

Chapitre 1

La formation des sciences criminelles

Ainsi que nous l'avons déjà partiellement annoncé, la formation des sciences criminelles résulte de l'apport de deux périodes extrêmement différentes dans leur étendue, puisque la seconde ne concerne qu'un peu plus d'un siècle et demi (de 1850 à nos jours), si elle réalise un bouleversement des conceptions jusque-là admises.

Le phénomène criminel étant de tous les temps et de tous les lieux, il est possible de remonter très loin dans l'histoire de la solution répressive. Cela est fort intéressant pour les historiens, mais seule mérite le détail, pour les auteurs de droit positif, l'histoire qui peut aider à comprendre les solutions contemporaines. Cela n'est guère réalisé, en droit répressif français, avant le milieu du XVII^e siècle, la période antérieure n'appelle que deux remarques que nous ferons de façon liminaire.

2. HISTOIRE DE LA DÉMARCHE RÉPRESSIVE — On considère que la réaction au crime passe, dans l'histoire de l'humanité, par trois phases traditionnellement dénommées : vengeance privée, justice privée et justice publique dont les dates d'apparition varient évidemment selon le groupe humain considéré.

Dans la phase de la vengeance privée, la victime d'un agissement répréhensible (éventuellement sa famille et/ou son groupe social) exerce librement sa vengeance sur l'auteur du fait (et éventuellement sur sa famille et son groupe). Il n'existe aucune limitation dans les mesures susceptibles d'être prises ni aucune organisation « procédurale » de la vengeance.

Dans la phase de la justice privée, les protagonistes restent les mêmes (avec toutefois une certaine tendance à une restriction des agents actifs et passifs), mais un certain nombre de règles vient limiter l'exercice de cette vengeance. Du point de vue des peines, deux changements se produisent qui s'expliquent par l'épuisement que provoquaient pour les groupes sociaux des luttes éternellement renouvelées et terminées le plus souvent par une ou plusieurs morts ou de graves atteintes corporelles. Le premier incite à rechercher un rapport entre le mal souffert et le mal causé¹. Le second conduit à essayer, lorsque c'est possible, de régler les litiges par des compensations matérielles librement consenties. Par contrecoup et sur le terrain de la forme,

1. On considère que la loi du talion (œil pour œil ; dent pour dent) que l'on retrouve dans des textes fondateurs divers (Bible, Coran, coutumes ou textes grecs, perses, romains, germaniques) est une institution caractéristique de cette phase. Voir El Din, *Le talion en droit égyptien et musulman*, R.S.C. 1975.393.

naissent des procédures de « négociation » pouvant aboutir à l'offre et l'acceptation de règlement du litige entre les protagonistes ainsi que des tentatives pour cantonner procéduralement la vengeance (lieux d'asile et temps de trêve).

La phase de la justice publique marque un tournant décisif dans la mesure où elle transfère l'initiative ou, au moins, le contrôle de la vengeance, des individus à un représentant de la collectivité. Dès qu'une autorité suffisamment forte s'est établie dans un groupe, elle prend en main la répression par ses règles, ses juges, ses sanctions et son droit d'exécution. Si la victime directe garde, à l'origine et même quelquefois encore aujourd'hui, un grand rôle, toute l'évolution tend à l'effacer de plus en plus. Cet établissement est évidemment progressif et une de ses institutions caractéristiques du début de la phase tient à ce que la puissance publique commence par entrer dans la justice privée en imposant aux protagonistes la transaction matérielle dont elle prend, d'ailleurs, pour son compte, une partie (ancêtre de nos futures amendes pénales).

La justice publique, dans son acception parfaite suppose un droit d'action de la collectivité (action publique opposée à l'action civile de la victime) et une sanction purement sociale (peine par opposition à indemnisation de la victime). Si l'on considère qu'en France la période féodale marque le point de départ de la phase de la justice publique, celle-ci ne sera guère achevée qu'avec les codes napoléoniens. Jusque-là, le rôle prédominant de la victime et la force de l'idée vindicative dans le déroulement du procès en font davantage une expression de la vengeance publique que de la justice publique.

3. HISTOIRE DU DROIT PÉNAL DANS L'ANTIQUITÉ — Dans le schéma général que nous venons de tracer, l'Antiquité appelle un arrêt particulier sur deux points : l'explication de la délinquance et la démarche procédurale que nous retrouverons ultérieurement évoqués.

Si la punition est le système unique mis en œuvre jusqu'au milieu du XIX^e siècle, sa justification n'est pas toujours la même. Alors que majoritairement on considère que l'infraction est une faute morale, délibérément commise par le délinquant et qui appelle une punition-expiation, dans la plupart des situations primitives, la délinquance est considérée comme une fatalité divine. Le délinquant ne choisit pas de commettre une infraction, il est victime d'un déterminisme supérieur qui le conduit à le faire¹. Bien que non responsable, au sens moral du terme, il doit cependant être puni car il faut, pour apaiser les dieux, que le groupe démontre sa désapprobation à l'égard du trublion. Cela explique la fréquence de la peine de mort et de celles qui manifestent une rupture avec le groupe (« ostracisme » sous des formes diverses qui équivalent, d'ailleurs, dans nombre de situations primitives, à une condamnation à mort déguisée) ou encore, à une époque historique plus proche, abandon noxal du coupable à la victime soit pour être éventuellement mis à mort soit à titre d'esclave temporaire ou définitif en fonction de la gravité de l'acte à réparer.

Au point de vue procédural, les sociétés primitives offrent sans doute une plus grande diversité. Une unité d'inspiration se retrouve, au contraire, dans l'Antiquité gréco-latine qui semble avoir très majoritairement suivi une procédure accusatoire publique, orale et contradictoire².

1. *L'Edipe* de Sophocle dit : « Mes actes, je les ai subis et non choisis ».

2. Pour quelques incertitudes quant à la période antérieure au 2^e s. av. J.-C., à Rome voir A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, t. 2, p. 17. Pour davantage de détails sur la procédure de type accusatoire, voir, *infra*, n° 9 et notre *Procédure pénale*, n° 18 et s.

4. MOTEURS DE L'ÉVOLUTION — Depuis le XVII^e siècle jusqu'à nos jours, le droit pénal a beaucoup évolué, mais sous l'influence de considérations fort diverses. Dans l'Ancien Régime et durant la période révolutionnaire, les caractères du système répressif et les modifications réalisées s'expliquent essentiellement par des considérations politiques. Les codes napoléoniens sont, avant tout, inspirés, après les grands désordres révolutionnaires, par une volonté de réorganisation technique. Enfin, au XIX^e et au XX^e siècle, les mouvements seront surtout dus à des débats d'ordre idéologique.

Section 1

La formation des sciences criminelles sous l'influence prédominante de considérations politiques

I. Le droit répressif de la monarchie d'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle)

Le droit pénal d'Ancien Régime est, avant tout, en rapport avec les caractères de la monarchie absolue.

A. Le droit pénal d'Ancien Régime est arbitraire

L'arbitraire est la caractéristique essentielle dans toute monarchie absolue. L'arbitraire pénal s'exprime de plusieurs façons.

5. L'ARBITRAIRE DES SOURCES — Le droit répressif est arbitraire parce que ses sources sont hétérogènes. Le droit pénal résulte à la fois de coutumes locales éminemment variables, par définition même ; du droit pénal romain remis en honneur et vulgarisé au XVI^e siècle en Europe par deux auteurs italiens (Julius Clarus et Farinaccius) ; du droit canonique car un grand nombre d'infractions pénales est de la compétence des juridictions ecclésiastiques qui statuent selon leur droit ; des ordonnances et édits royaux que tous les parlements n'enregistrent pas toujours.

De cette multiplicité des sources, quelques grands criminalistes ont tenté, au XVII^e et au XVIII^e siècle, de tirer un droit pénal général (Pierre Ayrault, Jousse, Muyart de Vouglans). Mais il ne s'agit que d'œuvres doctrinales qui laissent subsister la complexité sur le terrain de la pratique judiciaire quotidienne.

6. L'ARBITRAIRE DES JURIDICTIONS — Le droit répressif est arbitraire parce que les autorités publiques gardent une très grande liberté de décision et d'intervention dans le jugement des affaires. C'est vrai en ce qui concerne le juge lui-même, à la fois comme conséquence de l'hétérogénéité des sources qui lui permet de choisir celles qui lui conviennent et par suite d'un très grand souci des nuances qui conduit à vouloir tenir compte dans la détermination de la sanction de toutes les circonstances de l'infraction.

Le juge prononce finalement les peines qu'il veut, même s'il juge deux complices, d'où l'adage que « Toutes peines sont arbitraires en ce Royaume ». Mais c'est encore plus vrai en ce qui concerne le Roi qui, en vertu de la théorie de la Justice retenue, peut soustraire un individu à la justice par des lettres de grâce, nommer une juridiction d'exception, gracier un condamné déjà jugé, enfin, juger lui-même (notamment par les lettres de cachet qui sont techniquement des jugements).

7. L'ARBITRAIRE DE L'INÉGALITÉ — Selon qu'on est noble, clerc ou roturier on ne relève pas des mêmes juridictions. Et ces privilèges de juridiction divers entraînent des conséquences sur la procédure suivie et les peines prononcées qui ne sont pas les mêmes selon les juridictions.

B. Le droit répressif d'Ancien Régime est rigoureux

Cette rigueur se manifeste à la fois dans les peines appliquées et la procédure suivie.

8. LA RIGUEUR DES PEINES — Elle se justifie par leur inspiration. Bien que le passage de la justice privée à la justice publique soit très antérieur, le droit pénal d'Ancien Régime repose toujours sur l'idée de vengeance simplement transposée du plan individuel au plan collectif. De plus, au déterminisme aveugle et absolu de l'époque primitive, le christianisme a substitué une conception de l'homme doué de libre arbitre qui contribue à la sévérité. Totalement libre de ses décisions, le délinquant choisit délibérément de mal faire. Il se rend donc coupable de péché et commet une faute en décidant de violer la loi. Cette faute justifie une peine qui lui sera proportionnelle et devra contribuer à son expiation. De là découlent des peines volontairement pénibles ou humiliantes dans le but de faire souffrir celui qu'on y expose pour parvenir à son rachat moral par l'expiation.

À cette volonté prédominante de re-moralisation du délinquant s'ajoute celle d'éviter à d'autres la tentation de commettre, aussi, des infractions. L'intimidation, qui est une autre des fonctions de la peine, va également dans le sens de la sévérité et fonde une certaine responsabilité familiale.

Tout cela fait que le droit commun de la peine d'Ancien Régime est la peine corporelle. L'emprisonnement (d'ailleurs systématiquement pénible) n'est guère utilisé que pour ce que nous appelons aujourd'hui la détention provisoire. Il faut ajouter, aussi, le souci des nuances, déjà noté dans le cadre de l'arbitraire. Il conduit à multiplier les supplices physiques : très nombreux cas de peine de mort et multiples façons de l'exécuter ; mutilations diverses (amputation de la langue, du nez, des oreilles, du poing...) ; fouet ; peine des galères ; peines humiliantes (marque au fer rouge, carcan, exposition publique, amende honorable...) Quant à la solidarité familiale, elle conduit à une extension des sanctions pécuniaires en cas de confiscation générale des biens et de bannissement.

9. LA RIGUEUR DE LA PROCÉDURE — La procédure rigoureuse suivie devant toutes les juridictions découle ou est inspirée de celle systématisée par la grande Ordonnance

royale sur la procédure criminelle du 26 août 1670. Cette procédure de type inquisitoire tire son nom de ce qui y est la formalité essentielle : l'instruction préparatoire, le rôle de la juridiction de jugement y étant très limité.

1) *La procédure est rigoureuse dans ses caractères* — Elle est secrète, dans le sens le plus absolu. Non seulement son déroulement ne peut être connu des tiers, mais encore la personne poursuivie, elle-même, n'a pas à être informée de ce qu'on lui reproche ce qui ne facilite pas sa défense surtout si elle est innocente. La procédure est écrite, c'est-à-dire que tous les éléments de preuve, y compris ceux qui sont de leur nature oraux (témoignages ; interrogatoires), donnent lieu à la rédaction de procès-verbaux qui seront seulement lus aux stades ultérieurs du procès. La procédure est non contradictoire, en ce qu'une disproportion des droits y est voulue entre l'accusation et l'accusé.

2) *La procédure est rigoureuse dans son application* — Tout est mis en œuvre pour que l'infraction n'échappe pas à son juge.

Les modes de saisine des juridictions sont multiples. Le juge peut être saisi par une plainte, une dénonciation, le ministère public ou se saisir lui-même (« Tout juge est procureur général »).

Il est procédé, ensuite, à une instruction préparatoire où sont entendus les témoins et l'accusé. Celui-ci prête serment de dire la vérité et ne peut être assisté d'un défenseur. Si l'accusé a avoué et que la cause n'est pas trop grave, la peine peut être immédiatement prononcée. À défaut, on règle à l'extraordinaire, c'est-à-dire qu'on procède à une nouvelle instruction dite « définitive » au cours de laquelle sera révélée, pour la première fois, à l'accusé, l'identité des témoins (leur identité mais non leur témoignage). Il peut alors adresser des reproches à ces témoins, mais uniquement sur leur personnalité et sans pour autant connaître ni les charges retenues contre lui ni le contenu de leur déposition.

La phase du jugement commence par la lecture du dossier de l'instruction définitive et le rapport d'un magistrat. Puis on procède à l'interrogatoire de l'accusé « sur la sellette » (un petit tabouret où il est réputé infamant d'être exposé), ce qui sera pour lui la première occasion de faire valoir ses moyens de défense. Il peut demander à en apporter la preuve, ce que la juridiction est libre ou non d'accepter. Si la balance des preuves est insuffisante, mais qu'il existe des présomptions considérables contre un accusé qui encourt la peine de mort, celui-ci peut être interrogé sous la torture (question préparatoire). Si l'accusé a avoué (avec ou sans torture), la juridiction choisit la peine. En l'absence d'aveu, un avocat est autorisé à discuter la balance des preuves. On applique le système dit des preuves légales, c'est-à-dire que les différents éléments de preuve sont légalement dotés de telle ou telle autorité et que le jugement résulte de leur addition mathématique.

Le jugement définitif, quand il est de condamnation, n'a pas besoin, en principe, d'être motivé (l'ordonnance de 1670 est muette sur ce point). D'autre part, et quand il ne relève pas la culpabilité de la personne poursuivie, le jugement n'est généralement pas revêtu de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire qu'il ne fait pas obstacle à ce que l'accusé soit de nouveau poursuivi pour les mêmes faits et cela indéfiniment.

Si la juridiction ne trouve pas d'éléments de preuve déterminants, elle rend un jugement de plus ample informé pour un certain temps ou définitivement : l'accusé

demeure soupçonné et éventuellement emprisonné aussi longtemps que l'affaire ne sera pas éclaircie. « Lorsque l'innocence de l'accusé n'est pas bien pleinement justifiée¹ » on met l'accusé « hors de cours », il ne fait pas l'objet d'une sanction, mais il n'est pas véritablement quitte avec la justice car il peut indéfiniment faire l'objet de poursuites pour les mêmes faits. Le jugement de décharge de l'accusation vaut seul absolution complète mais il est rare car il suppose la preuve indiscutable de l'innocence.

Finalement, le seul point favorable à la personne poursuivie réside dans le fait que toute condamnation à une peine corporelle emporte obligatoirement deux degrés de juridiction sans qu'il soit nécessaire qu'un appel ait été formé (on dit que l'appel est obligatoire², ce qui revient au même). Mais au cours du jugement de celui-ci, l'avantage disparaît car la peine peut y être aggravée, ce qui n'est plus le cas en droit positif³.

Enfin, le jugement de condamnation définitif est d'exécution immédiate, ce qui rend très théorique la possibilité de saisir le Conseil du roi pour cassation ou le roi lui-même dans la perspective d'une grâce. L'exécution proprement dite peut être précédée d'une remise à la torture (question préalable) dans le but d'obtenir la dénonciation des complices.

3) *Réalité des choses à la fin de l'Ancien régime* — Il ne fait pas de doute que ce système pénal est, au regard d'une saine justice, par son arbitraire et sa rigueur indéfendable. Il ne faut pas confondre cependant les textes et leur application car l'arbitraire peut jouer aussi bien en faveur qu'en défaveur de la personne poursuivie. De même la réalité judiciaire aux différentes époques de l'Ancien régime est bien différente. Il semble, en effet, que le caractère barbare de la justice de la fin du XVIII^e siècle ait été très exagéré, dans les débats révolutionnaires, par rapport à sa pratique effective. La torture, par exemple, spécialement et à juste titre critiquée, avait, en fait, presque cessé plusieurs décennies avant la Révolution⁴, il arrivait fréquemment que les intéressés aient accès à leur dossier⁵ et les juges font souvent preuve d'intelligence dans la gestion d'un système dont ils perçoivent les excès⁶.

II. Le droit répressif de la période révolutionnaire

La période révolutionnaire, pour l'histoire du droit pénal, dépasse ce qu'il est convenu d'inscrire sous ce vocable dans l'histoire pure. Il existe, en effet, un *continuum* entre les institutions purement révolutionnaires et les quelques années qui les ont précédées et déterminées. Il faut donc joindre à l'histoire du droit pénal révolutionnaire les réformes de la fin de l'Ancien Régime.

1. Pothier, *Traité de la procédure criminelle*, p. 342.

2. A. Lebigre, *op. cit.*, t. 2, p. 106 ; A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, p. 56.

3. Voir notre *Procédure pénale*, n° 674.

4. A. Lebigre, *op. cit.*, p. 129.

5. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 342.

6. Lorcy, *Stratégie et tactique dans la procédure criminelle du XVIII^e siècle d'après les archives judiciaires bretonnes*, Thèse Rennes, 1987.

A. Le mouvement des idées

Trois mouvements d'idées animent la deuxième moitié du XVIII^e siècle dans notre domaine.

10. LES CRITIQUES LIBÉRALES ET PHILOSOPHIQUES — Elles concernent tant l'administration de la justice, en général que le système pénal jugé aussi barbare que peu fiable.

Les premières critiques s'inscrivent dans une remise en cause plus large du système politique qu'est la monarchie absolue et trouvent leur expression la plus achevée dans *De l'esprit des lois* de Montesquieu.

Les secondes seront illustrées, pas toujours avec une parfaite honnêteté intellectuelle de la part de ceux qui voudraient en être les champions, par les philosophes et les encyclopédistes. À la fin de l'Ancien Régime plusieurs procès donnèrent lieu à ce qu'on appellerait, en langage moderne, des erreurs judiciaires, soit parce que des accusés innocents ou probablement innocents ont été condamnés et quelquefois exécutés (affaires Calas, Sirven, Montbailli, Lally-Tollendal) soit parce qu'une disproportion évidente sépare la gravité objective des faits des sanctions prononcées (affaire du Chevalier de La Barre). Ces affaires, comme toujours numériquement négligeables par rapport au volume général du contentieux, et pour regrettables qu'elles soient, sont, sans doute, la rançon du fonctionnement de toute institution humaine. Mais elles ont été exploitées, avec talent, notamment par Voltaire. Le serment de l'accusé, l'aveu, la torture et l'absence de conseil, pour s'en tenir là, étaient évidemment indéfendables dans le cadre d'un adoucissement des mœurs qui trouve son apogée au XVIII^e siècle.

11. L'ANGLOMANIE — C'est un des traits intellectuels dominant de la fin du XVIII^e siècle dans les classes dites éclairées. Or l'Angleterre avait conservé le type de procédure issu de l'Antiquité gréco-latine puis de l'époque féodale et connu sous le nom de procédure accusatoire qui s'oppose, dans tous ses caractères, à la procédure continentale¹.

La procédure accusatoire est publique, en ce sens que non seulement la personne poursuivie sait ce qu'on lui reproche, mais encore que les différentes phases du procès se déroulent publiquement sous le contrôle possible de l'ensemble des citoyens. La procédure est orale car la décision est prise à l'issue d'une audience dans laquelle les éléments du procès auront été débattus oralement devant tous. La procédure est contradictoire durant ces audiences publiques où la personne poursuivie et son accusateur sont placés sur un strict pied d'égalité pour discuter les faits et les preuves réciproques devant des juges sans initiative qui ne sont que des arbitres impartiaux.

Dans la pratique et pour les affaires les plus graves, toute infraction commise donne lieu à une instruction sommaire menée par un magistrat non professionnel, élu par ses concitoyens, le *justice of peace*. Il délivre l'ordre d'arrestation, interroge l'intéressé dans les vingt-quatre heures, statue sur sa mise en liberté sous caution et convoque le « grand jury » (techniquement jury d'accusation) qui décidera, à la majorité, s'il y a lieu ou non de poursuivre l'affaire. Dans l'affirmative, l'intéressé est déféré à une cour d'assises. S'il

1. Voir *supra*, n° 9.

choisit de plaider coupable, le juge professionnel statue seul sur la peine. S'il choisit de plaider non coupable, un « petit jury » (jury de jugement) de douze membres statue, à l'unanimité, sur la culpabilité avant que le juge ne prononce la peine.

Une observation superficielle de ce système par les continentaux le rendait évidemment très séduisant pour l'esprit dans son souci de protection de la liberté individuelle. Mais de même qu'il ne faut pas exagérer dans la critique de la procédure continentale de l'époque, de même, il ne faudrait pas faire une description trop idyllique du système anglais en négligeant le fait que, d'une part, la torture y a été pratiquée, sous des biais juridiques divers, au moins jusqu'au XVII^e siècle (époque où elle avait, en fait, presque disparu aussi en France) et que, d'autre part, diverses mesures de cette procédure soigneusement occultées par ses laudateurs, n'étaient pas spécialement humanistes ou libérales¹.

12. L'UTILITARISME — Dans ce contexte général de critique des institutions pénales, la publication à Milan, en 1764, du livre *Traité des délits et des peines* d'un jeune marquis de vingt-six ans Cesare Beccaria, fait l'effet d'une bombe.

Beccaria y fait d'abord une critique du système pénal de l'époque qui est la partie la moins intéressante du livre parce que la plus évidente. Mais il y propose surtout des éléments de réforme novateurs dans leur inspiration. Beccaria rompt, en effet, avec l'idée jusque-là dominante que le droit pénal a essentiellement pour vocation de contribuer au rachat de l'homme en lui faisant expier sa faute. Pour lui, la seule justification de l'intervention répressive est son utilité pour la collectivité. Celle-ci doit donc cesser de se préoccuper du for interne tant dans le cadre des incriminations que dans les buts assignés à la sanction.

Partant de là, Beccaria définit les éléments d'un système qu'il estime efficace. Légalité des délits et des peines : les comportements qui peuvent emporter une sanction pénale doivent être prévus par la loi et punis d'une peine fixée par elle, uniquement dans les cas strictement nécessaires. Promptitude de la peine car un long délai procédural émousse la vertu punitive. Mesure de la peine qui doit être exactement proportionnée au dommage social : adoucissement général (suppression de la peine de mort mais pas en matière politique) ; tentative réprimée moins sévèrement que l'infraction consommée.

Le succès de l'ouvrage de Beccaria fut énorme et surprend même son auteur. Le livre suscita un véritable engouement dans les milieux intellectuels de l'époque dans toute l'Europe. Six éditions de la traduction française de l'ouvrage furent épuisées en six mois en France. L'auteur vint à Paris où il est accueilli en héros. Voltaire fait même un compte rendu du livre. Les sociétés savantes, qui fleurissent à l'époque, mettent au concours des sujets concernant la justice pénale, ce qui permettra à beaucoup de futurs révolutionnaires qui en furent lauréats, de réfléchir à ces problèmes².

1. Ainsi la peine « forte et dure » appliquée à celui qui, ayant choisi de plaider non coupable, refuse ensuite de collaborer à son jugement : L'accusé est couché nu sur le sol avec un poids de fer sur le corps et nourri un jour de pain rassis et le jour suivant de trois gorgées d'eau dormante, jusqu'à ce qu'il meure ou réponde aux questions. Elle n'a été supprimée officiellement qu'au début du XIX^e siècle.

2. Marat, *Plan de législation criminelle*, publié par Hamiche, 1974.