président, de six ou huit conseillers, de deux avocats et d'un procureur du Roi.

Art. 4. Chaque ville, chaque bourg, chaque paroisse de campagne, aura de plus des juges de paix, dont on fixera le nombre en raison de la population des lieux où ils seront établis.

Art. 5. Il y aura en outre dans toutes les villes un peu considérables des tribunaux de commerce; et dans les villes maritimes, des tribunaux de commerce maritime ou des amirautés.

Art. 6. Toutes les cours ou tribunaux, connus sous le nom de cours ou tribunaux d'exception, demeureront supprimés, et la connaissance des affaires pour lesquelles les tribunaux d'exception

(1) Le fisc percevant sur les différents actes de la procédure des droits qui malheureusement forment une partie considérable du revenu public, il faudra s'occuper de supprimer ces droits, et de pourvoir en même temps à leur remplacement de la manière la moins onéreuse pour le peuple.

avaient été créés, appartiendra dorénavant, en première instance, et par appel, aux tribunaux dont il vient d'être parlé.

Art. 7. Les fonctions et la compétence des nouveaux juges seront réglées de telle sorte en matière civile :

Les juges de paix, assistés de deux notables, connaîtront sans appel de toutes les causes personnelles qui n'excéderont pas la valeur de cinquante livres ; ils ne pourront connaître que de ces causes, et ils seront tenus de renvoyer par devant les juges ordinaires toutes celles qui excéderont cette valeur.

Les tribunaux de commerce et les amirautés connaîtront de toutes les matières de commerce, et il jugeront sans appel celles qui n'excéderont pas la valeur de deux mille livres.

Les tribunaux ordinaires connaîtront de toutes les causes, soit réelles, soit personnelles, au-dessus de cinquante livres, à l'exception des seules causes de commerce ; et si l'on pense qu'il soit convenable de conserver aux tribunaux ordinaires la faculté de juger sans appel, jusqu'à la concurrence d'une certaine somme, on déterminera par une loi particulière les circonstances où ils devront juger sans appel, et la somme jusqu'à la concurrence de laquelle ils pourront juger.

L'appel des sentences des juges de paix, quand ils excéderont leur compétence ; des tribunaux de commerce et des tribunaux ordinaires, quand ils jugeront à la charge de l'appel, ou qu'ils excéderont aussi leur compétence, sera relevé par devant les cours suprêmes de justice de chaque province, qui prononceront en dernier ressort sur toutes les contestations, quelles que soient les qualités des parties.

Art. 8. Toute partie aura le droit de plaider sa cause elle-même, si elle le trouve convenable ; et afin que le ministère des avocats soit aussi libre qu'il doit l'être, les avocats cesseront de former une corporation ou un ordre, et tout citoyen ayant fait les études et subi les examens nécessaires pour exercer cette profession, ne sera plus tenu de répondre de sa conduite qu'à la loi.

Art. 9. Aucune femme ne pourra plaider contre son mari, aucun mari contre sa femme, aucun frère contre son frère, aucun fils ou petit-fils contre son père ou son aïeul, et réciproquement, que, préalablement, il ne se soit retiré par-devant le juge de paix, lequel prendra connaissance de l'objet de la contestation, et sera autorisé à interposer pendant l'espace d'un mois, sa médiation, pour apaiser ces différends domestiques, et faire tout ce que lui suggérera sa prudence, afin de prévenir une explosion fâcheuse dans les tribunaux.

Art. 10. Dans la ville où siègera la cour suprême de justice, et dans les lieux où seront établis les tribunaux du second ordre, il sera formé un bureau charitable de jurisconsultes et de citoyens recommandables par leur probité, qui s'occuperont spécialement d'examiner les causes des pauvres, et de les aider *gratis* de leurs conseils dans la poursuite de leurs droits.

Art. 11. Tout citoyen pauvre, auquel le bureau de jurisprudence aura donné une consultation favorable, pourra, si bon lui semble, faire plaider sa cause par l'un des avocats du Roi, dans le tribunal ordinaire, ou par l'un des avocats généraux, dans la cour suprême ; en conséquence, chacun des avocats généraux, dans la cour suprême, ou des avocats du Roi, dans le tribunal ordinaire, d'année en année, et à tour de rôle, sera spécialement chargé de la cause des pauvres.

Art. 12. Le code civil sera corrigé, et une commission sera nommée pour en mieux ordonner, et surtout pour en simplifier les formes (1).

TITRE III.

Des tribunaux et des juges en matière criminelle.

Art. 1^{er}. Il n'y aura d'autres juges, pour la poursuite et la punition des délits, que les juges de paix et la cour suprême de justice.

Art. 2. Tout citoyen accusé d'un crime, ou arrêté en flagrant délit, sera traduit par-devant le juge de paix.

Art. 3. Le juge de paix, assisté de quatre notables, entendra l'accusateur et ses preuves, l'accusé et sa première défense.

Art. 4. Si le juge de paix et ses assesseurs opinent à l'unanimité que l'accusé est manifestement innocent, c'est-à-dire qu'il y a impossibilité ou contradiction à ce qu'il soit coupable, le juge de paix prononcera son renvoi.

Art. 5. Si le juge de paix et ses assesseurs trouvent qu'il y a quelque probabilité à ce que l'accusé soit coupable, ils le feront traduire sur-le-champ dans la maison d'arrêt, au cas où le délit qui lui est imputé serait de nature à encourir une peine afflictive ; et ils le relâcheront, sous caution de se représenter, au cas où le délit qui lui est imputé serait d'une autre espèce.

Art. 6. Incontinent après la détention, ou le cautionnement de l'accusé, et dans les vingt-quatre heures, le juge de paix avertira la cour suprême de justice qu'il a mis un citoyen sous la puissance de la loi. Là se borneront les fonctions du juge de paix.

Art. 7. Dans chaque cour suprême de justice, il sera nommé annuellement deux juges, suivant l'ordre du tableau, pour présider à l'instruction des procès criminels.

Art. 8. Le ressort de la cour suprême étant partagé en districts, chacun de ces juges aura un égal nombre de districts sous sa juridiction.

Art. 9. Aussitôt que la cour suprême de justice aura été avertie qu'un citoyen a été mis sous la puissance de la loi, le juge suprême, dans l'un des districts duquel le délit se trouvera ou sera supposé commis, ordonnera, dans un délai qui sera fixé, l'apport de la procédure faite par le juge de paix, et la comparution de l'accusé.

Art. 10. La procédure du juge de paix ayant été apportée, et l'accusé comparissant, l'instruction du procès commencera dans un délai qui sera également fixé.

Art. 11. Cette instruction sera suivie, et il sera procédé au jugement de l'accusé suivant les formes usitées dans la procédure par jurés.

Art. 12. Aucun accusé, en conséquence, ne sera déclaré coupable que par la sentence de ses pairs, et le juge ne pourra appliquer la loi ni prononcer la peine qu'après que les pairs de l'accusé l'auront déclaré coupable.

Art. 13. Pour faire jouir, le plus tôt possible,

(1) Peut-être en réformant le code civil, et surtout la loi civile, trouvera-t-on qu'il est possible d'introduire dans les affaires civiles le jugement par jurés, comme on propose de l'introduire dans les causes criminelles. Alors on parviendrait à diminuer encore le nombre des juges ; et s'il est vrai que dans un Etat bien ordonné, il ne doit y avoir que peu de juges et peu de lois, on se rapprocherait davantage du système d'une bonne Constitution.

la nation du bienfait de la procédure par pairs ou par jurés, il sera nommé incessamment par l'Assemblée nationale une commission, composée de personnes qu'elle estimera, soit dans son sein, soit au dehors, le plus recommandables par leurs connaissances en législation, et cette commission sera chargée de la rédaction d'un nouveau code de procédure criminelle, d'après les principes de la procédure par les jurés.

Art. 14. La même commission sera également chargée de la rédaction d'un nouveau projet de législation criminelle, où elle s'occupera de faire correspondre ensemble, de la manière la plus exacte, les délits et les peines, observant que les peines soient douces, et ne perdant pas de vue cette maxime : *Que toute peine qui n'est pas nécessaire est une violation des droits de l'homme, et un attentat du législateur contre la société.*

Art. 15. En attendant la réforme des tribunaux et la promulgation du nouveau code, et de la nouvelle législation criminelle, l'ordonnance de 1670, et les lois criminelles jusqu'à présent en usage, seront observées suivant leur forme et teneur, à l'exception de quelques-unes de leurs dispositions, qui demeurent abrogées par les dispositions contenues dans les articles suivants.

Art. 16. Aucun décret de prise de corps ne pourra être désormais décerné sans le concours de trois juges, et à la pluralité de deux sur un.

Art. 17. Tout accusé, dorénavant, aura le droit de se choisir un ou plusieurs conseils pour sa défense.

Art. 18. L'examen des faits justificatifs de l'accusé ne sera plus renvoyé après l'instruction du procès, et les témoins pour ou contre lui seront entendus en même temps à l'audience.

Art. 19. La peine de mort simple sera la plus forte qu'on puisse prononcer contre un coupable.

Art. 20. La peine de mort ne sera plus prononcée que dans le cas de meurtre ou de haute trahison.

Art. 21. La distinction des peines demeure dès à présent et pour toujours abolie.

Art. 22. La confiscation des biens du condamné n'aura lieu en aucun cas ; seulement s'il y a une partie plaignante au procès, et si elle articule et prouve quelque dommage de la part du condamné, il lui sera, sur les biens de ce dernier, adjugé une somme égale à l'estimation du dommage qu'elle aura souffert.

Art. 23. Il sera promulgué, durant cette session, une loi provisoire, portant réformation des lois criminelles et de l'ordonnance criminelle, dans celles de leurs dispositions seulement qui sont contraires aux articles 16, 17, 18, 19, 20, 21 et 22 du présent titre.

TITRE IV.

Des tribunaux et des juges en matière de police.

Art. 1^{er}. Il ne s'agit ici que de la police qui a pour objet de prévenir les délits, et non de la police qui administre les intérêts politiques et économiques de la cité.

Art. 2. La police sera exercée dans les villes, bourgs et villages, au nom des municipalités.

Art. 3. Il n'y aura d'autres juges de police que les juges de paix.

Art. 4. Afin que la police soit exactement administrée dans les villes, elles seront divisées en districts à peu près égaux en étendue, et chaque district aura son juge de paix.

Art. 5. Afin que la police soit exactement administrée dans les bourgs et villages, les bourgs et villages seront réunis en cantons ; et chaque canton aura sa municipalité et son juge de paix.

Art. 6. Il sera de plus nommé dans chaque district des villes quelques citoyens notables, lesquels feront les fonctions d'assesseurs auprès du juge de paix.

Art. 7. Il sera pareillement nommé, dans chaque canton, quelques citoyens notables, lesquels feront aussi les fonctions d'assesseurs auprès du juge de paix du canton.

Art. 8. On s'occupera incessamment de rédiger un code et une loi de police, ayant pour objet de déterminer les fonctions de municipalités, des juges de paix et de leurs assesseurs en matière de police, les formes des sentences des juges de paix, les circonstances où il sera permis d'appeler de leur sentence, le genre de peine qu'ils pourront prononcer, et spécialement les limites de leur surveillance et de leur autorité.

Art. 9. La rédaction de la loi et du code de police sera confiée à la commission chargée de la loi et du code criminel, la loi de police qui a pour objet de prévenir les crimes, devant absolument correspondre avec la loi criminelle qui a pour objet de les punir, et l'une et l'autre ne pouvant être portées au degré de perfection dont elles sont susceptibles, qu'autant qu'on les appuiera sur les mêmes principes, et qu'elles seront un seul et même ouvrage.

TITRE V ET DERNIER.

De l'élection et de la nomination des juges.

Art. 1^{er}. Nul citoyen ne pourra être élu juge avant trente ans.

Art. 2. Les juges des cours suprêmes de justice et des tribunaux ordinaires seront nommés par le Roi, sur la présentation que les assemblées provinciales lui feront de trois sujets pour chaque place vacante dans les cours ou les tribunaux.

Art. 3. Les juges des tribunaux de commerce et des amirautés seront élus et nommés à la pluralité des voix, et sans l'intervention du prince, dans l'assemblée des négociants, marchands et capitaines de navires, de chacune des villes où sera établi un tribunal de commerce ou une amirauté. Il n'y aura d'exception de cette règle que le président de chaque tribunal de commerce et de chaque amirauté, dont la nomination demeure réservée au Roi, comme celle des juges des cours et des tribunaux ordinaires, sur la présentation qui lui sera pareillement faite de trois sujets par l'assemblée des négociants, marchands et capitaines de navire, dont on vient de parler.

Art. 4. Les juges de paix et leurs assesseurs seront élus et nommés à la pluralité des voix, et sans l'intervention du prince, par les assemblées générales des municipalités.

Art. 5. On déterminera par une loi particulière quelles personnes pourront être élues juges d'une cour suprême de justice, ou d'un tribunal ordinaire.

Art. 6. On déterminera par une loi particulière quelles personnes pourront être élues juges ou présidents d'un tribunal de commerce ou d'une amirauté, et on fixera par la même loi la durée des fonctions, tant des présidents que des juges des tribunaux de commerce et des amirautés.

Art. 7. On déterminera par la loi constitutive des municipalités quelles personnes doivent être

élus juges de paix ou assesseurs de juges de paix, et on fixera par la même loi la durée des fonctions, tant des juges de paix que de leurs assesseurs.

Art. 8. Enfin on déterminera par la loi constitutive des assemblées provinciales tout ce qui concerne l'élection et la nomination des jurés (1).

M. Bergasse. Messieurs, ici se termine notre travail sur la constitution du pouvoir judiciaire.

C'est à regret qu'en nous occupant de la constitution de ce pouvoir, nous nous sommes vus forcés de vous proposer un ordre de choses absolument différent de celui qui est établi depuis si longtemps au milieu de nous.

S'il nous eût été possible d'améliorer simplement, au lieu de détruire pour reconstruire de nouveau, nous l'eussions fait d'autant plus volontiers que la nation n'a sans doute pas oublié tout ce qu'elle doit à ses magistrats, combien, dans des temps de trouble et d'anarchie, leur sagesse lui fut salutaire ; combien, dans des temps de despotisme, et quand l'autorité, méconnaissant toutes les bornes, menaçait d'envahir tous les droits, leur courage, leur fermeté, leur dévouement patriotique ont été utiles à la cause ; toujours trop abandonnée, des peuples ; avec quelles heureuses précautions ils se sont occupés de conserver au milieu de nous, en maintenant les anciennes maximes de nos pères, cet esprit de liberté qui se déploie aujourd'hui dans tous les cœurs d'une manière si étonnante et si peu prévue.

Tant d'efforts pour empêcher le mal méritent certainement de notre part une grande reconnaissance.

Malheureusement, quand on est appelé à fonder sur des bases durables la prospérité d'un empire, ce n'est pas de reconnaissance qu'il faut s'occuper, mais de justice ; ce n'est pas ce qu'on doit à plusieurs, mais ce qu'on doit à tous, qui peut devenir la règle de nos déterminations ; et les magistrats eux-mêmes nous blâmeraient certainement si, empêchés par les égards que nous faisons profession d'avoir pour eux, nous ne remplissions pas la tâche qui nous est imposée dans toute son étendue.

Or, il ne faut pas se le dissimuler, et les prin-

(1) On voit, par ces derniers articles, que ce ne sera que lorsqu'on aura constitué les états provinciaux et municipalités, dont il conviendrait au reste de s'occuper incessamment, qu'on pourra terminer ce qui regarde le pouvoir judiciaire ; et il ne faut pas s'en étonner : toutes les parties d'une Constitution se tiennent. Si chaque partie doit être travaillée à part, il serait donc sage de n'en adopter aucune définitivement, qu'autant qu'on les aurait toutes sous les yeux, et qu'on les verrait, pour ainsi dire, jouer ensemble : alors seulement on en saisirait bien les différents rapports ; et il deviendrait possible, en les comparant entre elles, de les perfectionner les unes par les autres, et de donner ainsi à la Constitution cette unité de principes et de résultats qui seule en fait la force et la durée.

D'après cette idée, peut-être serait-il convenable que l'Assemblée nationale ne décrétât, quant à présent, aucune partie de la Constitution d'une manière définitive, pas même la déclaration des droits ; ouvrage bien plus important et bien plus difficile qu'on ne l'imagine ; qu'elle se contentât simplement d'approuver, de rejeter ou de modifier, et qu'elle ne prononçât un jugement absolu qu'à l'époque seulement où le travail sur chaque point de la Constitution serait achevé, et où l'on pourrait présenter, dans un seul tableau, le développement de tous les principes qui en auraient dirigé les rédacteurs.

cipes que nous avons développés le démontrent avec trop d'évidence, les circonstances présentes demandent un autre ordre judiciaire que celui que nous avons si longtemps respecté. Notre magistrature était fortement instituée pour résister au despotisme ; mais maintenant qu'il n'y a plus de despotisme, si notre magistrature conservait toute la force de son institution, l'emploi de cette force pourrait facilement devenir dangereuse à la liberté.

Il est donc indispensable qu'une révolution absolue s'opère dans le système de nos tribunaux ; mais elle ne peut s'opérer en un moment, et d'autres établissements doivent être préparés avant que vous puissiez vous occuper du nouvel ordre judiciaire qui vous est proposé.

Cependant jamais empire ne s'est trouvé dans un état de dissolution plus déplorable que celui-ci ; tous les rapports sont brisés, toutes les autorités sont méconnues, tous les pouvoirs sont anéantis ; on renverse toutes les institutions avec violence ; on commande tous les sacrifices avec audace ; on s'affranchit avec impunité de tous les devoirs ; chaque jour éclaire de nouveaux excès, de nouvelles proscriptions, de nouvelles vengeances ; les crimes se multiplient de toutes parts, et la palme de la liberté ne s'élève encore au milieu de nous que couverte de sang et de pleurs.

Au sein de tant de désordres et d'anarchie, et quand jamais la justice n'eut besoin de se déployer avec un appareil plus imposant, que vous reste-t-il à faire ? Ce que vous avez déjà fait en partie, Messieurs, mais ce que vous n'avez peut-être pas fait d'une manière assez expresse. Il vous reste à demander un dernier acte de patriotisme à ces mêmes magistrats qui, en tant d'occasions, nous ont donné des preuves si éclatantes de leur amour pour le bien public. Ils voient, comme nous, que les provinces veulent une magistrature nouvelle, et qu'en vous proposant une autre constitution du pouvoir judiciaire nous ne faisons que céder au vœu généralement exprimé de nos commettants ; ils ne peuvent donc pas se dissimuler qu'une révolution dans l'administration de la justice devient inévitable ; mais ils voient en même temps comme nous, que si, jusqu'à l'époque de la création de cette nouvelle magistrature, les tribunaux demeuraient sans exercice, il serait impossible de calculer les maux de toute espèce qu'une telle inaction pourrait produire ; or, ils sont citoyens comme ils sont magistrats ; vous devez donc les inviter à seconder de tout leur pouvoir les efforts que vous faites pour rappeler la paix au milieu de vos concitoyens ; et il nous semble qu'ils s'empresseront d'autant plus à répondre à votre invitation, qu'il y a pour eux une véritable grandeur, dans l'instant même où la nation exige de leur part d'importants sacrifices, à s'occuper du bien public avec autant de zèle que si leur dévouement devait leur obtenir, ou une autorité plus puissante, ou des prérogatives plus étendues.

Ce n'est pas tout : les magistrats ne peuvent rien par eux-mêmes, si la force publique ne les environne ; il conviendrait donc aussi de rendre à la force publique tout le ressort qui lui est nécessaire pour agir avec efficacité. Qu'il me soit permis d'exprimer ici mon opinion personnelle : on ne m'accusera pas sans doute de ne point aimer la liberté ; mais je sais que tous les mouvements des peuples ne conduisent pas à la liberté ; mais je sais qu'une grande anarchie produit promptement une grande lassitude, et que le despotisme, qui est une espèce de repos, a pres-

toujours été le résultat nécessaire d'une grande anarchie. Il est donc bien plus important qu'on ne le pense de mettre fin aux désordres dont nous gémissons; et si on ne peut y parvenir qu'en rendant quelque activité à la force publique, il y a donc une véritable inconséquence à souffrir qu'elle demeure plus longtemps oisive. Qu'on ne me dise pas que cette force peut encore devenir dangereuse. D'abord, je ne sais pourquoi, je pense que les hommes qui se défont toujours sont nés pour la servitude; que la confiance est l'apanage des grands caractères, et que ce n'est que pour les hommes à grands caractères que la Providence a fait la liberté. Et puis, qu'a-t-on à redouter quand tous les citoyens sont à leur poste, quand une profonde révolution s'est faite dans les habitudes sociales, quand les préjugés auxquels nous obéissons ne sont déjà plus que d'antiques erreurs, quand, à force d'expérience, d'infortunes, on est enfin parvenu, non pas simplement à connaître, mais à sentir qu'on ne peut être heureux qu'avec la liberté? Laissons donc là toutes ces craintes pusillanimes; et lorsque nous disposons d'une somme incalculable de moyens pour amener à sa perfection l'ouvrage que nous avons commencé, ne souffrons plus des désordres qu'il est de notre devoir, autant que de notre intérêt de prévenir. Que le chef de cet empire, que ce Roi que vous venez de proclamer à si juste titre, et avec tant de solennité, le restaurateur de la liberté française, s'entende avec vous pour rétablir le calme dans nos provinces; que, par vos soins réunis, par une surveillance commune, aucun jour de désolation ne se mêle aux jours qui vont se succéder; que pour l'honneur de l'humanité cette révolution soit paisible, et que désormais le bien que vous êtes appelés à faire ne laisse, s'il se peut, dans l'âme d'aucun de vos concitoyens, ni regrets amers, ni souvenirs douloureux.

Le discours de M. Bergasse est vivement applaudi; l'Assemblée en ordonne l'impression.

— On fait différents rapports.

Plusieurs nobles de Bretagne ont été arrêtés par la milice bourgeoise.

Le rapporteur propose de décréter que cette affaire sera renvoyée au ministre et que M. le président communiquera ce renvoi aux membres des comités permanents de Nantes et de Saint-Malo, en leur annonçant que l'opinion de l'Assemblée était que les gentilshommes détenus devaient être libres de se rendre où bon leur semblerait.

M. le baron de Marguerites fait ensuite lecture d'une lettre signée par MM. les gentilshommes bretons, actuellement à Brest, par MM. les officiers de l'artillerie et du génie des régiments de Normandie et de Beauce, et par le commandant en second de la marine; dans cette lettre, MM. les gentilshommes bretons se plaignent amèrement du soupçon injurieux que l'on voudrait répandre sur la noblesse de la province, relativement au complot formé contre le port de Brest, d'après l'annonce vague de M. l'ambassadeur d'Angleterre; ils ajoutent que de pareils bruits ne sont propres qu'à semer la défiance et la division entre les diverses classes de citoyens d'une grande province, ainsi qu'à donner lieu à des actes répréhensibles, également contraires à la liberté individuelle, à l'ordre public et à l'honneur national; qu'en conséquence il est urgent d'engager M. le duc de Dorset à donner des rensei-

gnements plus précis relativement au complot qui a, dit-on, menacé le port de Brest, afin que s'il est avéré qu'aucun gentilhomme breton ne s'est rendu coupable de cette affreuse trahison, un témoignage public anéantisse promptement les effets de la calomnie; et afin aussi que si quelque gentilhomme se trouve convaincu d'avoir trempé dans ce complot criminel, son nom soit voué à l'exécration publique, la noblesse n'ayant rien de plus à cœur que d'appeler sur la tête du coupable la vengeance des lois.

Une lettre datée de Rennes, signée par les commissaires des Etats de Bretagne témoigne les mêmes sentiments, et annonce qu'ils ont cru se devoir à eux-mêmes et à leurs concitoyens d'exciter les recherches de tous ceux qui pourraient concourir à dévoiler une trame aussi odieuse, et qu'ils se sont adressés à cet effet à MM. les comtes de Montmorin et de Saint-Priest, ministres du Roi, ainsi qu'à M. le comte de Thiers, commandant en chef en Bretagne.

L'Assemblée, après une longue discussion, a cru qu'il n'y avait pas lieu de délibérer, et il est arrêté que M. le président communiquera en réponse cette décision tant à MM. les commissaires des Etats de Bretagne qu'à MM. les gentilshommes bretons actuellement à Brest.

M. le Président invite les comités des finances, des rapports et tous les bureaux à se réunir ce soir à six heures.

La séance est levée.

ASSEMBLÉE NATIONALE.

PRÉSIDENCE DE M. LE COMTE DE CLERMONT-TONNERRE.

Séance du mardi 18 août 1789.

M. le Président a annoncé à l'Assemblée que M. le comte de Lally-Tollendal et M. l'abbé Sieyès sortaient de place, le temps d'exercice de leurs fonctions étant expiré; que M. l'abbé de Montesquiou abandonnait aussi le secrétariat par la voie du sort, et qu'ils étaient remplacés par MM. de Talleyrand-Périgord, évêque d'Autun, le comte de Montmorency, et l'abbé de Barmond.

Un de MM. les secrétaires a donné lecture des adresses de la ville et communauté de Millau en Rouergue; de la ville de Montaigu en Poitou; des citoyens de tous les ordres de la ville et vicomté d'Auvillard en Guyenne; de la commune de Châteaulin en Bretagne; de la ville de Monteils, près Montauban; du village d'Hargicourt, bailliage de Saint-Quentin; des trois ordres de la ville de Lorient; des trois ordres de la ville de Bressuire; de la ville de Dormans; des trois ordres de la ville de Vic; de la ville haute de Carcassonne; des habitants de la municipalité de Saverne; des trois ordres de Marseille, en faveur de M. de Beausset, chanoine de Saint-Victor; du bourg de Bigny, sénéchaussée de Brignols; de la ville de Saint-Ambroise; de la ville de Saint-Paul-trois-Châteaux en Dauphiné; et de la ville de Nègre-Pelisse.

Il a été rendu compte de l'hommage que les membres de l'association de bienfaisance judiciaire de la ville de Paris, ont fait à l'Assemblée de leur règlement.

Il a été fait part aussi de l'offre noble et géné-

Rapport sur le projet du code pénal de Monsieur Lepeletier De Saint Fargeau
Assemblée Nationale Constituante - 22 et 23 mai 1791

Archives Parlementaires

ASSEMBLÉE CONSTITUANTE.

~~~~~

## RAPPORT

SUR LE PROJET DU CODE PÉNAL,

*Fait au nom des Comités de constitution et de  
législation criminelle, par MICHEL LEPELETIER  
SAINT-FARGEAU.*

(Séances des 22 et 23 mai 1791.)

~~~~~

MESSIEURS, le mot de Code pénal rappelle à des législateurs un devoir pénible. Vous allez enfin descendre dans ces sombres régions des crimes et des supplices pour y contempler le plus affligeant spectacle, celui de l'homme coupable et de l'homme souffrant. C'est là que dans le *cahos* informe de nos anciennes institutions, vous trouverez presque à chaque pas la morale et l'humanité outragées ; des faits innocens ou des fautes légères érigées en grands attentats ; la présomption du crime punie souvent

comme le crime même ; des tortures atroces imaginées dans des siècles de barbarie , et pourtant conservées dans des siècles de lumières ; nul rapport entre les délits et les peines , nulle proportion entre les peines des différens délits ; le méchant poussé par la loi même au dernier degré du crime , parce que dès ses premiers pas il trouve le dernier degré du supplice ; en un mot des dispositions incohérentes , sans système , sans ensemble , faites à des époques diverses , la plupart pour des circonstances du moment , qui jamais n'ont été rassemblées en corps de lois , mais qui éparses dans de volumineux recueils , tantôt étaient oubliées , tantôt remises en vigueur , et dont l'absurdité féroce ne trouvait de remèdes que dans cet autre abus , celui d'être interprétées et modifiées arbitrairement par les juges.

Dès long-temps l'humanité avait emprunté la voix de la philosophie et de l'éloquence pour dénoncer à l'opinion publique ces funestes erreurs de notre législation criminelle ; quelques juges même , il faut le dire , obligés de prononcer contre la loi ou contre leur conscience , pressaient avec instance l'ancien gouvernement de les délivrer par un nouveau Code de cette alternative pénible : une réclamation universelle , un vœu général entourait le sanctuaire et sollicitait l'oracle ; mais il ne s'agissait ni d'accroître une autorité arbitraire , ni d'étendre les droits du fisc.... Et l'oracle est resté muet !

DE LEPELETIER.

91

Il vous était réservé, Messieurs, d'opérer cette réforme si désirée ; et le nouveau système de procédure criminelle que vous avez adopté, ne permet pas de différer plus long-temps l'établissement du nouveau système des peines : ces deux parties du travail sont intimement liées ; les jurés ne peuvent être en activité qu'après la formation du Code pénal, car la procédure par jurés exclut tout arbitraire, et l'arbitraire seul tempérait les vices des anciennes lois criminelles.

Les deux comités que vous avez chargés de vous en tracer le plan, l'ont médité avec tout le soin qu'exigeaient sa délicatesse et son importance. Il a été satisfaisant pour eux de pouvoir porter dans cette réforme les principes d'humanité qui vous animent ; mais là ne se bornait pas leur mission : ils ont senti que la société avait aussi des droits à réclamer ; qu'il fallait pour la tranquillité publique des peines efficacement répressives, et que la plus dangereuse de toutes les erreurs politiques serait le système de l'impunité des crimes. Puissent leurs efforts avoir rempli ce double objet ! puissent-ils, justement sévères envers les méchants sans oublier jamais que les condamnés sont des hommes, avoir conçu quelques idées salutaires ! S'ils ont pu épargner même au coupable, une douleur inutile pour la répression et pour l'exemple ; si par une exacte proportion entre les délits et les peines, ils ont pu

opposer au crime un frein efficace, ils seront bien récompensés du travail ingrat et pénible auquel, suivant vos ordres, ils ont consacré long-temps leurs méditations et leurs soins.

Avant d'entrer dans la discussion de ce plan, il est, Messieurs, une première observation que nous vous prions de ne pas perdre de vue pour l'intelligence de notre travail.

Le Code pénal ne comprend uniquement que les crimes susceptibles d'être poursuivis par la procédure par jurés, et les peines applicables à ces seuls crimes.

Quant aux autres délits d'une nature moins grave, susceptibles d'une correction plus légère et d'une poursuite moins solennelle, vos comités n'ont pas cru en devoir embarrasser le travail actuel, et ils se contenteront de vous indiquer ici en peu de mots leurs vues à cet égard.

Il paraît convenable de distinguer quatre sortes de police :

La police municipale ;

La police correctionnelle ;

La police constitutionnelle ;

La police de sûreté.

La police municipale sera, conformément à vos décrets, exercée par les officiers municipaux, avec appel de leurs jugemens aux tribunaux de district. Elle a pour objet les contraventions aux réglemens

de police, les troubles apportés au bon ordre et à la tranquillité des rues, marchés, foires et places publiques; elle pourra infliger des peines correctionnelles aux délinquans, telles qu'amendes, injonctions, détentions pendant quelques jours, ainsi que vous l'avez déjà décrété.

La police correctionnelle sera exercée par le juge-de-peace, avec appel au tribunal de district. Elle aura pour objet tout ce qui était connu autrefois sous le nom de petit criminel, les rixes, coups, injures, escroqueries et autres délits auxquels vos comités ont pensé qu'il était impossible d'appliquer la solennité du juré; elle pourra infliger, après une procédure sommaire, des peines telles qu'amendes, injonctions et même détention correctionnelle pendant un temps déterminé.

Le travail de ces deux espèces de police est achevé, et un des membres de vos comités s'est chargé de vous le présenter incessamment.

La troisième espèce de police dont vos comités ont conçu l'idée, est la police constitutionnelle: celle-ci a pour objet les fautes de différens fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, mais dont la gravité ne comporte pas une procédure criminelle. Cette police sera exercée par les supérieurs envers leurs subordonnés: ses moyens de répression sont les monitions, réprimandes, cassation des actes et des corps, suspensions

et interdictions momentanées des fonctionnaires ; ses principes et ses détails se trouvent dispersés dans les décrets relatifs à l'organisation de chacun des pouvoirs que vous avez constitués.

Aucune des peines qui seront appliquées par ces trois espèces de police n'emportera avec elle infamie, et elles laisseront dans leur entier les droits politiques et civils de ceux qui les auront subies.

Enfin la quatrième espèce de police est la police de sûreté. Elle a pour objet de réprimer les crimes susceptibles de la procédure par juré, c'est-à-dire les crimes qui méritent peine afflictive ou infamante : ces crimes sont distingués de tous les autres délits par leur importance, par la solennité de la procédure contre les accusés, par la nature et la gravité des peines prononcées contre les coupables.

Entre ces quatre espèces de police, le Code pénal n'appartient qu'à la dernière ; il peut être considéré comme le complément du décret sur les jurés : ces deux lois réunies forment ensemble le Code criminel, l'une en prescrivant les peines et spécifiant les délits dont l'autre a déterminé le mode et les formes de la poursuite.

Veillez, Messieurs, conserver dans vos esprits cette observation ; sans elle le Code pénal pourrait vous paraître incomplet, car beaucoup de délits n'y sont pas compris ; mais vos comités ont pensé que ce serait absolument sortir le juré de

l'objet de son institution que de l'appliquer à l'examen des moindres contraventions : la difficulté de sa convocation, le déplacement long et lointain des jurés et des témoins, la solennité de cet examen, doivent faire réserver cette procédure pour les crimes caractérisés, et il nous a paru indispensable d'adapter auxiliairement au juré des formes promptes, simples et faciles pour la répression habituelle des offenses légères qui blessent l'ordre social ; et le Code pénal ainsi réduit se divise en deux parties :

La première comprend la description des peines ;

La seconde, l'énumération des crimes et leur punition.

Ce rapport a principalement pour objet de développer les principes de la première partie, c'est-à-dire la théorie du nouveau système pénal.

A l'égard de la seconde partie, vos comités se réservent dans le détail des articles, de joindre quelques observations particulières ; quant à présent il leur suffit de vous présenter sur cette énumération des délits une seule pensée générale.

Vous allez enfin en voir disparaître cette foule de crimes imaginaires qui grossissaient les anciens recueils de nos lois.

Vous n'y retrouverez plus ces grands crimes d'hérésie, de lèse-majesté divine, de sortilège et de magie, dont la poursuite vraiment sacrilège a

TABLE DES MATIERES

A REVOIR !!!

LES REPRESENTATIONS DU JUGE CRIMINEL DANS LA PENSEE POLITIQUE FRANCAISE AU XVIIIème SIECLE (1748 - 1791)

INTRODUCTION.....	6
PREMIÈRE PARTIE : LA CRISE DES REPRÉSENTATIONS DU UGE CRIMINEL D'ANCIEN RÉGIME (1748-1766).....	33
CHAPITRE I : LA FIGURE DU JUGE ÉCARTELÉE ENTRE IDÉALISATION ET STIGMATISATION.....	40
Section 1 : Les Mercuriales de d'Aguesseau et l'idéalisation professionnelle et morale du juge.....	33
§ 1 L'idéalisation professionnelle du juge.....	34
A) Un juge vertueux et désintéressé.....	36
B) L'exemple des Anciens ou la déontologie parfaite.....	35
§ 2 L'idéalisation morale du juge.....	41
A. La vanité et la discipline judiciaire ou le pessimisme du chancelier.....	41
B. L'espoir d'une réforme judiciaire salutaire.....	43
Section 2 : Le juge anglais ou l'utopie tronquée de la Common Law.....	44
§1 : Un mouvement des Lumières « anglophile ».....	46
A) Georges III ou le retour de l'Angleterre.....	46

B) La question de l'utopie au siècle des Lumières : une source anglophile.....48

§2 : La Common Law : une réalité judiciaire en demi-teinte.....51

A. Un système juridique a priori idéal.....51

B. L'avocat dans la procédure pénale anglaise au siècle des lumières.....53

Section 3 : Une procédure criminelle désuète : L'Ordonnance criminelle de 1670.....55

§1 : L'inadaptation du système des preuves légales.....58

A. Le régime juridique de la preuve légale.....58

B. L'inadaptation structurelle de la preuve légale.....59

§2 : L'Ordonnance criminelle et l'exécution de la peine pénale.....62

A. Le spectacle pénal : une pratique anachronique.....62

B. L'ordonnance criminelle de 1670 : entre équité processuelle et peine rétributive.....64

CHAPITRE DEUX : LES DÉNONCIATIONS PHILOSOPHIQUES ET POLITIQUES DE L'ARBITRAIRE.....68

Section 1 : Le juge « automate » de Montesquieu.....71

§ 1 Un juge automate a priori révolutionnaire.....72

A) La séparation des pouvoirs : innovation politique ou retour en arrière ?.....72

B) Montesquieu, le juge aristocrate et l'Angleterre : une ambiguïté en trompe l'œil.....74

§ 2 Une figure alternative et nuancée du juge pénal.....76

- A) Le juge de Montesquieu : un juge dans l'air du temps.....76
- B) Une vision réactionnaire et nobiliaire de la justice : « le vrai » Montesquieu.78
- C) Montesquieu : une bifurcation politique et judiciaire.....79

Section 2 : Voltaire et la « médiatisation » de l'erreur judiciaire.....81

§1 Voltaire polémiste tardif, très vite encensé.....83

- A. L'affaire Calas ou les vrais débuts de Voltaire.....83
- B. Voltaire et les idées politiques : un apport limité et en trompe l'œil84

§2 Voltaire, un anglophile conforme à son temps.....88

- A. L'exaltation voltairienne pour le royaume d'outre-manche : une communication bien pensée.....88
- B. Les paradoxes voltairiens ou les limites de la « médiatisation » de l'erreur judiciaire.....90

Section 3 : La figure du juge dans l'Encyclopédie.....93

§1 Le juge tel qu'envisagé par les Encyclopédistes90

- A) L'entrée « Juge » dans l'Encyclopédie.....94
- B) L'entrée « loi pénale » et autres entrées complémentaires.....96

§2 Le chevalier de Jaucourt : L'encyclopédiste face à la figure judiciaire.....98

- A. Un encyclopédiste de son temps : symbole du rejet de l'arbitraire judiciaire.99
- B. Le chevalier de Jaucourt : un intellectuel marginalisé.....105

Section 4 : Rousseau face à ses juges : la critique d'une république judiciaire dans Lettres écrites de la Montagne.....111

§1 Les reproches philosophiques de Rousseau à la justice de son temps.....112

- A) La critique juridique des juges genevois.....113

B) La critique politique des juges genevois.....	117
§2 Jean-Jacques Rousseau précurseur de Cesare Beccaria.....	119
A. La dénonciation spéieuse de l'arbitraire judiciaire.....	119
B. L'Angleterre libérale face à la république genevoise liberticide.....	121

DEUXIÈME PARTIE : LA CONSTRUCTION D'UNE NOUVELLE FIGURE DU JUGE À L'ÉPREUVE DE LA RÉVOLUTION (1766-1791).....132

CHAPITRE UN : LE LÉGICENTRISME DE BECCARIA ET SON IMPACT SUR LA FIGURE DU JUGE (1766 - 1789).....136

Section 1 : Une réfutation profonde des thèses judiciaires de l'ancien droit.....138

§1 Beccaria, symbole de la révolte convergente contre le juge d'ancien régime.....	140
A. Beccaria pénaliste : un souffle nouveau du duché de Milan vers la France.....	140
B. Cesare Beccaria ou l'avènement normatif français.....	142
§2 Montesquieu et Beccaria : une paternité discutable.....	144
A. Montesquieu dans le traité de Beccaria : un nouveau John Locke ?.....	144
B. Démarche comparative entre les deux théoriciens.....	145

Section 2 : Une figure nouvelle du juge criminel.....147

§1 Une figure du juge novatrice mais rigide.....	148
A. La rénovation totale de la figure judiciaire par Cesare Beccaria.....	148
B. Un système pénal d'utopie ou le Beccaria utopiste.....	149
§2 Les limites inhérentes au système beccarien.....	150
A. Un système pénal trop strict.....	150
B. La question de l'intention : grande absente de la philosophie de Beccaria.....	152

Section 3 : Des représentations divergentes pour un objectif convergent.....154

§1 La critique du juge de l'ancien droit : un leitmotiv des Lumières.....	155
A. La critique juridique de l'ancien droit.....	155
B. La critique politique de l'ancien droit.....	156
§2 La critique sous-jacente de la fonction régaliennne.....	157
§3 Les figures judiciaires alternatives : un succès d'époque.....	158
A. Le succès de Montesquieu, Voltaire et Beccaria.....	158
B. Des rois réformateurs en Europe et un immobilisme français.....	159

CHAPITRE DEUX : LE JUGE IDÉAL DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE (1789 – 1791).....162

Section 1 : L'Assemblée Constituante et le juge : Le rêve discursif d'une « Cité idéale de la Justice ».....165

§1 Les Constituants et la Justice : entre désir utopique de refonte judiciaire et méfiance absolue du juge pénal.....	166
A. La volonté de bâtir une « Cité idéale de la Justice ».....	170
a) Un discours empreint de la philosophie politique des Lumières.....	173
b) Un discours novateur préfigurant la nouvelle justice.....	176
B. Les difficultés pratiques de la « Cité idéale de la Justice ».....	184

§2 Le baptême du feu de l'Assemblée nationale constituante : entre doutes politiques et débats rhétoriques sur la question judiciaire.....	192
A. La question géographique des tribunaux.....	192
B. La question de la durée des juges.....	197
C. La question sensible de la nomination royale.....	198
D. L'ultime question ou le débat sur le parquet.....	200
Section 2 : Le juge criminel face au jury populaire.....	203
§1 Le refus idéologique et technique du jury anglo-saxon.....	204
A. Les arguments politiques du refus du jury civil par les Constituants.....	205
B. Le compromis politique insatisfaisant : le plan de Thouret.....	214
§2 Le juge criminel de l'Assemblée Constituante : révélateur du processus de radicalisation des « fils de la révolution ».....	218
A. L'affaiblissement du juge en raison du double jury au criminel.....	219
B. Le juge criminel, victime procédurale du transfert de souveraineté nationale.....	219
C. L'illusion du citoyen-juge ou la grande illusion de l'Assemblée Constituante...	220
D. Perspectives et enjeux historiographiques	227
CONCLUSION.....	230
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE.....	244
ANNEXES.....	285
TABLE DES MATIERES.....	333

INDEX NOMINUM

- A**
- Aristophane, 17
Aristote, 186
Augustin, 17
- B**
- Barnave, 197, 199, 207, 210, 213, 217
Beaumarchais, 20
Beccaria, 32, 85, 93, 101, 103, 109, 124, 135, 137, 142, 154, 155, 156, 157, 160, 163, 179, 202, 230
Adoucissement des peines, 145
Des délits et des peines, 129, 144
Légalité des peines, 146
Montesquieu, 147, 148
pénologie, 93
Pénologie, 151
Procédure inquisitoire, 149
Rousseau, 128
Utilitarisme, 159, 224
Utopies, 152
- BECCARIA, 140**
- Bergasse, 172, 174, 175, 176, 184
Angleterre, 182
Arbitraire du juge, 181
Avocats, 181
Jury, 172
Jury criminel, 183
Justice citoyenne, 177
Procédure, 180
- Bodin, 82
Boucher d'Argis, 137, 231
Brillat-Savarin, 186
Briois de Beaumetz, 198
Brissot, 98, 220
Buzoche, 198
- C**
- Cazalès, 179, 185, 208
Chabroud, 188, 190, 192, 198
Chrétien de Troyes, 18
Clermont-Tonnerre, 198
- D**
- d'Aguesseau, 46, 50
D'Aguesseau, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 133
- Montesquieu, 45
Vertus du magistrat, 48
d'Alembert, 78, 129, 133, 137
D'Alembert, 32, 99, 107
Diderot, 99, 107, 109, 111, 115, 129, 133
Duport, 185, 186, 187, 188, 190
- E**
- Eschyle, 17
- F**
- Fréteau, 191
- G**
- Garat l'ainé, 198
- J**
- Jaucourt, 99, 100, 101, 103, 104, 110
Abolitionnisme, 113
Angleterre, 111
Encyclopédie, 103, 229
Loi pénale, 102
Montesquieu, 103, 107, 108
Rousseau, 114
- L**
- La Bruyère, 20, 94, 98
La Fontaine, 89, 94, 98
La Reveilleire, 198
Lamoignon, 22, 41, 42, 65, 162, 176
Le Chapelier, 191
Lepelletier de Saint Fargeau, 201, 219
Locke, 80, 81, 96
- M**
- Machiavel, 8, 14
Marat, 98
Maupeou, 21, 41, 42, 65, 176
Maury, 198
Mirabeau, 165, 198, 199
Molière, 19
Le Bourgeois gentilhomme, 20
Montesquieu, 8, 28, 39, 43, 160, 175, 182, 209, 210, 237
Angleterre, 57, 82, 83
- Beccaria, 147
Droit romain, 77
Juge automate, 78, 79, 80
Juge pénal, 83, 88
Justice nobiliaire, 158
Machiavel, 82
Offices de judicature, 85
Pairie, 149
Théorie des climats, 108
Thèses parlementaires, 148
Mougins de Roquefort, 198
Muyart de Vouglans, 231
- P**
- Plaute, 7
Prugnon, 194, 206
Pussort, 19
- R**
- Racine, 19, 76
Tartuffe ou l'Imposteur, 19
Robespierre, 132, 138, 156, 167, 175, 236
Roederer, 198
Rousseau, 35, 82, 93, 96, 105, 116, 118, 122, 127, 129, 130, 132, 148, 150, 156
Angleterre, 126
Beccaria, 124, 128
Conseil de Genève, 118
Lettres écrites sur la montagne, 117, 124
- S**
- Sieyès, 208, 211, 212
- T**
- Thomas d'Aquin, 17
Thouret, 212, 213, 214, 215, 217
- V**
- Verri, 142
Voltaire, 27, 33, 35, 39, 57, 62, 74, 88, 92, 93, 96, 99
Affaire Calas, 90
Angleterre, 55, 94, 97
Common Law, 95
Humanitarisme, 98
Opinion publique, 78, 94

RESUME

Cette thèse sur la fin de l'Ancien Régime s'étend de 1748 à 1791. Ce travail de recherche est une exploration de la figure judiciaire et de ses représentations savantes et populaires sur la période donnée. Ainsi Les philosophes du XVIIIème siècle contribuent largement grâce à leurs théories politiques à un renouveau théorique des représentations judiciaires. Ce renouveau s'accompagne également d'une fécondité littéraire dans le genre utopique. Ceci est bien la preuve que la question pénale est une question politique à la veille de la Révolution Française.

Ce travail de renouveau judiciaire se poursuit, sous un angle pratique, avec l'Assemblée Nationale Constituante entre 1789 et 1791. C'est probablement ici que se situe la rupture entre les députés constituants et les philosophes des Lumières. Les premiers vont mettre en place un système judiciaire où seule la logique existe. Ce système est motivé par une haine du juge pénal du XVIIIème siècle. Les seconds, les philosophes, critiquaient le juge dans un souci d'exigence de liberté. Ils sont à ce titre le prolongement de l'humanisme et les précurseurs du libéralisme.

SUMMARY

This thesis on the end of the Ancien Régime extends from 1748 to 1791. This research work is an exploration of the judicial figure and its scholarly and popular representations on the given period. Thus, the philosophers of the eighteenth century contribute largely through their political theories to a theoretical renewal of judicial representations. This renewal is also accompanied by literary fecundity in the utopian genre. This is proof that the criminal question is a political question on the eve of the French Revolution. This work of judicial renewal continues, from a practical point of view, with the National Constituent Assembly between 1789 and 1791. It is probably here that lies the break between the constituent deputies and the Enlightenment philosophers. The former will put in place a judicial system where only logic exists. This system is motivated by a hatred of the 18th century criminal court. The second, the philosophers, criticized the judge for the sake of

the need for freedom. They are in this respect the extension of humanism and the precursors of liberalism.

NICE - 2019