

44. Quant aux sciences sociales, en tête de toutes se place le droit dans son ensemble. Il est inutile de dire comment il se relie à la spécialité du droit pénal, puisque la pénalité intervient comme sanction dans toutes les parties quelconques du droit.

45. Puis vient l'économie politique, qui a le même sujet que le droit, l'homme en société, et le même objet, la richesse, ce que Vico appelle *les utilités*, car *richesse*, selon l'expression économique, ou *choses*, selon l'expression juridique, c'est tout un. — Avec cette première différence toutefois, que l'objet immédiat de l'économie politique, c'est la richesse; tandis que l'objet immédiat du droit, ce ne sont pas, à vrai dire, les choses, mais bien les actions ou les inactions de l'homme, lesquelles, à leur tour, ont les choses pour objet. Vico exprime une pensée analogue, lorsqu'il dit que « les utilités sont, non pas la cause, mais l'occasion du droit ». — Avec cette seconde différence plus caractéristique encore : que la science du droit étudie les rapports de l'homme en société pour y déterminer les cas dans lesquels l'un peut exiger d'un autre une action ou une inaction, c'est-à-dire les lois de la conduite exigible de l'homme, tandis que l'économie politique les étudie pour voir comment se produit, se distribue, se consomme la richesse, et pour arriver ainsi à connaître la loi de ces phénomènes. De telle sorte que, quoique semblables dans leur sujet et dans leur objet, le droit et l'économie politique diffèrent notablement dans leur but.

Le précepte positif du droit, et surtout la sanction pénale, courent grand risque de s'égarer et de se mettre en opposition directe avec les conditions du bien-être social, comme cela est arrivé trop souvent, si, dans les matières qui touchent à la production et à la distribution de la richesse, ils ne s'inspirent pas aux vérités de la science économique. Il y a donc entre le droit et l'économie politique une affinité nécessaire, qui se fait sentir jusque dans la spécialité du droit pénal et qui a laissé des traces dans l'histoire de cette spécialité : Beccaria, Filangieri, Bentham, Romagnosi, Rossi ont été à la fois des criminalistes et des économistes distingués.

46. La *statistique* marchait ordinairement comme un appendice de l'économie politique; mais, de nos jours, elle a pris plus d'extension. On pourrait la définir avec quelque vérité : « les mathématiques des sciences morales et sociales. » De toutes les parties du droit, c'est le droit pénal qui en peut tirer le plus d'utilité; car, parmi les phénomènes moraux, c'est le désordre et surtout le crime qui donnent le plus de prise à ses calculs. L'étude de l'homme sous le rapport des violations du droit et des causes diverses qui peuvent influencer sur ces violations, plus, l'épreuve des institutions : tels sont les deux points les plus importants sur lesquels le criminaliste ait des lumières à tirer de la statistique.

47. A la suite des sciences sociales se range une série de notions auxiliaires qui ne constituent pas, à proprement parler, une science, parce qu'on n'y trouve pas la connaissance de lois ou vérités primordiales, mais seulement celle de faits accomplis : ce sont les diverses notions historiques :

L'histoire générale et *l'histoire particulière des peuples*; plus spécialement celle du peuple dont il s'agit de faire, d'étudier ou d'appliquer la législation;

L'histoire de la science du droit, qui se décompose en histoire de ses principes; histoire de ses grands hommes, ou *biographie*; histoire de ses monuments littéraires, ou *bibliographie*, nommée aussi par les Allemands *littérature* de la science;

L'étude des langues, un des monuments de l'histoire, et l'instrument de communication pour toutes les sciences. Langues anciennes, langues de transition, de formation intermédiaire; et, parmi les modernes, sans en excepter aucune, l'allemand, l'anglais et l'italien, comme les plus utiles;

Enfin la *philologie* (amour du langage), art ingénieux, art puissant, qui se rattache à l'histoire et à la philosophie de la parole, et qui, dans une décomposition de mots, nous fait retrouver souvent la nature philosophique ou la génération historique des idées.

48. Il nous suffira d'avoir montré, pour ainsi dire du doigt, toutes ces branches du savoir humain auxiliaires à l'étude du droit pénal. Ce sera à nous à y recourir au besoin, dans le cours de cet ouvrage.

TITRE II

IDÉES SOMMAIRES D'INTRODUCTION HISTORIQUE

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR L'HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

L'histoire de l'humanité suit en son développement certaines lois, au nombre de quatre : les lois de génération, de propagande humaine, de similitude et de progrès. — Utilité à retirer pour l'historien de la connaissance de ces quatre lois. — On en trouve l'application dans l'histoire du droit pénal en Europe. — Vérification sur chacune des parties du droit pénal. — 1° Sur la pénalité : divers principes sur lesquels elle a été successivement assise; — 2° sur la juridiction pénale : diverses données d'après lesquelles elle a été successivement organisée; — 3° sur la procédure pénale : divers modes suivant lesquels elle a successivement opéré. — Chacune de ces institutions a passé graduellement par trois ordres d'idées distincts. — Point où en est là-dessus le travail européen.

49. Celui qui étudie attentivement, sur un ensemble suffisant de temps, de lieux et de peuples, la succession des faits sociaux,

en tire la conviction profonde que l'histoire de l'humanité suit, en son développement, certaines lois, ou, en d'autres termes, certaines nécessités générales, conséquences de la constitution même de l'homme. Ces lois, dont ce n'est pas ici le lieu de développer tous les caractères, me paraissent au nombre de quatre.

50. La première est la loi de génération : loi universelle, qui préside à la succession des événements comme à celle des choses. L'historien apprend, en acquérant la conscience de cette loi, à ne pas s'arrêter aux causes apparentes et futiles, mais à rechercher les véritables éléments générateurs des faits, à remonter la filiation, à embrasser la chaîne qui lie ces faits les uns aux autres.

51. La seconde loi est celle de la propagande humaine, qui se manifeste par une contagion, par une communication incessante des idées, des passions, des coutumes bonnes ou mauvaises, d'homme à homme, de cité à cité, de peuple à peuple. Cette loi prend sa base dans le caractère essentiellement communicatif et imitateur de l'homme; elle est un des agents les plus actifs par lesquels s'accomplit la génération des événements; plus énergique, plus rapide en Europe que partout ailleurs, à cause surtout de l'origine commune et des rapports multipliés des nations modernes, elle peut y prendre le nom de propagande européenne; les effets en sont faciles à suivre et à constater; l'historien puise dans l'observation qu'il en fait un large et fécond enseignement.

52. La troisième loi est celle de la similitude, qui n'est qu'une conséquence de la loi précédente, car la propagande amène la similitude. Cette loi, dont les résultats deviennent tous les jours plus évidents, pousse les nations, graduellement et en toute chose, vers l'uniformité, laquelle a pour point extrême l'unité, mais il sera toujours bon de dire, l'unité dans la diversité. Au fond, l'homme est un même être, et l'humanité un grand tout. L'esprit limitateur et superficiel, en étudiant l'histoire ou les institutions des peuples, n'y voit que diversité; l'esprit généralisateur et profondément scrutateur soulève l'écorce et montre la similitude.

53. Enfin, la dernière loi est celle du progrès : loi finale, qui a sa base dans le caractère essentiellement perfectible de l'homme, et qui, par le travail continu de cette perfectibilité, nous fait avancer, sur tous les objets soumis à ce travail, du mal au bien, du bien au mieux, de la faiblesse à la puissance, des ténèbres à la lumière, de l'erreur à la vérité.

54. Sans doute, ces diverses lois admettent, pour un temps, des obstacles, des déviations, des reculs, produits de mille causes diverses, au nombre desquelles se range le libre arbitre de l'homme; mais, à la longue, elles finissent toujours par s'accomplir. Ne vous attachez pas à un point isolé du temps, faites la somme des siècles, qu'il s'agisse de sciences, d'arts, de coutumes ou d'institutions, partout vous reconnaîtrez la trace de la loi de

génération, de la propagande, de la similitude, et, en définitive, pour résultat total vous aurez toujours le progrès.

55. L'histoire du droit pénal chez les nations modernes de l'Europe présente l'application de ces vérités.

La pénalité y débute par le principe de la vengeance privée, par la guerre de famille (*faida*), d'où dérive la composition, le rachat suivant un certain tarif (*weregeldum* et *fredum*) : on peut dire qu'à cette époque le droit social est presque inaperçu, la peine publique n'existe pour ainsi dire pas.

Dès qu'elle apparaît, elle est cruelle, inégale, arbitraire : le principe est celui de la vengeance publique mise à la place de la vengeance privée. Cette idée de vengeance publique dure jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, et elle laisse même dans la langue du droit pénal des traces qu'on y retrouve encore aujourd'hui (1).

Enfin les peines s'humanisent, s'équilibrent, se déterminent : plus de vengeance; le principe scientifique devient celui de la justice unie à la nécessité sociale, de la répression avec miséricorde et correction, et l'on travaille à le faire passer dans la législation. Telle est la marche des idées sur la pénalité depuis la fondation des nations modernes, c'est-à-dire durant le cours de quatorze siècles environ.

56. La juridiction, qui n'est qu'une partie du pouvoir social, a suivi en Europe les vicissitudes de ce pouvoir.

Sous l'ère barbare et d'après les mœurs des peuples du Nord, elle commence par un principe populaire, mais grossièrement organisé : le concours du prince ou de ses officiers (*princeps, dux, comes, grafio, geresfa, vicecomes, centenarius, decanus, etc.*) avec les hommes libres (*boni homines, rachimburgii, pagenses, witan, etc.*), dans des réunions temporaires et périodiques (*mallum, placitum*), quelquefois en assemblée générale (*conventus*). L'officier royal, dans chaque division à laquelle il est préposé, convoque le mal et les hommes qu'il y appelle, préside l'assemblée, recueille, sans y prendre part, la sentence que rendent les *boni homines* (généralement au nombre de sept au moins), et la fait exécuter.

Sous l'ère féodale, la juridiction devient patrimoniale, propriété du seigneur justicier, ou du seigneur fiefieux. Du reste, elle n'est,

(1) La voici exprimée, avec une singulière association de pensées, où se fait bien sentir la filière historique de nos institutions sur ce point, dans un ouvrage assez estimé, qui servait, au dix-huitième siècle, comme de manuel pour l'étude du droit français : « Quoiqu'un particulier se trouve offensé en son honneur ou en ses biens par le crime d'un autre, il ne lui est pas permis de poursuivre la punition du crime ; la vengeance est défendue aux hommes, et il n'y a que le roi qui la puisse exercer par ses officiers, en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu. » (*Institution au droit français* de M. ARGOU, liv. III, ch. 38, Paris, 1753.) La même idée se rencontre, du reste, chez tous les criminalistes de l'époque, et de nos jours les mots de *venger la société, vengeance publique, vindicte publique*, sont encore dans toutes les bouches.

sous le rapport de son organisation, qu'une transformation de celle qui précède : elle présente, dans des réunions temporaires et périodiques (*assises, plaids, cort*), le concours du seigneur ou de son officier (*lieutenant, bailli, prévost, sénéchal, etc.*) avec ses hommes féodaux (*homes de fief, homes jageurs, homes téaux*), qui lui doivent service à l'ost et aux plaids. Le seigneur ou son lieutenant, aux époques en usage ou en cas de besoin extraordinaire, convoque l'assise et *semonce* les hommes de fief qu'il y appelle, préside l'assemblée, recueille, sans y prendre part, la sentence que rendent ces hommes jageurs (au nombre de deux au moins ou de trois, ou de plus, suivant les coutumes) (1), et la fait exécuter. Assises, tantôt sur le propre droit de fief, tantôt sur des droits de justice séparés du fief, qui peuvent être divisés, subdivisés, vendus, légués à part, ou donnés eux-mêmes en inféodation, ces juridictions offrent à la fois morcellement et indépendance d'une part, enchevêtrement et sujétion d'une autre. Le roi a les siennes, distinctes entre elles, comme chef suzerain ou chef féodal de ses feudataires et comme justicier de ses domaines particuliers; les seigneurs ont les leurs, soit dans les qualités réunies de seigneurs féodaux et de seigneurs justiciers, soit dans l'une ou dans l'autre séparément, susceptibles des mêmes nuances, et qualifiées de haute, de moyenne ou de basse justice, suivant l'étendue de leurs privilèges; les communes, à mesure qu'elles s'affranchissent, ont la leur, à laquelle concourent le représentant de la commune (*major, maire, consul* ou autres officiers) et les hommes jageurs de la commune (*bourgeois, jurés*); enfin l'Eglise a aussi les siennes (*corts de chrétienté*), attribuées aux évêques et archevêques, se ressentant de l'influence du droit romain, dont le souvenir est conservé par le clergé, soumises à des recours successifs devant les autorités supérieures ecclésiastiques, et commençant les premières à être déléguées comme office permanent à un juge ecclésiastique, l'*official*, d'où le nom d'*officialité* pour cette juridiction. De telle sorte qu'il faut distinguer, dans cet état de choses, les jus-

(1) Dans la *cour des Bourgeois*, aux assises de Jérusalem, il y avait le visconte, représentant la personne du roi, « qui est chief seignor dou pais », et douze jurés, « ou plus ce (si) il plaît au Roi ». Ces jurés doivent être bourgeois et chrétiens, « bourgeois et frans, de la loy de Roume ». (Voir le *Livre des assises de la cour des Bourgeois*, ch. 4 et 7, et l'*Abrégé du Livre des assises de la cour des Bourgeois*, 1^{re} partie, ch. 2, 3, 7 et 8.) Du reste, malgré ce nom de jurés et ce nombre de douze, il ne faut pas les assimiler entièrement à nos jurés d'aujourd'hui. C'étaient des personnes désignées pour un temps, comme hommes sages et prudents, « predoumes » (prud'hommes), pour venir siéger aux assises; quoiqu'ils fussent douze, ou plus s'il plaisait au roi, ils ne venaient pas toujours siéger tous à la fois, et ils pouvaient juger au nombre de deux ou de trois, suivant la règle commune. On peut induire, d'une scène racontée dans l'*Abrégé du Livre des assises de la cour des Bourgeois*, 2^e partie, ch. 21, que c'était le roi qui les désignait et les destituait à volonté.

tices seigneuriales, la justice royale, les justices communales et les justices ecclésiastiques. C'est de cette confusion, de ce système d'inégalité à tant de degrés que sort cette règle féodale : chacun doit être jugé par ses pairs, c'est-à-dire, en prenant la règle, non pas dans son application exclusive à la hiérarchie féodale, mais dans sa plus grande extension, qu'au milieu du morcellement de la société en classes inégales, chacun sera jugé dans sa classe et avec le concours des hommes de sa classe.

Sous l'ère monarchique, en comprenant dans ces termes toute l'époque durant laquelle l'autorité royale a commencé, s'est efforcée chaque jour davantage, est parvenue enfin à s'élever au-dessus du principe féodal, à dominer ce principe et à se faire reconnaître comme autorité publique et supérieure, indépendante de toute idée de fief et venant de Dieu, il se produit un long travail par suite duquel l'organisation précédente se transforme et se détruit. Les hommes de fief ne sont plus appelés au jugement; le roi, les seigneurs, jugent par eux-mêmes, ou du moins par les officiers qu'ils délèguent; les assises temporaires et périodiques font place à des institutions fixes; la charge de juger devient un office; ces offices s'afferment pour un temps, se vendent ou se concèdent gratuitement; les légistes en sont pourvus sous de certaines conditions d'aptitude. Enfin l'organisation judiciaire se résout en un système de juridictions permanentes, dont la suprématie appartient aux juridictions royales, ordinaires ou extraordinaires, composées de membres nommés par le roi, le plus souvent moyennant finance, réparties sur les diverses portions du territoire, avec une hiérarchie marquée et des recours de divers genres d'une autorité à l'autorité supérieure. Cependant les justices ecclésiastiques, quoique plus contenues et réglées en certains points par les ordonnances, existent encore à côté de la justice et du pouvoir séculiers, dont elles empruntent le bras pour l'exécution temporelle de leurs sentences. Les justices seigneuriales ou communales subsistent également, mais asservies aux règles des ordonnances, réduites à un rôle subalterne et soumises à la surveillance royale. C'est à la fin de cette époque, par allusion à cette lutte du pouvoir royal contre la féodalité, lutte dans laquelle les jurisconsultes ont apporté tant d'appui à la couronne, et pour exprimer la victoire de la juridiction royale sur toutes les autres juridictions, que se formule cet aphorisme monarchique : « Toute justice émane du roi (1). »

(1) Déjà l'on voit poindre ce principe exprimé féodalement dans BEAUMANOIR, au temps de saint Louis (vers 1283) : « Car toute laie juridictions du roiaume est tenue du Roy en fief ou en arrière-fief. » (Ch. 11, n° 12, p. 163.) — Et dans cette phrase remarquable, écrite au temps du roi Charles VI (vers 1380) par l'auteur inconnu du *Grand Coutumier de France* : « Jaçoit ce qu'à généralement parler il ne soit qu'une Justice, qui meult de Dieu, dont le Roy a le

Enfin, après avoir passé par ces vicissitudes, le principe de la juridiction se dégage : la science ne voit dans ce pouvoir qu'un pouvoir social, qui est un et qui découle de la même source que tous les autres pouvoirs, c'est-à-dire de la souveraineté. La législation l'organise en le confiant comme nomination, institution, surveillance et mise à exécution, à l'autorité exécutive, avec des garanties d'aptitude, d'inamovibilité, de hiérarchie, de compétence déterminée, et surtout avec le concours des hommes du pays, dans l'institution du jury, pour les matières pénales les plus graves, pour les matières politiques et pour certaines matières civiles. De telle sorte qu'au fond le principe fondamental de la juridiction, après le long cours de quatorze siècles, revient à être ce qu'il était dans l'origine; mais le système en est savamment et régulièrement organisé; il offre le profit de l'expérience, il a retenu et associé entre eux divers éléments produits dans cet intervalle, enfin, au lieu de reposer sur une idée d'inégalité, il repose sur l'idée contraire. Sous l'ère barbare, si les hommes libres, sous l'ère féodale, si les hommes de fief étaient appelés au jugement, il y avait des esclaves, il y avait des serfs qui n'y prenaient aucune part, il y avait une multitude de classifications distinctes dans les personnes. Aujourd'hui nous sommes tous égaux devant la loi, tous pairs les uns des autres. Et cependant tel est l'empire des traditions, que ces deux maximes contradictoires, si significatives pour qui sait les comprendre, l'une de la féodalité, « chacun doit être jugé par ses pairs », l'autre de la monarchie de droit divin, « toute justice émane du roi », se combinent, changent de sens, et sont reproduites encore l'une à côté de l'autre jusqu'à notre temps.

57. Quant à la procédure, elle commence sous l'ère barbare par le principe accusatoire, avec la publicité des débats, et l'accusateur posé contradictoirement en face de l'accusé, sous la menace de la peine du talion s'il succombe. Mais quels sont les moyens de preuve? Après le flagrant délit, c'est l'aveu; et la torture apparaît, dans quelques lois barbares, comme moyen employé contre l'esclave ou le colon, même contre les hommes libres d'après la loi des Visigoths, pour obtenir cet aveu en matière capitale. A défaut de flagrant délit, d'aveu ou de conviction patente, l'accusé soupçonné doit se purger (1). Il le fera par le serment de son innocence, qu'il prêterait suivant le cas et suivant la nation, avec trois, quatre, cinq, six, douze mains, et quelquefois jusqu'à soixante-douze chez les Francs Ripuaires, ou

gouvernement en ce Royaume, toutesfois en spécialité elle est divisée en plusieurs membres.... » etc. (Liv. 4, tit. 5, *De haute, moyenne et basse justice.*)

(1) Un grand nombre de textes dans les lois barbares et dans les documents de cette époque font voir que l'on recourt à la purgation par serment ou par ordalies sur les seuls soupçons, lorsqu'il n'y a pas de preuve certaine de l'accusation.

quatre-vingts chez les Allemands (*jurare quarta, quinta, sexta manu*, etc.), c'est-à-dire assisté de ses *conjuratores*, parents, alliés ou amis, au nombre fixé par la loi, qui, plaçant leur main sous la sienne, pendant qu'il jure, attestent la foi due à son serment et l'appui qu'ils sont prêts à lui donner (1). A défaut de serment avec le nombre voulu de *conjuratores*, c'est le jugement de Dieu, c'est-à-dire les ordalies (de *Urtheil*, jugement; en hollandais, *Oordel*), par le combat, par le fer rougi, par l'eau bouillante, par le sort, par la croix ou autres sortes d'épreuves, qui décidera.

La féodalité emprunte ces formes et ces moyens de procédure, en les modifiant, suivant chaque lieu, dans les nuances et dans les détails de l'application (2). Toutefois elle a une prédilection marquée pour le jugement de Dieu par le combat, surtout quand il s'agit de seigneurs ou chevaliers. Elle règle les cas où il échoit tournois ou gage de bataille, ceux où l'on peut combattre par champion, la manière de demander, d'obtenir et d'accepter le combat, les armes, suivant la qualité des parties, les conditions de la lutte et ses conséquences finales. En matière criminelle, la rigueur du droit est que le vaincu, s'il n'a pas péri dans la bataille, accusé ou accusateur, tant le champion que celui qui l'a donné, soit incontinent mis à mort (3). L'appel en ces temps consiste à fausser la cour, c'est-à-dire à l'accuser de fausseté et de déloyauté dans le jugement qu'elle a rendu, et à combattre contre chacun de ses membres (4). C'est de cet usage du combat judiciaire, maintenu longtemps en matière civile et en matière pénale, même à l'époque où la féodalité commence à être minée et à se détruire, que sort ce dicton coutumier : « Le mort a le tort, et le battu « paye l'amende (5). »

(1) La loi des Allemands décrit ainsi la forme du serment : « Les *conjuratores* posent chacun leur main sur la châsse des reliques, et celui qui doit jurer avec eux, plaçant sur toutes ces mains la sienne, prononce seul les paroles du serment, et jure par les reliques et par les mains qu'il tient, que Dieu lui soit en aide comme il n'est pas coupable. » (Tit. 6, § 7.) — Dans le droit canonique, les *conjuratores* doivent prêter serment à leur tour. — Au moyen âge, postérieurement à l'époque barbare, un brave Suisse qui, attaqué, la nuit, seul, dans sa maison, a tué l'agresseur, s'en vient jurer avec trois brins de paille de sa maison, son chien, son chat et son coq, qu'il n'a fait cet homicide qu'en se défendant. (*Histoire de Suisse*, de Jean DE MULLER, t. III, p. 258.)

(2) On trouve dans les *Assises de Jérusalem*, comme moyen de preuve : les garants, qui ne sont pas identiques, mais qui ont incontestablement quelque chose d'analogue aux *conjuratores*; la question; l'épreuve par le *juys* ou barre de fer rougie, et celle par la bataille.

(3) « Et tos homes vengus en champ de tex batailles doivent eistre pendus. » (*Assises de Jérusalem*, Jacques d'IBELIN, § 19, édition de M. Beugnot.) Voir le § 23, quant au champion et à celui qui l'a donné. Cette rigueur n'a pas été partout ni toujours observée.

(4) « Qui fause la Court, convient que il se combatte à tous ceaux de la Court, ou que il ait la teste copée. » (*Ibidem*. La clef des assises de la haute cour, § 140.)

(5) *Institutes coutumières* de LOYSEL, liv. 6, tit. I, § 29, n° 817 de l'édition

L'Église, qui a commencé par tolérer ces divers moyens de décision et par y intervenir quelquefois (1), ne tarde pas à les condamner (2). Elle n'en retient pour ses juridictions que la purgation par serment, avec un nombre déterminé de *conjuratores* : d'où vient à ce mode de justification le nom spécial de purgation canonique (3). Mais ensuite, au treizième siècle, par son caractère lettré, par sa propension à s'inquiéter de l'état des consciences et à chercher à y pénétrer, elle est amenée à produire, à développer graduellement un nouveau système de procédure pénale, le système inquisitoire, qui n'est admis d'abord que comme un procédé inférieur pour des cas exceptionnels (4), mais qui finit par dominer et par exclure le système accusatoire que l'Église tenait du droit romain, comme la féodalité l'avait tenu des barbares.

Des juridictions ecclésiastiques le système inquisitoire passe dans les juridictions temporelles; il y remplace ce qui restait encore des anciennes coutumes, et il devient finalement, à l'exception de l'Angleterre, le droit commun de toute l'Europe, avec ses informations d'office, ses interrogatoires et procès-verbaux couchés par écrit, son impitoyable développement de la torture, son secret durant tout le cours du procès, sa théorie des preuves légales, et son jugement sur pièces.

Enfin les excès du système inquisitorial sont réprouvés; la voix

de MM. Dupin et Laboulaye. Ces termes, « le battu paye l'amende », font allusion à l'issue de la bataille pour meubles ou héritages, dans laquelle le vaincu perdait sa cause avec amende.

(1) On trouve, dans les anciennes formules d'exorcismes, recueillies et publiées par Baluze, à la suite des Capitulaires, le rituel qui devait être observé et les prières qui devaient être chantées par le prêtre pour l'accomplissement des diverses ordalies par l'eau chaude, par l'eau froide, par le fer incandescent ou autres épreuves.

(2) Voir, dans le *Corpus juris canonici*, Décrétales, livre 5, tit. 35, *De purgatione vulgari*, le chapitre 1, qui interdit le combat, et le chapitre 3, l'épreuve par le fer incandescent, « in quo Deus tentari videtur ». Ces constitutions pontificales sont du douzième et du treizième siècle; mais la réprobation de ces usages par les Pères et par les conciles remonte bien plus haut; le droit canon (décret de Gratien, 2^e partie, cause 2, question 5) nous offre à ce sujet des textes antérieurs de plusieurs siècles, que les papes étaient obligés de reproduire fréquemment, parce que la pratique continuait à l'emporter sur leur autorité.

(3) *Corpus juris canonici*, Déc., liv. 5, tit. 34, *De purgatione canonica*. « ...Deinde compurgatores super sanctum Dei Evangelium jurabunt, quod ipsi credunt, eum verum jurasse. » Voir aussi les textes antérieurs dans le décret de Gratien, *loco citato*.

(4) Les textes canoniques les plus anciens en date sur le système d'inquisition sont d'Innocent III, ans 1212, 1213 et 1216, quoique avec des indices de germes antérieurs (voir ci-dessous, n^o 71). La procédure par inquisition ne doit avoir lieu que lorsqu'il y a une sorte de dénonciation par bruit public et avec vraisemblance; la peine contre celui qui n'a été condamné que sur une telle procédure doit être ordinairement mitigée. (*Corpus juris canonici*, Décrétales, liv. 5, tit. 1. *De accusationibus et inquisitionibus*, ch. 16, 19, 21. Voir aussi les *Instituta juris canonici*, liv. 4, tit. 1, *De accusationibus, denuntiationibus et inquisitionibus*.)

publique les signale et les flétrit; la législation les atténue ou les abandonne; puis, des éléments divers fournis par les régimes précédents, l'expérience fait sortir comme un composé, comme un système mixte de procédure pénale, dont une première partie emprunte ses caractères à l'information inquisitoriale, mais dont la seconde reprend toutes les garanties du système accusatoire (1), avec les seuls moyens de s'éclairer que la raison et la conscience puissent admettre : l'accusateur en face de l'accusé, le débat oral, les preuves de conviction, la liberté et la publicité des débats et de la défense. Le principe barbare, en matière de procédure, était que l'accusé doit se purger, et voici le principe civilisé : « C'est l'accusation qui doit prouver; jusque-là, l'accusé est réputé innocent. »

58. Si l'on résume ce tableau, déjà si concis, des vicissitudes par lesquelles ont passé la pénalité, les juridictions pénales et la procédure pénale en Europe, on voit, dans chacune de ces institutions, se succéder les trois ordres d'idées bien distincts qui suivent :

En fait de pénalité : 1^o vengeance privée; 2^o vengeance publique; 3^o plus de vengeance, mais justice et nécessité sociale, répression et correction.

En fait de juridiction : 1^o concours du chef avec les hommes libres ou les hommes de fief, grossièrement organisé, en des assises temporaires, dans une société fractionnée et inégale; 2^o délégation du pouvoir royal, comme droit supérieur et divin, en des offices permanents, avec de grands efforts et des progrès marqués vers l'homogénéité; 3^o concours du pouvoir exécutif et des citoyens, comme partie intégrante de la souveraineté, en des institutions permanentes et des assises temporaires, dans une société une et proclamant l'égalité devant la loi.

Enfin, quant à la procédure pénale : 1^o système accusatoire et publicité, avec l'obligation pour l'accusé de se purger, et le serment, le combat ou les ordalies comme moyen de décision; 2^o système inquisitoire, avec la torture, l'instruction écrite, le secret, les preuves légales et le jugement sur pièces; 3^o système mixte, commençant par l'information inquisitoriale, terminé par le procédé accusatoire, avec l'obligation pour l'accusateur de prouver, le débat oral, les preuves de conscience et la publicité.

Dans la succession de ces trois ordres d'idées, en chacune de ces institutions, on voit la loi de génération qui conduit, par des transitions ménagées, de l'une à l'autre de ces idées; on voit la loi de propagande qui les communique d'un pays à l'autre, d'une époque à l'époque suivante; la loi de similitude, qui se révèle chez les nations européennes d'une manière ostensible, si l'on

(1) Voir l'abrégé de mon cours d'*Introduction historique à l'étude du droit pénal comparé*, 1841, p. 215.

s'en tient aux grands délinéaments et qu'on laisse de côté les détails, effacés dans une vue d'ensemble; enfin la loi du progrès, qui emploie même le mal temporaire pour s'accomplir, et qui laisse toujours en définitive ses résultats. Si le dernier ordre d'idées, dans chacune de ces institutions, ne présente pas encore en Europe une réalisation aussi complète ni aussi généralement étendue que l'ont fait, en leur temps, les idées précédentes, c'est que nous en sommes précisément à ce dernier ordre, et que là-dessus le travail est commencé en Europe, mais n'est pas terminé.

59. Après cette vue d'ensemble sur le cours des institutions elles-mêmes, nous pouvons passer plus sûrement à l'indication des sources d'où ont découlé ces institutions et leurs vicissitudes.

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT PÉNAL FRANÇAIS

Droit romain : textes du *Corpus juris civilis* qui se réfèrent au droit pénal. — Droit canonique : *Corpus juris canonici*. — Droit barbare : Lois germaniques, Capitulaires, formules. — Droit féodal : *Consuetudines feudorum*; les *Lois et les coutumes* de Guillaume le Conquérant; les Assises de Jérusalem; plus, les documents du douzième et du treizième siècle; anciens établissements, coutumes et arrêts de quelques provinces, *Établissements* de saint Louis, *Coutumes et usages de Biauvoisins* par Philippe de Beaumanoir. — Droit coutumier : 1^{re} série, appartenant à l'ère féodale; 2^e série, depuis les réformes de saint Louis jusqu'à la rédaction officielle ordonnée par Charles VII (1453); 3^e série, après cette rédaction. — Ordonnances royales : influence de ces ordonnances sur la pénalité, sur les juridictions, sur la procédure pénale. — Lois et codes depuis la révolution de 1789 : corps de notre droit pénal actuel.

60. En tête de toutes les sources de notre ancien droit il en faut placer deux, générales, communes à toute l'Europe, auxquelles les autres se sont plus ou moins alimentées, et qui sont dérivées, l'une de l'ancienne Rome, l'autre de la Rome nouvelle : le droit romain et le droit canonique.

Puis, à mesure que l'Europe passe par ces deux régimes successifs d'organisation, le régime barbare et le régime féodal, nous trouvons, l'une après l'autre, deux nouvelles sources, qui, bien que tenant à un système général répandu par toute l'Europe, se localisent et prennent leur spécialité dans chaque État : le droit barbare et, après lui, le droit féodal.

Dans tout le cours de ces deux périodes, suivant de jour en jour l'esprit qui y règne et les modifications qui s'y produisent, deux autres sources se rencontrent constamment : l'une, introduite par l'usage des populations dans chaque localité; l'autre, par l'autorité dans toute l'étendue de son territoire : le droit coutumier et des ordonnances de l'ancienne monarchie jusqu'à la révolution de 1789.

Enfin les lois et les codes survenus depuis cette révolution. Tel est l'ensemble des monuments sur lesquels s'est fondé, dans son développement historique, le droit pénal français.

§ 1. Droit romain.

61. Il s'en faut de beaucoup que les jurisconsultes romains aient traité ce qui concerne le droit pénal avec cette supériorité de raison et cette valeur scientifique que nous rencontrons dans leurs écrits sur certaines matières de droit privé. Toutefois, la législation romaine a exercé en Europe, sur ce point comme sur les autres, une influence dont nous apercevons la trace dans le droit canonique, même dans les lois barbares et dans le droit féodal, mais qui devient plus marquée dès l'époque où le pouvoir monarchique se fortifie et commence à l'emporter sur la féodalité.

62. Les juridictions et la procédure criminelles, s'étant fondées en Europe avec un caractère nouveau et distinct, se sont séparées du droit romain; mais, pour la pénalité, les textes romains, nommés souvent la loi écrite, ont été reconnus comme droit commun en tout ce qui n'était pas réglé différemment par des statuts spéciaux ou par la coutume. Les jurisconsultes de droit pénal ont montré la même habileté que les jurisconsultes de droit civil à plier aux usages et aux choses de leur temps ces textes faits pour une tout autre société; ils ont puisé, au besoin, dans les décisions données pour les matières civiles, et ils ont étendu, par analogie, ces décisions aux matières criminelles; enfin, ils ont continuellement et systématiquement appliqué au droit pénal proprement dit ce que les jurisconsultes romains avaient écrit uniquement de ces sortes d'actions naissant des délits privés, qui prenaient l'épithète de pénales, mais qui n'étaient en réalité que des actions civiles pour la poursuite d'obligations privées. C'est ainsi que s'est assise et constituée, avec le secours fréquent du droit romain interprété suivant les besoins de l'époque, l'ancienne jurisprudence criminelle européenne, et, par conséquent, la nôtre (1).

§ 2. Droit canonique.

63. Le droit canonique, dont l'ensemble comprend, quant à l'Église catholique, les préceptes du Christ et des apôtres, les

(1) Les textes du *Corpus juris civilis romani* plus spécialement relatifs au droit pénal sont les suivants :

Dans les *Instituts*, liv. iv, tit. 1, 2, 3, 4, qui traitent des délits privés, et le titre 18, *De publicis judiciis*.

Dans le *Digeste*, les quatre titres du livre ix, le titre 3 du livre xi et les vingt-trois titres du livre xlvii, sur les délits privés, spécialement le titre 11, *De extraordinariis criminibus*; plus les vingt-quatre titres du livre xlviii consacrés aux délits publics, et notamment le titre 19, *De penis*.

Dans le *Code*, livre iii, tit. 35 et 41, et livre vi, tit. 2, sur les délits privés; plus les cinquante et un titres du livre ix, relatifs aux délits publics, et notamment le titre 47, *De penis*.