

Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières

François TRICAUD

Professeur émérite à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

RÉSUMÉ. — De 1748, date de *L'Esprit des Lois*, à 1788, date de décisions royales qui annoncent de profondes réformes du système répressif, l'opinion publique abandonne progressivement, mais rapidement et complètement, la philosophie pénale qu'illustrait l'Ordonnance de 1670, pour s'attacher à des principes nouveaux, largement diffusés par des auteurs tels que Beccaria et Voltaire. L'article s'attache à suivre cette évolution, principalement du point de vue des remises en question de la procédure criminelle.

I. — DÉLIMITATION DU PROPOS

Occasionnée par un travail collectif sur le procès, la présente contribution concerne le déroulement du procès, et surtout les doléances qui s'expriment à ce sujet, à l'âge des Lumières. Parce qu'on ne peut pas tout dire, nous laisserons de côté le procès civil. Il se pourrait du reste qu'en dépit de quelques affaires retentissantes (qu'on songe à Beaumarchais et au conseiller Goëzman), la remise en cause de la procédure pénale ait tenu plus de place dans les débats du temps que la critique de la justice civile.

Parlant seulement du procès, nous n'étudierons pas le problème, voisin, de la peine. Celle-ci sera néanmoins à l'horizon de notre recherche, d'abord, bien entendu, parce que la principale fonction du procès criminel est de décider de la peine, mais plus précisément aussi parce que nous restreindrons notre attention aux procès susceptibles d'entraîner la peine capitale. Cette limitation pourrait se justifier par l'impossibilité de travailler sérieusement, en quelques pages, sur un domaine aussi étendu et aussi varié que celui du procès criminel de l'Ancien Régime *en général*. Mais on peut faire observer, en outre, qu'à cette époque les affaires capitales, obligatoirement réexaminées par les cours souveraines, engageaient la responsabilité de l'institution beaucoup plus directement que le fonctionnement bon ou moins bon des tribunaux inférieurs. Elles étaient du reste infiniment plus nombreuses que les procès d'assises qui en France, au XX^e siècle, à la veille de l'abolition, pouvaient s'achever par une condamnation à mort ¹.

¹ Dans son *Discours sur la Nécessité et les Moyens de supprimer les Peines capitales*, prononcé en 1770, publié en 1782 à Berlin dans la *Bibliothèque philosophique du Législateur, du Politique, du Jurisconsulte*, tome IV, Philippon affirme que du 1^{er} janvier 1760

Notre enquête ne concernera que la France. Ce sera sans doute là sa grande faiblesse. En effet, en matière de théorie pénale ou de réforme de la procédure criminelle traditionnelle, la France du XVIII^e siècle n'est nullement à la pointe du progrès². Plusieurs pays du continent abandonneront la torture avant elle. Et quant à l'Angleterre, la place qu'elle donne au jury dans son système répressif en fait, comme nous le verrons, la référence quasi constante de ceux qui rêvent alors d'une rénovation du système judiciaire. Mais la relative inertie des institutions françaises, jusqu'à la grande fracture, n'empêche pas Paris d'être le centre intellectuel de l'Europe des Lumières, et de ce fait le lieu où vient s'exprimer, d'une manière ou d'une autre, tout ce que le siècle a à dire en matière de justice pénale.

Notre sujet pourrait donc être formulé comme suit : les penseurs des Lumières face à la procédure criminelle. Ce libellé est correct, en gros. Vues de près, les choses sont, comme toujours, moins simples. Ainsi, le plus grand philosophe de langue française du XVIII^e siècle, J.-J. Rousseau, ne s'est guère intéressé aux problèmes du prétoire. Et nous verrons à l'inverse que la législation criminelle de l'époque est attaquée aussi par des hommes tout à fait éloignés, pour des raisons doctrinales ou seulement chronologiques, du parti des philosophes : les exemples (signalés ci-après) de Claude Fleury et de Jacob-Nicolas Moreau montrent qu'on pouvait être pour les réformes sans être pour les Lumières – même si c'est là une situation assez rare.

En outre, quand on considère l'évolution des esprits dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, relativement au problème qui nous intéresse, on s'aperçoit vite qu'il est difficile de distinguer ce qui vient de l'action militante d'un groupe d'intellectuels, de ce qui appartient à un changement collectif des réactions affectives, plus profond, indépendant des livres que les gens lisaient ou ne lisaient pas. Ainsi, il nous semble que la répudiation progressive de la torture procède d'un développement de la sensibilité dont les « philosophes » n'ont eu ni l'initiative ni le monopole.

En bref, il y a quelque approximation à concevoir les faits qui vont être rappelés comme le combat des Lumières en faveur d'une humanisation du procès criminel. Si cette façon de présenter les choses peut être tolérée à la rigueur, ce n'est que dans la mesure où il est presque impossible de penser sans simplifier la réalité.

II. — L'ORDONNANCE DE 1670

On sait que jusqu'en 1788, le déroulement du procès criminel est régi par l'Ordonnance de 1670 (qui sera légèrement amendée en 1780, un peu plus en 1788). À son apparition, dit Esmein, l'Ordonnance « fut plutôt bienfaisante que rigoureuse. Les

au ler janvier 1770, il y eut cent-deux exécutions capitales à Lyon. Il donne des chiffres comparables, *mutatis mutandis*, pour Dijon, Aix, Grenoble, Chambéry, Valence (pp. 13-14).

² Robert Badinter, dans son essai « Présence de Beccaria », qui sert d'introduction à la traduction du traité *Des Délits et des Peines* par M. Chevallier, publiée par Flammarion en 1991 dans la collection GF, donne les dates suivantes pour l'abolition de la torture : en Suède, 1772 ; en Pologne, 1776 ; en Toscane, 1786 (avec abolition concomitante de la peine de mort) ; en Autriche, 1787 (p. 26). En Russie, Catherine II se réclame elle aussi d'une référence insistante à Beccaria, mais R. Badinter voit là une simple opération publicitaire. En France, comme on le verra ci-après, l'abolition de la torture a lieu en deux étapes, en 1780 et 1788.

abus qu'elle supprimait ne se fussent point corrigés d'eux-mêmes, les rigueurs qu'elle consacrait s'étaient imposées sans loi »³. En dépit de quelques résistances, ce texte reconnu nécessaire restera longtemps à l'abri des critiques. Très isolée apparaît la position de l'abbé Fleury qui, aux alentours de 1700, écrit dans son *Avis à Louis, duc de Bourgogne, puis dauphin* : « Réformer notre procédure criminelle tirée de celle de l'Inquisition ; elle tend plus à découvrir et punir les coupables, qu'à justifier les innocents »⁴. Au milieu du siècle, les choses n'auront guère évolué, sauf sur le chapitre de la torture, qui suscite chez quelques-uns une gêne ou une réprobation croissantes. Or, à la veille de la Révolution, tout le monde fait écho (sans trop le savoir) au sévère jugement de Fleury. Et les multiples projets de réforme qui voient alors le jour s'inspirent de principes fort proches de ceux qui gouvernent aujourd'hui notre droit pénal. On est donc passé, en moins de deux générations, d'un système qui nous est aussi étranger que la science des médecins de Molière, à une conception de la justice criminelle qui ne nous dépayse guère.

C'est ce grand changement des mentalités que nous examinerons ici. Symboliquement, mais non pas arbitrairement, nous partirons de 1748, date de *L'Esprit des Loix* ; et nous nous arrêterons en 1788, année où Louis XVI, tout en apportant quelques corrections à l'Ordonnance, annonce qu'elle va faire l'objet d'une complète refonte.

Rappelons brièvement, non pas le contenu entier de l'Ordonnance de 1670, mais celles de ses dispositions qui seront le plus souvent mises en question. Ce sont : le serment imposé à l'accusé ; le secret de la procédure ; l'absence d'avocat (s'il s'agit de crimes capitaux autres que les malversations financières) ; le système des preuves dites « légales » (en réalité, définies par la « coutume savante »)⁵ ; la question « préparatoire » (pour obtenir l'aveu) et « préalable » (pour obliger le condamné à révéler ses complices) ; les « monitoires » (c'étaient des questionnaires qui, en cas de besoin, étaient publiés au prône et enjoignaient aux paroissiens, sous peine d'excommunication, de révéler ce qu'ils savaient d'un crime patent ou supposé ; en principe, ces textes devaient être rédigés d'une manière qui ne fût pas susceptible d'influencer les témoins éventuels, mais cette prescription paraît avoir été mal observée)⁶. Mentionnons enfin, à la jonction de la procédure et du pénal proprement dit, l'arbitraire laissé au juge dans la fixation de la peine ; même si cette latitude était moins étendue qu'on n'imagine parfois, il demeure que l'Ancien Régime n'a pas connu de code pénal systématique, permettant l'application du double adage, *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

³ A. Esmein, *Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la Procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours* (1891), p. 333. Nous citons d'après la réimpression donnée par Sauer et Auvermann à Francfort-sur le-Main en 1969.

⁴ On peut trouver les *Avis à Louis...* dans les *Opuscules* de Fleury, tome III, 1780. Nous proposons la date de 1700 comme une approximation : c'est l'année où le duc de Bourgogne, élève de l'abbé Fleury, a dix-huit ans, et où s'achève « le cours de ses études » (voir *Opuscules*, tome III, p. 152). Esmein cite cette formule de Fleury d'après Poullain du Parc (p. 356), et avec une légère inexactitude (« tirée de l'inquisition » pour « tirée de celle de l'Inquisition »).

⁵ Nous empruntons cette formule à André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du Droit pénal*, tome II, *La Procédure criminelle*, éd. Cujas, s. d., p. 111.

⁶ Les « chefs de monitoire » publiés à l'occasion de la mort de Marc-Antoine Calas sont un chef-d'œuvre de partialité : la théorie d'un assassinat perpétré par les proches de la victime pour des motifs religieux y est proposée, pratiquement, comme la vérité des faits ; on ne demande aux témoins éventuels que de venir la confirmer, pièce par pièce.

D'autres points non réglés par l'Ordonnance donnaient lieu à des pratiques qui peu à peu parurent inacceptables : ainsi, les textes des jugements prononcés par les Parlements ne portaient pas toujours le motif de la condamnation. De toute manière, comme on l'a fait observer, la motivation ne pouvait jamais être rigoureuse dans un système où, faute d'un code pénal systématique, la qualification de l'acte gardait quelque chose d'incertain⁷.

Dans l'ensemble, l'organisation de la justice criminelle est bien (comme l'avait vu Fleury) extrêmement défavorable à l'accusé. Ce n'est qu'à propos des preuves dites légales que cette affirmation demande à être nuancée. En effet ce système *peut* protéger un suspect innocent, en le garantissant contre ces préventions sans fondement qui s'emparent parfois des responsables d'une enquête. Il était dangereux surtout en cela que l'aveu obtenu par la question faisait partie (pourvu qu'il fût réitéré après la fin de la torture) des preuves légalement recevables.

Nous noterons au passage un paradoxe historique : le juge de l'Ancien Régime est relativement lié quant à la preuve et relativement libre quant au choix de la peine. Les adversaires du système demanderont (et obtiendront dans les premières années de la Révolution) que le juge soit libre quant à la preuve (c'est le sens de la notion d'intime conviction) et lié quant à la peine. Il est probablement plus rationnel, en effet, de ne pas enfermer *a priori* l'acte de prouver dans des schémas préfabriqués, et de vouloir aussi que les délits et les peines soient définis par la loi avant toute incrimination (à condition toutefois de ne pas donner à l'application de ce principe la rigidité qui caractérisa le droit criminel promulgué par la Constituante). On aimerait pourtant scruter plus attentivement cet entrecroisement des contradictions. Mais ce n'est pas ici le lieu de le faire.

Revenons à l'Ordonnance et au peu de cas qu'elle fait de ce que nous appelons aujourd'hui les droits de la défense. Il faut insister sur ce point. En particulier pendant l'instruction, le juge qui en est chargé est presque le seul *sujet* actif de la procédure. L'accusé, en tout cas, en est l'*objet*. Tout est organisé pour que, le plus longtemps possible, il en sache le moins possible sur les charges qui s'amassent contre lui. Ajoutons à cette ignorance les conditions généralement exécrables de la détention, et l'absence d'un conseil : on conçoit qu'il lui est à peu près impossible d'élaborer une stratégie défensive. Inversement, le juge l'interroge à huis-clos, entend à huis-clos les témoins, préside à la confrontation. C'est habituellement ce même magistrat chargé de l'instruction qui fait le rapport du procès devant le tribunal. Seul à avoir suivi l'affaire depuis ses débuts, il est en position d'influer grandement sur le sentiment de ses collègues. Bref, il exerce un pouvoir que presque rien ne contrebalance. Et de toute façon, l'intervention des autres acteurs – partie publique, partie civile, juges du siège assemblé – n'est pas de nature à diminuer l'impuissance de l'accusé : tout le système est dirigé contre lui.

III. — MONTESQUIEU. VOLTAIRE AVANT BECCARIA. BECCARIA

On pourrait dater de Beccaria le moment où l'intelligentsia européenne se saisit franchement du problème de la justice criminelle. Mais Beccaria, en 1764, se proclamera

⁷ Voir sur ce point A. Laingui et A. Lebigre, *op. cit.*, tome II, p. 105.

disciple et continuateur de Montesquieu. Il y a donc lieu d'examiner ce que dit ce dernier du droit pénal en général et de la procédure criminelle en particulier.

Les *Lettres Persanes* égratignent les magistrats (lettre 68) et louent la modération des peines (lettre 80). Mais les problèmes judiciaires ne sont pas au centre des préoccupations de Rica et d'Usbek.

L'*Esprit des lois*, comme on peut le penser, en dit plus. On sait que la lecture de cet ouvrage est faussement facile, parce qu'on ne distingue pas toujours aisément les passages où l'auteur met en évidence la liaison nécessaire qui existe entre deux institutions, par exemple entre tel type de gouvernement et tel genre de lois, de ceux où il exprime ses propres préférences. Celles-ci, pourtant, apparaissent souvent de façon suffisamment claire. Il en est ainsi du Livre VI, qui parle principalement de la législation et de la procédure criminelles. Certes, Montesquieu se soucie peu de commenter ce qui se fait en France de son temps : il parle plus volontiers des anciens Germains, de la Chine et du Japon. Néanmoins, en dépit de ce choix, on voit apparaître quelques suggestions qui, dans un autre contexte, pourraient être l'amorce d'un programme de réformes. L'auteur se prononce, ici à nouveau, pour la douceur des peines (VI, 12 à 15) ; celles-ci, ajoute-t-il, devraient être proportionnées à la gravité des infractions (VI, 16). En XII, 4, il suggère qu'elles soient, autant que possible, liées à la nature particulière du crime.

Pour ce qui est de notre problème plus spécifique de la procédure criminelle, on notera qu'il dénonce la torture (en termes d'ailleurs modérés : VI, 17) et qu'il est en faveur de la légalité des peines (VI, 3). Ailleurs, il parle favorablement du jugement par les pairs : une fois à propos du jury anglais (XI, 6), une autre fois à propos des institutions françaises du Moyen Âge (XXVIII, 42). Pour ce qui est des institutions judiciaires des Romains, il fournit un récit complexe de leur évolution, où transparaît sa sympathie pour les tribunaux de citoyens nommés pour chaque affaire, acceptés par les parties, et chargés de dire, non le droit, mais le fait ; il fait lui-même le rapprochement avec ce qui se passe en Angleterre (XI, 18).

Tout en se réclamant du patronage de Montesquieu, Beccaria dira avec raison, dans son Introduction, que l'« immortel président » n'a traité ses questions pénales que « rapidement ». Peut-être, du reste, faudrait-il chercher les éléments les plus importants de la pensée de Montesquieu sur la justice criminelle ailleurs que dans ce qui allait devenir le courant dominant de la pensée réformatrice. Par exemple, il souligne, plus fortement que ne feront ses successeurs, la liaison qui existe entre le problème de la répression et celui de la liberté des citoyens, celle-là pouvant mettre celle-ci en danger : aussi est-ce « de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen » (XII, 2). Et cette « bonté » consiste, pour une grande part, dans une certaine complexité de la procédure, ou, pour reprendre son expression, dans les *formalités*, dont il dit ceci :

« Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu ; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté » (VI, 2).

Cela est dit en général, sans intention visible de louer ou de blâmer particulièrement ce qui se passe en France. Du reste, Montesquieu, nous l'avons dit, n'entend nullement

se poser en critique méthodique du système judiciaire qu'il a sous les yeux. À part le court chapitre sur la torture, la référence la plus précise qu'il fasse à l'organisation des tribunaux de son époque est peut-être son éloge du ministère public (la « partie publique »), fruit d'une « loi admirable » (VI, 8). Lui qui savait à l'occasion manifester avec force sa détestation de certaines pratiques (comme à propos de l'esclavage des nègres, en XV, 5, ou de l'Inquisition portugaise, en XXV, 13), il laisse à d'autres le soin de remettre en question la façon dont son siècle traite le problème de la délinquance.

Du point de vue de la filiation intellectuelle, il serait naturel de passer directement de Montesquieu à Beccaria. Mais la chronologie nous invite à parler d'abord des positions prises par Voltaire avant sa lecture du livre *Des Délits et des Peines*. C'est en effet trois ans avant la sortie de cet ouvrage, en octobre 1761, que Marc-Antoine Calas perd la vie dans des conditions qui ne seront jamais éclaircies, en mars 1762 que son père Jean Calas, accusé de l'avoir tué, périt sur la roue à Toulouse, en avril de la même année que Voltaire, finalement convaincu de l'innocence de Calas, se lance dans le combat pour sa réhabilitation et l'annulation complète des différents arrêts prononcés relativement à cette affaire par le parlement de Toulouse.

On sait que cette intervention de Voltaire dans le domaine de la justice pénale ne devait pas être la seule. Nous ne nous étendons pas sur ces faits bien connus. Nous voudrions seulement souligner quelques aspects remarquables de cette activité de « Voltaire avocat »⁸. D'abord, il s'agit d'une orientation tardive de cette carrière pourtant féconde en polémiques, à toutes les époques. Mais avant l'affaire Calas Voltaire « ne s'était guère senti la vocation de justicier, de redresseur de torts pour quelqu'un d'autre que pour lui-même »⁹. C'est donc à partir de l'âge de soixante-huit ans qu'il prendra fait et cause, de façon répétée, pour des condamnés. Il le fait avec passion et sincérité, non seulement lorsqu'il estime se trouver devant le fruit empoisonné de l'intolérance, mais aussi à propos de procès qui n'ont aucun enjeu religieux. D'autre part, comme on peut s'y attendre de la part d'un néophyte en matière criminelle, Voltaire, dans l'affaire Calas, discute les faits, critique les juges, maudit le fanatisme, mais ne met pas en question la législation et les règles de la procédure. Quand il fait dire à Pierre Calas, à propos de l'arrêt qui condamnait son père : « je ne le vis jamais ; il ne fut jamais connu ; c'est un mystère impénétrable »¹⁰, il s'élève contre le secret observé en l'espèce, il ne dit pas que c'est une pratique usuelle qu'il faudrait réformer. C'est petit à petit que Voltaire est passé des faits aux lois, condamnant certains aspects du système et hasardant des propositions.

Cette évolution était naturelle en tout état de cause, mais elle a sans doute été stimulée par la lecture de Beccaria. *Dei Delitti e delle Pene* paraît pour la première fois en 1764. Les rééditions allaient être nombreuses. Le titre annonce un travail sur le droit pénal. Un auteur italien, Pietro Nuvolone, affirme cependant que « *nonostante il titolo apparentemente di diritto sostanziale* », l'ouvrage porte d'abord sur le problème de la

⁸ *Voltaire avocat* est le titre d'un ouvrage un peu rapide, mais intéressant, de Rémy Bijaoui, éditions Tallandier, 1994.

⁹ La formule est de J. Van den Heuvel, p. 11 de la Préface qu'il donne à son petit recueil, *L'Affaire Calas* (Gallimard « Folio », 1975). Ce recueil reproduit les principaux textes de Voltaire relatifs aux affaires Calas, Sirven, Lally, La Barre, ainsi que le *Commentaire sur le Livre des Délits et des Peines*.

¹⁰ Voir J. Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 73.

procédure ; et la deuxième partie de son article a pour titre : « *Premienza del problema processuale* » ; l'auteur y explique que la « rupture » (*rottura*) opérée par Beccaria a lieu « *soprattutto sul piano processuale* »¹¹. C'est peut-être aller bien loin, et il est permis de penser que le livre est plus fidèle à son titre que ne le veut P. Nuvolone. Mais il n'en est pas moins vrai que les prises de position sur les questions de procédure criminelle y sont nombreuses.

Parmi celles-ci, les principales sont : 1° le souhait de voir la loi préciser les circonstances qui autorisent la détention préventive (chap. XXIX)¹² ; 2° la condamnation des dénonciations secrètes (chap. XV) ; 3° la condamnation du serment imposé à l'accusé (chap. XVIII) ; 4° l'aspiration à la *publicité* du procès (chap. XIV) ; 5° le refus de la torture : le chapitre XVI, entièrement consacré à cette question, est le plus long du livre après le XXVIIIème, qui met en question la peine de mort (nous laisserons de côté ce dernier, qui fut sans doute le plus discuté, mais dont le sujet est étranger à notre présente enquête) ; 6° l'éloge du jugement par les « pairs » (*pari*) : Beccaria imagine un jury composé pour moitié des pairs de l'accusé et pour moitié des pairs de la victime ; l'accusé pourrait récuser un certain nombre de jurés (ch. XIV) ; 7° l'exigence d'une définition légale des peines ; ici l'auteur va aussi loin que feront les législateurs du début de la Révolution française :

« En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquiescement ou la condamnation. (...) »

Les inconvénients qui procèdent de l'observation rigoureuse de la lettre d'une loi pénale ne sauraient être mis en balance avec les désordres que provoque son interprétation » (chap. IV).

En ce qui concerne la question de la preuve, Esmein note prudemment que Beccaria *tend vers* la doctrine des preuves morales¹³. En effet, sa préférence pour un jury populaire, composé de non-spécialistes, l'écarte logiquement d'un système où l'appréciation des preuves est subordonnée à la connaissance d'un « système factice » appris dans les livres : il vaudrait mieux s'en remettre à « un simple et ordinaire bon sens » (chap. XIV). Pourtant, le chapitre XIII (« Des témoignages ») s'ouvre par une déclaration qui réclame que la loi détermine exactement « la crédibilité des témoignages et les preuves du crime ». On est ici du côté des preuves légales. Il se pourrait bien que l'auteur, faute de s'être clairement posé le problème, le résolve, selon les contextes, en deux sens opposés.

On lit parfois que Beccaria condamne les « interrogatoires suggestifs » (*interrogazioni suggestive*), les commentateurs entendant apparemment par là les interrogatoires captieux. En fait, il s'agit plutôt des questions directes, qui déclenchent

¹¹ P. Nuvolone, « Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria » in *Atti del Convegno internazionale su Cesare Beccaria*, pp. 305-315, Turin, Accademia delle Scienze, 1966 (le congrès avait eu lieu en 1964). Voir p. 306 et s.

¹² Selon les éditions, tant italiennes que françaises, on trouve de grandes variations dans l'ordre des chapitres. Nous réglerons nos références sur la traduction de M. Chevallier, citée ci-dessus note 2 (d'abord publiée chez Droz, à Genève, en 1965), qui elle-même suit l'édition donnée par F. Venturi chez Ricciardi en 1958.

¹³ *Op. cit.*, p. 364.

presque nécessairement un certain type de réponse : c'est à peu près l'opposé d'un questionnement captieux. Et le propos de Beccaria (au chap. XXXVIII) n'est pas de proscrire ce type de question, mais de souligner la contradiction qui existe entre une doctrine qui les prohibe et l'usage de la torture, qui *suggère* bel et bien certaines réponses.

Dans l'ensemble, la parenté était suffisante entre la procédure pratiquée à Milan et celle qui était en vigueur en France pour que les lecteurs français puissent faire application des observations de Beccaria à la justice rendue de ce côté-ci des Alpes. Quelques différences doivent néanmoins être relevées entre les deux pratiques. Ainsi, l'ouvrage italien s'élève, nous l'avons vu, contre les dénonciations secrètes : ce chapitre s'applique mal au cas français. En France, en effet, le dénonciateur devait signer sa déposition, ou du moins, s'il ne savait pas signer, la faire enregistrer par un greffier dans des conditions qui ne lui assuraient pas la protection de l'anonymat ; et il courait des risques importants si sa dénonciation apparaissait finalement comme mal fondée. Il était donc logique que cette protestation de Beccaria rencontrât peu d'échos chez les auteurs français. Inversement, la procédure milanaise, moins sévère sur ce point que la française, n'excluait pas l'intervention d'un avocat dans les procès criminels¹⁴. Beccaria ne soulève donc pas cette question, à laquelle les Français s'intéresseront légitimement.

IV. — SUCCÈS DE BECCARIA. VOLTAIRE APRÈS BECCARIA

Mais ces différences qu'on pourrait appeler régionales ne retinrent guère l'attention. Toute l'Europe éclairée se sentit interpellée par ce mince volume italien. Nous reviendrons sur ce succès profondément significatif de l'histoire des mentalités au XVIII^e siècle. Ce que nous voudrions noter dès à présent, c'est que Beccaria, quoiqu'étranger, est pleinement inséré dans le courant de la pensée française de son époque. Nous avons vu qu'il se proclame disciple et continuateur de Montesquieu. Ailleurs, il fait savoir que d'Alembert, Diderot, Helvétius, Buffon, Hume, sont sa « lecture continue »¹⁵. La présence de Hume dans cette liste rappelle qu'un même mouvement agite simultanément toute l'Europe occidentale. Mais l'épicentre du séisme est bien à Paris. Et Paris acclamera le jeune auteur comme un des siens. Disons plus exactement : Paris et Ferney. Dès son premier contact avec l'édition italienne, Voltaire écrit : « l'auteur est un frère »¹⁶. Cette admiration ne se démentira pas par la suite. Les deux hommes ne se rencontreront pas, mais ils correspondent. Et dès 1766 Voltaire publie (comme souvent, sous un nom d'emprunt) son *Commentaire du Livre des Délits et des Peines*. Le titre est un peu trompeur : certes, l'ouvrage que Voltaire prétend « commenter » est mentionné deux ou trois fois, toujours élogieusement, mais aucun de ses passages, aucune de ses thèses, ne fait l'objet d'une analyse sérieuse. On peut seulement dire que le *Commentaire* est l'œuvre d'un auteur dont la pensée a été stimulée par la lecture de Beccaria.

¹⁴ Voir sur ce point A. Laingui et A. Lebigre, *op. cit.*, t. II, p. 95. La procédure française se caractérise ici par sa rigueur. On remarquera la citation de Pothier (dans le texte), ainsi que les indications de la note 95.

¹⁵ Cité par R. Badinter, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶ Lettre à Damilaville du 16 octobre 1765, citée dans J. Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 237.

Jacques Godechot a écrit que cet opuscule constitue « la première critique systématique de la législation criminelle française généralement alors en vigueur »¹⁷. C'est peut-être trop dire. Ces quelque cinquante pages sont principalement emplies d'anecdotes horribles, qui montrent régulièrement l'absurde, ou l'odieux, ou les deux, de certaines pratiques pénales passées ou présentes. On y trouve aussi, sans doute, quelques suggestions tendant à l'adoucissement du droit criminel : suppression de la torture (sauf peut-être pour chercher à connaître les complices éventuels d'un parricide ou d'un régicide) (chap. XII) ; suppression (envisagée plutôt que positivement réclamée) de la peine de mort (chap. X) ; possibilité laissée au souverain de gracier tout condamné à mort (chap. XI). Ce sont là des idées importantes, mais qui ne s'organisent guère en une « critique systématique de la législation criminelle ». Un seul chapitre répond approximativement à cette description. C'est le XXII^e, qui traite en cinq ou six pages « De la procédure criminelle ».

Dès les premières lignes, Voltaire critique avec bon sens l'Ordonnance de 1670 : « L'ordonnance criminelle, en plusieurs points, semble n'avoir été dirigée qu'à la perte des accusés ». Viennent ensuite des détails qui montrent que l'auteur avait fait ses classes, en matière de procédure pénale, à l'occasion des affaires Calas et Sirven, et de la toute récente affaire La Barre.

Ainsi, il regrette que les témoins soient interrogés un à un, secrètement ; qu'ils ne puissent, après le récolement, rien changer à leur déposition, sous peine d'être poursuivis pour parjure ; que le juge puisse ne pas citer *tous* les témoins à la confrontation ; que l'accusé (à moins qu'il ne s'agisse d'un « concussionnaire » ou d'un « banquier frauduleux ») soit privé du ministère d'un avocat. Sur la question des preuves légales, sans aller au fond du problème, il avance des assertions qui de nos jours paraissent aventurées : il croit que la jurisprudence du parlement de Toulouse admet des demi-preuves, des quarts et des huitièmes de preuve, de sorte que « huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé peuvent devenir une preuve complète »¹⁸. Il est mieux inspiré quand il dénonce (sans doute à la suite de l'affaire Sirven) la sévérité dont beaucoup de tribunaux font preuve à l'égard des contumax.

Nous avons observé ci-dessus qu'au début de sa carrière d'avocat improvisé (mais combien habile !) il s'intéresse surtout aux faits, aux gens, aux préventions qui fourvoient la justice. Mais petit à petit, ses plaidoyers sont pour lui l'occasion de mettre en question la sagesse de certaines lois ou coutumes. Ainsi, peu de temps sans doute avant de composer le *Commentaire*, il condamne presque inconditionnellement la pratique des monitoires dans sa *Relation de la mort du Chevalier de La Barre*. Il est de fait que dans cette affaire comme dans celle de Jean Calas, les monitoires avaient grandement contribué, en échauffant les têtes, à perdre les accusés. On sait qu'il s'agissait d'injonctions à révéler ce qu'on savait d'un crime supposé, *sub poena excommunicationis*. Voltaire traduit : « Vous êtes menacé de l'enfer si vous ne mettez pas votre prochain en péril de sa vie »¹⁹.

Dans l'affaire Montbailli, il va plus loin. Montbailli a été exécuté en novembre 1770. Dès le début de 1771, Voltaire attaque avec vigueur, mettant en cause plusieurs

¹⁷ Page 71 dans « Beccaria et la France », in *Atti del Convegno internazionale su Cesare Beccaria* (cf. note 11 ci-dessus), p. 67-83.

¹⁸ Page 283 dans le recueil *L'Affaire Calas* cité ci-dessus, note 9.

¹⁹ « Relation de la mort du Chevalier de la Barre », p. 316 in J. Van den Heuvel, *op. cit.*

éléments essentiels de la procédure criminelle : l'appel *a minima* (auquel nous sommes habitués mais qui le révoltait ; dans l'affaire Montbailli, les premiers juges avaient ordonné un plus ample informé ; c'est l'appel interjeté par le procureur du roi qui avait orienté l'affaire vers la condamnation capitale) ; l'« affreuse opération préliminaire » de la question préparatoire ; le principe des « demi-preuves » (sur lequel il ne s'étend guère ; mais en somme une « demi-preuve » est une probabilité non négligeable, et Montbailli avait été condamné sur des données assimilées à tort ou à raison à de telles probabilités) ; les arrêts non motivés. Et finalement il jette la suspicion sur l'ensemble du système :

« On pourrait présenter une longue liste des abus inséparables de la faiblesse humaine qui se sont glissés dans le recueil si immense et souvent si contradictoire de nos lois, les unes dictées par un besoin passager, les autres établies sur des usages ou des opinions qui ne subsistent plus, ou arrachées au souverain dans les temps de trouble, ou émanées dans des temps d'ignorance »²⁰.

Les éditions successives du *Dictionnaire philosophique*, de 1764 à 1769, puis des *Questions sur l'Encyclopédie*, de 1770 à 1772, témoignent dans plusieurs articles de l'inimitié désormais bien assurée de Voltaire envers la procédure criminelle française et de son admiration pour le jury anglais. Mais c'est sans doute en 1777 qu'il expose le plus en détail ses aversions et ses propositions en matière de justice pénale. L'occasion s'y prêtait : une société savante de Berne avait mis au concours la rédaction d'un mémoire proposant « un plan complet et détaillé de législation criminelle », incluant l'organisation de la procédure pénale, « en sorte que la douceur de l'instruction et des peines soit conciliée avec la certitude d'un châtement prompt et exemplaire, et que la société civile trouve la plus grande sûreté possible pour la liberté et l'humanité ». Approbateur chaleureux de cette initiative, Voltaire envoya cinquante louis pour être ajoutés au prix offert, et entreprit de formuler sa propre réponse aux questions posées. Le résultat fut *Le Prix de la Justice et de l'Humanité*. On y retrouve les idées pour lesquelles le vieil homme combattait depuis plus de dix ans, exposées avec plus de mordant que jamais, en particulier quand il s'agit de dénoncer la torture (article XXIV), le secret de l'instruction (XXII), la solitude angoissante où se trouve le suspect à partir de son incarcération (XXIII) : sur ces deux derniers points, la procédure française est explicitement comparée à celle de l'Inquisition. Et une fois de plus, l'institution du jury est évoquée avec faveur.

Sans mépriser pour autant ceux qui prendront leur suite, on peut dire que Beccaria et Voltaire ont apporté et diffusé, à propos de la législation et de la procédure criminelle, l'essentiel des idées qui inspireront les esprits réformateurs dans les vingt ou vingt-cinq années qui précèdent la Révolution.

²⁰ Voir le mémoire de Voltaire intitulé « Procès criminel du Sieur Montbailli et de sa femme ». Nous citons ici d'après les *Œuvres Complètes* de Voltaire, éditées par E. de la Bédollière et G. Avenel, tome 5, *Mélanges historiques, Législation et Politique, Sciences*, Paris, 1866, pp. 521-523.

V. — LE GRAND DÉBAT ET LES DÉBUTS DE RÉFORMES

Jacques Godechot caractérise comme suit l'ébranlement causé par l'arrivée des idées nouvelles : « Le problème posé par Beccaria, repris par Voltaire, ouvre en France un grand débat, celui de la réforme de la législation criminelle. On va en discuter de 1765 à 1789 »²¹. Cela est vrai, mais il faut bien noter que l'accueil fut beaucoup plus favorable du côté du public cultivé que du côté des spécialistes de la justice pénale. Sans doute peut-on citer, dans le camp des novateurs, le magistrat Michel Servan (lié avec Voltaire), dont le discours de 1766 sur l'*Administration de la justice criminelle* réclame d'importantes réformes de la législation et de la procédure. Mais il ne semble pas qu'une telle prise de position fût fréquente, au Palais, pendant les années soixante. À l'opposé, on trouve Muyart de Vouglans, un des grands pénalistes de l'époque, qui publie en 1767 (peut-être même plus tôt)²² une *Réfutation de quelques principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines*.

Ce petit livre est d'un grand intérêt. Il contient, à l'usage du grand public, un excellent exposé de la procédure criminelle telle qu'elle fonctionnait à la fin de l'Ancien Régime. Et dans son versant polémique, le plus important, il constitue une des attaques les plus vigoureuses qu'on puisse concevoir contre le livre de Beccaria. Esmein en cite, avec une réprobation sans mélange, des pages entières, prises parmi celles qui entendent opposer les vrais principes de la répression aux divagations du jeune Italien. Mais il n'évoque pas les passages plus techniques où l'auteur relève l'absence de science juridique de son adversaire. Nous reparlerons, un peu plus loin, de cet impossible dialogue entre deux approches inconciliables du problème criminel.

Pour se convaincre de l'indifférence ou de l'irritation des gens du métier devant des conceptions qui commençaient à envahir l'opinion publique, il suffira de considérer que les quinze années qui suivent la publication du livre de Beccaria voient paraître une part notable des grands traités – des classiques, pourrait-on dire – du droit criminel de l'Ancien Régime. En 1767 paraît le *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670* de Serpillon (il n'est pas aveugle à certaines rigueurs excessives de l'Ordonnance ; il est hostile à la question préalable ; mais en dépit de ces observations ponctuelles il ne met pas en cause l'architecture générale du système). Poullain du Parc publie en 1771 ses *Principes du Droit français suivant les maximes du Parlement de Bretagne* ; il s'y élève avec force contre ceux qui comparent la procédure française à celle de l'Inquisition. La même année paraît le *Traité de la Justice criminelle de France*, de Jousse. Il parle avec dédain du livre du Milanais. Beaucoup l'ont jugé excellent, dit-il, « mais les personnes les plus sensées n'en ont pas jugé de même »²³. Enfin, en 1780, paraît l'ouvrage bien connu de Muyart de Vouglans, *Les Lois criminelles en France dans leur ordre naturel*, avec la reprise en appendice de sa réfutation de Beccaria.

Face à cette quasi unanimité, qui peut-on citer, parmi les magistrats, comme défenseur des thèses opposées ? Servan, déjà nommé, et Le Trosne, qui défend la doctrine nouvelle dans ses *Vues sur la justice criminelle* (1777). Avant 1780, il ne semble pas qu'on puisse allonger beaucoup cette courte liste. Dans les années suivantes, les choses paraissent avoir changé. Parlant du livre de Beccaria, Roederer écrit vers la fin du

²¹ Article cité (cf. note 17), p. 73.

²² Dans *L'Affaire Calas*, p. 398, J. Van den Heuvel fait état d'une édition parue en 1766.

²³ Citation dans J. Godechot, article cité, p. 75.

siècle²⁴ que dix ans avant la Révolution « les jeunes magistrats des cours », dont il était, « jugeaient plus selon les principes de cet ouvrage que selon les lois »²⁵. Cette affirmation n'englobe évidemment pas tous les magistrats des parlements, et nous allons voir que les années quatre-vingt furent aussi celles d'attaques violentes portées contre des décisions de justice apparemment peu conformes aux principes de Beccaria. Il est néanmoins vraisemblable qu'à cette époque les idées nouvelles faisaient leur chemin, en dépit des résistances, dans le monde judiciaire comme dans les autres milieux.

Mais en dépit de cette possible amorce d'une évolution, l'institution judiciaire est plutôt, dans les dernières années de l'Ancien Régime, une cible pour les critiques des esprits réformateurs. Les quelques années qui précèdent immédiatement la Révolution voient paraître un nombre remarquable de mémoires justificatifs écrits en faveur d'accusés ou de condamnés. Les auteurs sont généralement des avocats ; exclus de toute la procédure par l'Ordonnance, ils tournaient l'obstacle en portant le débat devant le public, et en soulevant ainsi l'opinion pour obtenir la révision du procès. On peut mentionner ici Lacroix, défenseur de Catherine Estinès (1785), Lecauchois, intervenant dans l'affaire de Marie-Françoise-Victoire Salmon (1786), Godard, qui écrit en faveur des cinq condamnés d'une affaire criminelle jugés en appel à Dijon (1787). Mais la plus célèbre de ces interventions est celle d'un magistrat, Dupaty, qui prit bruyamment position, en 1786, contre l'arrêt qui avait condamné trois hommes à la roue. Dépassant le cas d'espèce, il attaquait de front le système : « Non, je ne me tairai point sur les vices et les rigueurs de notre Ordonnance criminelle »²⁶.

Mais, répétons-le, depuis la fin des années soixante-dix (disons en gros : sous le règne de Louis XVI), le débat a lieu en grande partie en dehors du monde judiciaire. Dès 1775, un certain Moreau, qui fut proche de la cour et qui mériterait d'être mieux connu, formulait avec beaucoup de précision technique le souhait d'une refonte complète de la procédure criminelle²⁷. Ce texte est en consonance avec la tendance dominante de l'opinion éclairée. Un peu partout les sociétés savantes mettent au concours la rédaction de mémoires sur la réforme de la justice pénale. Nous avons déjà mentionné le concours ouvert à Berne en 1777, qui fut à l'origine d'un des derniers ouvrages de Voltaire : *Le Prix de la Justice et de l'Humanité*. Nous signalerons aussi les concours ouverts à Châlons-sur-Marne en 1780 et 1781, à Metz en 1788. (Marat et Robespierre figurent parmi les concurrents de ces joutes intellectuelles.)

On ne s'étonnera pas que cette époque voie paraître de nombreux ouvrages visant à fonder sur de nouvelles bases la répression de la délinquance. Une source essentielle pour

²⁴ En 1798.

²⁵ Citation dans J. Godechot, *ibid.*, p. 78. Le même texte est reproduit de façon altérée dans R. Badinter, « Présence de Beccaria » (cf. note 2). En particulier, là où le texte porte « les jeunes magistrats des cours », Badinter écrit « les magistrats des cours » (p. 39), ce qui change complètement le sens de la phrase.

²⁶ *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*, Paris, 1786, p. 233.

²⁷ Jacob-Nicolas Moreau, *Les Devoirs du Prince réduits à un seul Principe, ou Discours sur la Justice*, 1775. On trouve dans Esmein, *op. cit.*, p. 387, une longue citation empruntée aux pages 436 à 438 de cet ouvrage. Ce texte est un réquisitoire bien informé et bien argumenté contre l'Ordonnance de 1670. Esmein note à juste titre que Moreau est un auteur très proche de la Cour. Mais, tout en se référant à l'article que lui consacre la *Nouvelle Biographie générale* de Didot, il n'en cite pas le détail qui est peut-être le plus intéressant, à savoir que ce critique de l'Ordonnance était un « Adversaire déclaré des philosophes et de la liberté ». Les hommes des Lumières ne sont donc pas les seuls à vouloir réformer la procédure criminelle.

connaître ce bouillonnement de pensée réformatrice est constituée par les dix volumes que publie Brissot (le futur Girondin, qui signe alors Brissot de Warville), de 1782 à 1785, sous le titre de *Bibliothèque philosophique du Législateur, du Politique, du Juris-consulte*. On y trouve la réimpression de certains textes désormais classiques (de Beccaria, Voltaire, Le Trosne), des textes d'auteurs étrangers, au nombre desquels figure l'impératrice Catherine de Russie, enfin des textes récents, de Philippon, Marat, Bernardi, Bergasse, Brissot, Servan. De ce dernier, on notera, au volume VII, les *Réflexions sur quelques points de nos lois* ²⁸. Brissot, pour sa part, avait publié en 1781 (donc en dehors de sa *Bibliothèque philosophique*), une *Théorie des Lois criminelles*. Ce ne sont là que quelques exemples.

Tous les auteurs qui se sont penchés sur cette période ont été frappés de l'insistance avec laquelle ces problèmes de législation et de procédure criminelles ne cessent d'être soulevés, sous différentes formes, dans ces dernières années de l'Ancien Régime. Nous avons vu que Jacques Godechot fait remonter à 1765 l'ouverture d'un « grand débat » sur la justice criminelle. A. Padoa Schioppa, pour sa part, présente les années quatre-vingt comme l'époque d'un « *dibattito intenso* » ²⁹. Plus sceptiques, quelques-uns parlent de « mode » : Laboulaye employait ce mot, au siècle dernier, à propos des concours organisés par les sociétés littéraires ³⁰ ; J.-M. Carbasse dit pour sa part que la réforme du droit pénal était un sujet « à la mode » à la veille de la Révolution ³¹. Pour notre part, sans nier ce qui a pu entrer de conformisme dans l'adhésion aux idées nouvelles de quelques intellectuels du second rang, nous nous hasarderons à parler d'une crise de conscience collective : toute une société a cessé de se reconnaître dans la façon dont on rend la justice, sinon en son nom, du moins au nom d'un souverain dont elle ne conteste pas la légitimité ; et elle aspire, en conséquence, à donner à la répression du crime de nouvelles bases et de nouvelles formes.

Au reste, le pouvoir royal, sous Louis XVI, est très éloigné de défendre aveuglément le système en vigueur. Le roi a apparemment accepté que l'ouvrage de Moreau, dont nous avons évoqué ci-dessus les passages hostiles à l'Ordonnance, lui soit dédié. En 1780, une Déclaration royale abolit la question préparatoire (celle qu'on infligeait en vue d'obtenir l'aveu). En mai 1788, une nouvelle Déclaration (on se rappellera que ces « déclarations » sont des actes législatifs) supprime quelques traits caractéristiques de l'ancienne procédure, à savoir : la sellette (jusque là, l'accusé d'un crime capital subissait son dernier interrogatoire sur ce petit tabouret jugé infamant) ; les sentences non motivées que portaient parfois les cours souveraines ; la question préalable (celle qui précédait l'exécution). La suppression de la question préparatoire était confirmée. Une majorité de trois voix (et non plus de deux) était requise dans le cas des condamnations à mort. Afin de ménager la possibilité d'une grâce royale, un délai d'un mois devait s'écouler entre la condamnation et l'exécution. Enfin, on publierait, aux frais soit de la partie civile soit de l'État, les jugements d'absolution devenus exécutoires.

²⁸ Publié pour la première fois en 1781, donc quinze ans après son *Discours sur l'Administration de la Justice criminelle*.

²⁹ A. Padoa Schioppa, « I Filosofi e la giuria criminale », in *Nuova Rivista Storica*, Società editrice Dante Alighieri, LXX, janv.-avril 1986, fascicule I-II, pp. 107-146. Cf. p. 128.

³⁰ *Revue des Cours littéraires*, II, 1884-65, p. 782. Cité par Esmein, *op. cit.*, p. 388.

³¹ *Introduction historique au Droit pénal*, PUF, 1990, p. 337.

On a pu estimer que ces modifications n'étaient pas considérables. De fait, d'autres pays d'Europe avaient été plus loin plus tôt. Mais, dans son préambule, la Déclaration royale annonçait une réforme globale, beaucoup plus fondamentale, de la législation et de la procédure criminelle. Si cette mesure était différée, c'est qu'on voulait que « ce grand ouvrage » fût mûrement réfléchi. Chose remarquable, il était loisible à tout sujet d'adresser au Garde des Sceaux les suggestions qu'il estimait propres à « éclairer » le pouvoir dans l'accomplissement de cette tâche. La redoutable procédure issue de l'Ordonnance était donc à son tour condamnée à mort, dès avant la Révolution.

VI. — LA QUESTION DU JURY ET LA PLACE DE CONDORCET DANS LE MOUVEMENT DES IDÉES

Dans ce qui précède, il n'a été fait que de brèves allusions à la question du jury. En effet, même si l'éloge du jury est souvent la contrepartie de la critique de la procédure en vigueur en France ou en Italie, les deux questions sont, en droit, distinctes. On peut rêver d'un jugement par les pairs sans s'intéresser de près au système judiciaire existant (c'est un peu le cas de Rousseau). Et on peut militer pour la réforme de la justice sans être convaincu que l'institution du jury serait la bonne solution : il en va ainsi de Le Trosne. Mais en dépit de ces nécessaires mises en garde, on doit reconnaître que l'évocation généralement favorable du jury qui reparait sans cesse au cours de la période que nous considérons, est très souvent associée à l'analyse critique du fonctionnement de la justice pénale.

Nous avons déjà cité en passant l'article de Padoa Schioppa sur les « philosophes » du XVIII^e siècle et le jury pénal. Il s'agit d'une étude fort dense, d'une quarantaine de pages. On ne pourra ici que la résumer brièvement, en ajoutant peu de chose à ce qu'elle apporte.

Nous avons vu que Montesquieu, Beccaria et Voltaire sont en faveur du jury. De la longue liste de ceux qui les suivent ou les accompagnent sur ce terrain, on peut extraire quelques noms : Morelly, dont la contribution s'inscrit dans la perspective utopique qui gouverne son *Code de la Nature* de 1755 ; Rousseau, plutôt favorable aux juges non professionnels, qui aborde rapidement la question, çà et là, avec d'importantes variations selon que l'on considère le *Contrat social*, le *Projet de Constitution pour la Corse*, ou les *Considérations sur le Gouvernement de Pologne* ; Jaucourt, auteur de l'article *Pairs* de l'*Encyclopédie* ; Servan, qui déclare dans ses *Réflexions* : « le juge légitime de tout accusé est le suffrage unanime d'un nombre suffisant de ses pairs avoués par lui-même »³² (Padoa Schioppa voit dans le travail de Servan « la première tentative pour identifier et formuler en termes rationnels le fondement politico-juridique de l'institution du jury »³³) ; Brissot, l'un des auteurs les plus représentatifs des tendances réformatrices des années quatre-vingt ; Condorcet enfin, dont nous allons évoquer l'approche mathématique du problème.

Bien entendu, dans la mesure où les auteurs ne se contentent pas, soit d'invoquer des exemples passés ou présents, soit de formuler leurs vœux en termes très généraux, les suggestions diffèrent. Nous avons vu que Beccaria imagine un jury où siègeraient aussi

³² Cité par A. Padoa Schioppa, art. cité, p. 131.

³³ *Ibid.*

des pairs de la victime. De toute façon, le mot de *pair* revient sans cesse dans les éloges du jury. Mais qu'est-ce qu'un pair ? Faudra-t-il diviser la population en on ne sait combien de catégories de « pairs », ou tout citoyen est-il le « pair » de tous les autres ? Dans l'ensemble, on penchera vers la deuxième réponse, mais pas au point d'admettre qu'un indigent puisse être juré : Brissot veut qu'on choisisse le jury parmi les hommes jouissant d'un certain revenu. Choisir comment ? par tirage au sort, ou par élection ? et sera-t-on jury pour un temps, ou susceptible d'être appelé à siéger à tout moment de sa vie ? la qualification de l'acte doit-elle entrer dans les attributions du jury, ou seulement l'établissement des faits ? faut-il admettre, avant le jugement par jury, l'intervention d'un jury d'accusation ? La pensée réformatrice a rencontré toutes ces questions, et exploré, sinon toutes les hypothèses possibles, du moins un grand nombre d'entre elles.

Dans cette recherche de la formule optimale, un travail de Condorcet mérite qu'on s'y arrête. De ce grand esprit, en effet, Padoa Schioppa cite à bon droit la correspondance qu'il entretint en 1771 avec Turgot, où il s'efforce (en vain, semble-t-il) de convaincre le futur ministre des bienfaits du jury³⁴, ainsi que l'*Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées provinciales* de 1788³⁵ ; mais il ne cite pas l'*Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions prises à la pluralité des voix*, de 1785, où Condorcet met sa science du calcul des probabilités au service de ses réflexions sur la réforme des institutions, et conclut, après une démonstration très précise (mais nécessairement appuyée sur quelques postulats) que, demandant à un jury de trente personnes de prendre ses décisions avec une majorité de huit voix, on sera plus certain d'atteindre la vérité qu'en appliquant la règle anglaise de l'unanimité d'un jury de douze personnes³⁶.

Cet effort de rationalisation mathématique du problème est évidemment isolé. Ce qui est beaucoup plus fréquent, comme on peut s'y attendre, c'est la présence récurrente, insistante, du modèle anglais. Certes, comme Montesquieu en a donné l'exemple, on se réfère aussi aux exemples de l'Antiquité (Rome est à la mode) et du Moyen Âge (qu'évoque aisément le mot de pair). Mais les institutions britanniques, judiciaires ou autres, l'emportent encore en prestige sur ces réalisations du passé. Ici à nouveau, l'*Esprit des Lois* peut servir de référence, puisque, dans le célèbre chapitre « De la Constitution d'Angleterre », la description du jury est comme enveloppée dans une présentation plus générale de l'équilibre des trois pouvoirs.

Tous les auteurs qui font allusion au jury n'en ont pas nécessairement une connaissance bien précise. L'institution est souvent, suivant l'expression de Padoa Schioppa, un « mythe » de l'Âge des Lumières (« *mito* » *illuministico*)³⁷. Mais l'information s'améliore au fil des années, avec la publication des ouvrages de De Lolme (1771)³⁸, de Linguet (1777)³⁹, et celle des traductions de Blackstone (1774-76)⁴⁰ et de Filangieri (1786-91)⁴¹.

³⁴ Art. cité, pp. 119-122.

³⁵ *Ibid.*, pp. 138-139.

³⁶ Voir dans le « Discours préliminaire » de l'*Essai* la partie intitulée : Second exemple : Tribunal pour les causes criminelles (pp. clxii-clxviii).

³⁷ Art. cité, p. 145.

³⁸ Jean-Louis de Lolme, avocat genevois, publia en 1771, sa *Constitution de l'Angleterre*. L'ouvrage connut au moins trois nouvelles éditions dans les années soixante-dix.

³⁹ À partir de 1777, Simon-Nicolas-Henri Linguet publia à Londres les *Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle*. Selon Padoa Schioppa (art. cité, p. 127),

Au-delà de cette anglomanie, parfois moquée par les conservateurs, il faut apercevoir les causes plus profondes de cette volonté de placer des non professionnels sur le siège de la justice. D'une part en effet, il arrive souvent que les juges de métier ne soient pas tenus en grande estime ; la succession des erreurs judiciaires, patentées ou supposées, depuis l'affaire Calas jusqu'à celle des « trois roués », illustrée par Dupaty, tend à les discréditer. On se méfie même de cette science des lois par laquelle ils entendent se distinguer du vulgaire. Sans trop connaître ces lois, on n'en attend rien de bon : « Heureuse la nation », disait déjà Beccaria, « où les lois ne seraient pas une science ! » (chap. XIV). On veut donc désormais que la preuve des faits ne soit pas appréciée par des érudits, mais par le jugement droit d'hommes honnêtes et non prévenus. Enfin, mêlée à cette récusation des hommes de robe, on distingue parfois, plus ou moins consciencieuse, une perspective politique plus subversive. Le jury, dit l'article *Pairs* de l'*Encyclopédie*, met l'accusé « hors du danger d'être opprimé »⁴². Opprimé par qui ? par les tribunaux, sans doute : loin que le pouvoir royal soit fréquemment mis en cause dans ce genre de développements, on aurait plutôt tendance à se tourner vers lui, pour en obtenir des grâces ou des réformes. N'importe : en préconisant un système où les juges, issus de la société civile, sont réputés représenter le « peuple » auquel appartient l'accusé, on s'écarte, consciemment ou inconsciemment, de la fiction d'une justice rendue au nom du roi. Quelques auteurs, comme Brissot⁴³ et Condorcet⁴⁴, franchiront le pas décisif en proposant que les jurés soient élus : arrivés à ce point, l'éloge du jury conserve franchement avec une conception démocratique de la légitimité du pouvoir.

VII. — L'ENJEU DU DÉBAT : « RAISON » CONTRE TRADITION

Nous venons de constater que sur la question du procès criminel, une résolution intellectuelle (accomplie entre 1748 et 1788, mais à un rythme de plus en plus vif à mesure que s'écoulaient ces quarante années) a précédé la Révolution de 1789. Il ne sera peut-être pas mauvais, maintenant, de prendre un peu de recul vis-à-vis de ce grand et rapide mouvement des idées, et de se demander au nom de quels principes a été donné l'assaut contre l'ancien état de choses.

cette publication est dès son premier numéro attentive à ce qui sépare les systèmes judiciaires de l'Angleterre et de la France. Le tome II contient un « Parallèle entre les mœurs, les usages de la France et ceux de l'Angleterre » (1777).

⁴⁰ William Blackstone publie de 1765 à 1769 ses *Commentaries on the Laws of England*. Une traduction complète, œuvre de Damien de Gomicourt, paraît à Bruxelles de 1774 à 1776 (*Commentaire sur les lois anglaises*). En 1776, l'abbé Coyer fait paraître, sous le titre *Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre*, une traduction du volume IV de Blackstone, consacré à la législation et à la procédure pénales selon la *common law*. V. Padoa Schioppa, p. 123 et s.

⁴¹ *La Scienza della legislazione* de Gaetano Filangieri paraît au début des années quatre-vingt. La traduction française de Gallois (*La Science de la législation*) paraît de 1786 à 1791.

⁴² Cet article, œuvre de Louis de Jaucourt, paraît en 1765 dans le volume XI de l'*Encyclopédie*.

⁴³ *Théorie des lois criminelles*, Utrecht, 1781, vol. II, p.259.

⁴⁴ *Essai sur la Constitution et les sanctions des Assemblées provinciales*, 1788, pp. 499-506.

Ancien, il l'était assurément. Comme le soulignent A. Laingui et A. Lebigre, l'Ordonnance de 1670 « ne fait guère que reprendre et préciser le contenu de ses devancières » (entendez : celles de 1498 et 1539)⁴⁵. Bref, pour ce qui est du procès criminel, le XVIII^e siècle vit sous un régime institué par des ordonnances des XV^e, XVI^e et XVII^e siècles, lesquelles codifient la procédure inquisitoire qui s'est progressivement substituée à la procédure accusatoire depuis la fin du XIII^e siècle.

La manière dont on poursuit le crime, en France, au milieu du XVIII^e siècle, peut donc se réclamer d'une tradition dont l'origine se perd dans un passé lointain. Pour ses défenseurs, l'organisation qui prévaut a presque le prestige des choses éternelles.

Aux divagations de Beccaria, Muyart de Vouglans estime avoir opposé des réflexions « fondées sur des principes inébranlables, justifiées par l'expérience la plus constants, contre laquelle viendront toujours échouer des systèmes enfantés par un esprit de contradiction et de nouveauté »⁴⁶. L'ensemble a pu être retouché de temps à autre, mais ce furent là des améliorations successives, d'ailleurs parvenues, selon Séguier, à leur terme : « dans la succession des âges nos loix sont en quelque sorte parvenues au degré de perfection dont la législation humaine est susceptible »⁴⁷.

C'est précisément contre cette canonisation de la tradition que s'élèvent les « philosophes ». Et c'est ici qu'il faut chercher le secret du retentissement prodigieux de l'ouvrage de Beccaria. Voici en effet un petit livre, « de la taille d'un "Que sais-je ?" »⁴⁸, qui s'ouvre en signifiant leur congé aux autorités reconnues (Carpzov, Clarus, Farinacci), qui ne saurait prétendre à beaucoup de rigueur ou d'originalité sur le terrain proprement philosophique, et qui contribuera, plus que tout autre, à orienter le cours de l'histoire de la législation et de la procédure criminelles, dans toute l'Europe, Russie comprise, ainsi que dans les deux Amériques. Ce ne sera pourtant pas faute, pour ses adversaires, d'avoir souligné que l'auteur n'était pas du métier. Nous avons évoqué ci-dessus la *Réfutation* de Muyart de Vouglans. Un passage de cet opuscule mérite de retenir ici notre attention : le Français, en effet, s'étonne (ou plutôt s'indigne) de ne pas trouver chez le Milanais « une discussion exacte et méthodique des lois et des principes qui sont relatifs à cette matière, des citations d'autorités sur les questions qui peuvent en naître, et surtout une énumération exacte des différentes espèces de crimes et de leurs peines, ainsi que des procédures nécessaires pour parvenir à les constater et les prouver »⁴⁹. Il ne peut pas voir que c'est précisément cette non-érudition qui fait la force de Beccaria. Dans un domaine encombré par le poids du passé, par les « citations d'autorités », celui-ci fait calmement table rase de ce fatras. Il veut en effet « détruire, en remontant aux principes généraux, les erreurs accumulées depuis plusieurs siècles »⁵⁰. À quoi bon s'attarder sur ces *erreurs*, puisque la connaissance des *principes généraux* suffira à les *détruire* ? Faisant abstraction de tout le passé juridique et judiciaire de l'Europe, il

⁴⁵ *Op. cit.*, t. II, p. 81, note 1.

⁴⁶ Muyart de Vouglans, *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, p. 118.

⁴⁷ Phrase citée par Esmein, *op. cit.*, p. 376, empruntée au réquisitoire prononcé par l'avocat général Louis Séguier, en août 1786, pour demander la suppression du *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue* de Dupaty.

⁴⁸ Cette comparaison se trouve, bien entendu, dans un volume de la collection « Que sais-je ? » : *Histoire des Doctrines pénales*, de Jean Pradel, 2^e éd., 1991, p. 26.

⁴⁹ *Réfutation...*, p. 25.

⁵⁰ « Introduction de l'auteur ». Voir pp. 60-61 de la traduction citée.

se posera simplement les questions vraiment fondamentales : qu'est-ce qu'un crime ? qu'est-ce que punir ? qu'est-ce qu'une juste punition du crime ? C'est à juste titre que Jean Pradel compare cette démarche à celle de Descartes, qui lui aussi avait ouvert une ère nouvelle ⁵¹, en se détournant de la science du passé pour s'attacher à ce que sa raison lui montre être vrai, dans une évidence présente. Aussi les critiques du système en vigueur ne cesseront-ils, que ce soit sous l'influence de Beccaria ou par un mouvement de pensée parallèle au sien, d'en appeler à la raison. Ce rationalisme s'exerce d'abord dans la réflexion sur la peine. Nous ne nous étendrons pas sur cette question, qui n'entre pas directement dans notre sujet. Mais pour nous en tenir au seul exemple de Beccaria lui-même, il est clair que les caractères que doit, selon lui, présenter la peine juste (elle doit être « publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi ») ⁵² sont tous appelés par une certaine conception du *raisonnable*. Et quand Beccaria, Voltaire, et d'autres, discutent de la procédure et des réformes qu'il conviendrait d'y apporter, on les sent animés du même souci de rationalité. Ainsi, il leur paraît irrationnel d'infliger une peine avant le jugement proprement dit. C'est pourtant ce que font, en fait, la détention préventive et la torture destinée à obtenir l'aveu. Il convient donc supprimer celle-ci. Quant à celle-là, si elle est malheureusement indispensable dans un certain nombre de cas, elle doit être subordonnée à des conditions énoncées par la loi ⁵³. D'autre part, les hommes des Lumières ont manifestement pensé que la sévérité même de la procédure criminelle était une chose irrationnelle, dans la mesure où elle n'était pas vraiment favorable à la manifestation de la vérité. Considérons en effet ce passage de Voltaire :

« Un homme est-il accusé d'un crime, vous l'enfermez d'abord dans un cachot affreux ; vous ne lui permettez communication avec personne ; vous le chargez de fers, comme si vous l'aviez déjà jugé coupable. Les témoins qui déposent contre lui sont entendus secrètement : il ne les voit qu'un moment à la confrontation ; avant d'entendre leurs dépositions, il doit alléguer les moyens de reproches qu'il a contre eux ; il faut les circonstancier ; il faut qu'il nomme au même instant toutes les personnes qui peuvent appuyer ces moyens ; il n'est plus admis aux reproches après la lecture des dépositions. S'il montre aux témoins, ou qu'ils ont exagéré les faits, ou qu'ils en ont omis d'autres, ou qu'ils se sont trompés sur des détails, la crainte du supplice les fera persister dans leur parjure. Si des circonstances que l'accusé aura énoncées dans son interrogatoire sont rapportées différemment par les témoins, c'en sera assez à des juges, ou ignorants, ou prévenus, pour condamner un innocent.

Quel est l'homme que cette procédure n'épouvante pas ? quel est l'homme juste qui puisse être sûr de n'y pas succomber ? O juges ! Voulez-vous que l'innocent accusé ne s'enfuit pas, facilitez-lui les moyens de se défendre » ⁵⁴.

⁵¹ *Histoire des Doctrines pénales*, p. 26.

⁵² Ce sont les derniers mots du livre.

⁵³ Nous avons dit que Beccaria s'étend sur cette question dans son chapitre XXIX.

⁵⁴ *Commentaire sur Beccaria*, chapitre XXII, pp. 280-281 dans J. Van den Heuvel, *L'Affaire Calas*.

La citation est un peu longue, encore qu'elle ait le mérite de montrer combien Voltaire était capable de s'intéresser aux détails techniques de la procédure. Mais ce texte est remarquable aussi parce qu'il ne se propose pas principalement d'*émouvoir* le lecteur (Voltaire s'y emploiera efficacement dans d'autres textes) : ce dont il s'agit ici, c'est de montrer qu'en usant durement avec le suspect, en le privant de tout ce que nous faisons entrer, aujourd'hui, sous le concept de droits de la défense, la justice se prive elle-même des lumières d'une enquête équilibrée, où les charges invoquées feraient l'objet d'une critique rationnelle. Bien entendu, la torture mise au service de la recherche de l'aveu renchérit sur cette absurdité, ouvrant la porte aux condamnations et aux acquittements les plus mal fondés. Cela a été dit cent fois au XVIII^e siècle, et même avant, mais on nous pardonnera peut-être de citer ici, à nouveau, Voltaire (s'exprimant cette fois sur le mode satirique). Il s'agit d'un entretien fictif de Destouches, qui fut un voyageur réel, avec un Siamois imaginaire, nommé Croutef :

« ANDRÉ DESTOUCHES. — (...) Et de la question, en usez-vous ?

CROUDEF. — C'est notre plus grand plaisir ; nous avons trouvé que c'est un secret infaillible pour sauver un coupable qui a les muscles vigoureux, les jarrets forts et souples, les bras nerveux et les reins doubles ; et nous rouons gaiement tous les innocents à qui la nature a donné des organes faibles »⁵⁵.

Le passage est aussi brillant que le procédé est classique : l'écrivain qui s'estime raisonnable place dans la bouche de ses adversaires, afin de faire éclater leur déraison, des propos à la fois bouffons et intolérables.

Il n'est sans doute pas nécessaire que nous nous étendions davantage sur ce thème. Il est trop évident que nos auteurs, dans le domaine que nous étudions comme dans tous les autres, devaient se considérer comme les champions de la raison dans son conflit avec la sottise et la méchanceté : « nous sommes leurs disciples », écrit Beccaria en parlant des philosophes français, « parce que nous sommes les disciples de la Raison »⁵⁶.

⁵⁵ Extrait de *André Destouches à Siam*, dans les « Mélanges » de Voltaire, Bibliothèque de la Pléiade, p. 915.

⁵⁶ Lettre à Morellet, citée dans R. Badinter, « Présence de Beccaria », p. 12.

VIII. — L'ENJEU DU DÉBAT :
LES DROITS DE LA PITIÉ, LA RECONNAISSANCE DE L'ÉGALITÉ

Pourtant, de ces débats sur la justice criminelle, l'enjeu n'est pas seulement intellectuel. Les avocats des réformes ne cessent de faire intervenir, dans leur argumentation, le sentiment de *pitié*. Loin d'imaginer la possibilité d'un conflit entre la raison et la sensibilité, ils identifient, pratiquement, ces deux motivations. Écoutons Beccaria, dans les derniers mots de son Introduction :

« Heureux serai-je si je puis obtenir comme lui [il s'agit de Montesquieu] la secrète reconnaissance des partisans obscurs et pacifiques de la raison et inspirer ce doux frémissement par lequel les âmes sensibles répondent à qui défend les intérêts de l'humanité ! »

Cet amalgame du rationnel et du passionnel s'explique d'autant mieux qu'aux yeux de Beccaria la procédure criminelle, dans le Milanais et ailleurs, impose aux accusés (et sans doute même aux coupables) des souffrances injustifiées : aussi importe-t-il de « combattre la cruauté des châtimens et l'irrégularité des procédures criminelles »⁵⁷. Dès lors, la protestation du cœur est comme appelée par la dureté des poursuites pénales. C'est évidemment l'organisation légale de la torture qui suscite, de *l'Esprit des Lois* jusqu'à la Déclaration de 1789, les protestations les plus vives de « la voix de la nature ». Mais petit à petit, c'est une grande partie de la procédure criminelle qui en vient à paraître insupportable aux hommes « sensibles ». Nous avons vu plus haut le mot de Dupaty sur « les vices et les rigueurs » de l'Ordonnance de 1670. Le principe de cette protestation est clairement exprimé par la phrase qui la précède :

« Défendez les accusateurs, nous défendrons les accusés ; défendez la cruauté, nous défendrons l'humanité ; défendez les ténèbres, nous défendrons la lumière »⁵⁸.

Chez Voltaire, déjà, la prise à partie de la *cruauté* de la justice est fréquente. Sans avoir dressé de statistique, on se hasarderait à dire que sous sa plume, le reproche vise les magistrats responsables des sentences qu'il abhorre, plus souvent que l'Ordonnance elle-même. Pour lui, les juges du Chevalier de la Barre sont des « Busiris »⁵⁹, mais ceux de Lally-Tollendal, et spécialement Pasquier, rapporteur du procès, ne valent pas mieux :

« Quelques autres juges et lui étaient persuadés de la nécessité des supplices dans les affaires les plus gracieuses : on eût dit que c'était un plaisir pour eux »⁶⁰.

⁵⁷ « Introduction de l'auteur », p. 60.

⁵⁸ *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*. Ce passage précède immédiatement celui dont la référence est donnée ci-dessus, note 26.

⁵⁹ Lettre à d'Alembert, dans *L'Affaire Calas*, p. 326.

⁶⁰ *Fragments historiques sur l'Inde et sur la mort du général de Lally*, article XIX, dans *L'Affaire Calas*, p. 298.

Le ton est le même à propos de l'affaire Montbailli :

« Serait-il vrai que les hommes accoutumés à juger les crimes contractassent l'habitude de la cruauté, et se fissent à la longue un cœur d'airain ? se plaindraient-ils enfin aux supplices, ainsi que les bourreaux ? la nature humaine serait-elle parvenue à ce degré d'atrocité ? »⁶¹.

Lois sans pitié, juges sans pitié... Face à l'institution pénale, les « philosophes » ne sont pas seulement les défenseurs du rationnel contre l'irrationnel : ils sont aussi, face à une justice trop souvent impitoyable, les hommes de la pitié.

C'est un trait d'époque. Mais même s'il s'exprime fréquemment dans une rhétorique qui n'est plus la nôtre, il faut bien reconnaître que nos propres réactions affectives, en matière de justice pénale, sont beaucoup plus proches de celles de Voltaire que de celle des rédacteurs et des apologistes de l'Ordonnance.

Mais la pitié n'implique pas nécessairement que celui qui en est l'objet soit le *semblable* de l'homme apitoyé : on peut avoir pitié d'un animal souffrant. L'affirmation d'une « similitude » entre l'accusé et ceux qui le jugent va donc plus loin que la simple pitié. Mais les partisans des réformes franchissent ce pas, résolument, continuellement. Un des reproches que Voltaire adresse à la justice criminelle, c'est de placer le juge dans une situation qui l'aidera à oublier que le suspect est son semblable :

« Il n'y a pas d'apparence (...) qu'un conseiller de la Tournelle regarde comme un de ses semblables un homme qu'on lui amène hâve, pâle, défait, les yeux mornes, la barbe longue et sale, couvert de la vermine dont il a été rongé dans un cachot »⁶².

L'homme des Lumières se gardera d'imiter ce conseiller. Le thème du *semblable* reviendra sans cesse dans son discours. Ainsi Servan, protestant contre les abus de la détention préventive, suggère au juge de se livrer à une sorte de méditation sur la responsabilité morale dont il se charge :

« C'est donc moi (...) qui retiens dans ce détestable séjour mon semblable, peut-être mon égal, mon concitoyen, un homme enfin »⁶³.

« Mon semblable, peut-être mon égal » : on dirait que Servan hésite à aller jusqu'à affirmer l'égalité du juge et de l'inculpé. Voltaire est plus audacieux. Il parle sans précautions de style du juge qui commence « à disloquer les membres d'un citoyen, son égal, par le tourment de la question »⁶⁴. Écrite à une époque où l'idée d'une telle éga-

⁶¹ « Procès criminel du Sieur Montbailli et de sa femme », édition citée note 20 ci-dessus, tome 5, p. 522.

⁶² Article « Torture » du *Dictionnaire philosophique*, même édition des *Œuvres complètes*, tome I, 1867, p. 663.

⁶³ *Discours sur l'Administration de la Justice criminelle*, p. 299. Nous citons d'après le texte reproduit à la suite de la traduction du livre *Des Délits et des Peines*, par P.J. S. Dufey, Paris, 1821.

⁶⁴ « Procès criminel du Sieur Montbailli et de sa femme », édition citée, p. 522.

lité était bien éloignée de la plupart des esprits, cette phrase met en question les fondements même de l'institution judiciaire telle que Voltaire la voyait fonctionner. Sans doute tenait-il particulièrement à cette affirmation d'égalité, puisque dans son dernier écrit sur la législation criminelle il paraît regretter l'ancienne accusation par partie formée :

« Heureuses les nations assez sages pour statuer que tout accusateur se mettrait en prison en faisant enfermer l'accusé. C'est de toutes les lois la plus juste »⁶⁵.

Esmein voit là une « singulière idée »⁶⁶. C'est plutôt une boutade paradoxale, très significative, en son fond, d'une tendance assez puissante de l'opinion « éclairée » dans les années qui précèdent la Révolution.

La revendication de l'égalité prend une forme moins archaïsante lorsqu'elle réclame, non pas l'égalité de traitement de l'accusé et de l'accusateur, mais le jugement de l'accusé par ses pairs. Il faut sans doute voir dans cette pensée que les égaux de chaque homme sont ses juges naturels une des exigences profondes de l'époque : le refus d'une justice « verticale », qui s'abat du haut de la hiérarchie sociale ; la recherche d'une procédure « horizontale », où des hommes jugent d'autres hommes, parce qu'il le faut bien, mais sans prétendre être d'une essence supérieure.

Cette idéologie de l'égalité (on dirait peut-être mieux : de l'horizontalité), même s'il s'en faut de beaucoup qu'elle se soit régulièrement traduite dans les faits, reste sans doute le principe qui oppose le plus profondément la procédure criminelle issue des Lumières à celle de l'Ancien Régime. Pour illustrer l'idéal dont se réclame cette dernière, on peut citer ici un texte remarquable de Muyart de Vouglans, dans lequel celui-ci affirma que la répression dont il est le ministre n'est pas animée, face à l'accusé, par « le ressentiment particulier que peut lui inspirer l'atrocité de son crime ». Le juge, dit-il, « doit faire les fonctions d'un père, et ne point oublier en faisant la guerre au crime, les faiblesses auxquelles est sujette l'humanité »⁶⁷. On peut hésiter à voir là une description fidèle des sentiments qui animaient les juges au XVIII^e siècle. Mais même s'ils devaient se reconnaître dans le modèle que leur propose ici le contradicteur de Beccaria, il demeurerait qu'il s'agit là, explicitement, d'un idéal *paternel*. Et cette image du père résume assez bien ce que voulaient être, sans doute, les meilleurs juges de l'Ancien Régime. Or, dans la symbolique traditionnelle, deux qualités éminentes s'attachent à l'image du père justicier. D'une part, étant très sage, il n'a nul besoin que son activité soit contrôlée par un regard public : les réactions de la foule ne peuvent que troubler sa recherche sereine du vrai et du juste. C'est sur cette conception que se fonde le secret de la procédure. De plus, le père réunit en lui, par essence, la fidélité au devoir de punir (la « guerre au crime » dont parle Muyart) et l'indulgence pour la « faiblesse » humaine : pour cette raison, l'intervention d'un avocat, outre qu'elle retardera toujours la marche de la justice, sera inutile ; le bon juge est le meilleur avocat de l'accusé.

⁶⁵ *Le prix de la justice et de l'humanité*, article XXII, § 3.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 365.

⁶⁷ Cité dans A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du Droit pénal*, tome I, *Le droit pénal*, p. 112.

Sur ces deux points, les sociétés modernes sont allées à l'encontre du système traditionnel ; et cela, dans les deux cas, parce qu'on avait cessé de croire que de simples hommes, aussi méritants fussent-ils, pouvaient correspondre au modèle idéal du juge père. C'est pourquoi l'on voit désormais la justice criminelle accepter, voire réclamer, le contrôle du public : au sein même de ses mécanismes de décision, par la présence du jury ; mais aussi, plus amplement, par cette visibilité sociale que lui confère la publicité des débats. D'autre part, la réintégration plénière de l'avocat dans la procédure pénale (à toutes ses étapes) instituée, face au juge, une sorte de contre-pouvoir dont on n'imagine plus pouvoir se passer. Tout a lieu, dès lors, comme si l'on avait pensé que la vérité, ou du moins l'approximation de vérité dont nous devons nous contenter, ne doit pas descendre d'en haut, mais se dégager d'un débat contradictoire où les parties s'affrontent sur un pied d'égalité.

Publicité, droits de la défense : l'attachement à ces deux dispositions nous paraît aller de soi. Mais elles n'allèrent pas toujours de soi, et s'il en est ainsi maintenant, nous le devons pour une très large part aux hommes des Lumières. (Ce qui ne signifie pas, bien entendu, que la façon dont nous en usons avec le crime ait atteint une perfection indépassable. L'acte indispensable par lequel des hommes *punissent* d'autres hommes est si mystérieux qu'on peut se demander s'il pourra jamais être réglé de façon pleinement satisfaisante.)