

LEÇONS

DE

DROIT CRIMINEL

(CODE PÉNAL)

PREMIÈRE LEÇON

INTRODUCTION

1. L'étude et la connaissance de l'ancien droit criminel, intéressantes peut-être pour le moraliste, ou même pour l'historien, me paraissent, en général, ne pas importer autant au jurisconsulte pour l'application pratique des lois sous lesquelles nous vivons. On peut en donner deux raisons.

D'abord la nature même des lois pénales indique suffisamment que le juge ne jouit pas, dans l'application de ces lois, de cette latitude d'interprétation dont nous usons tous les jours en matière de droit civil. La nature des lois pénales dit assez que tout doit s'y prendre à la lettre; qu'il n'est pas permis, en général, d'aggraver contre un prévenu, contre un accusé, la disposition précise d'un texte, à l'aide d'arguments tirés de textes anciens. En un mot, il n'est pas permis dans le droit pénal, comme on le fait sans cesse dans le droit civil, d'aller chercher dans les lois anciennes de quoi combler les lacunes, de quoi expliquer les obscurités des lois nouvelles.

Ensuite une autre raison, plus directe encore, paraît ôter tout intérêt pratique à l'étude détaillée des anciennes lois criminelles françaises : c'est que nos lois nouvelles ne sont pas, dans les matières criminelles, comme dans les matières civiles, la reproduction plus ou moins fidèle, plus ou moins exacte, de principes admis autrefois. Nous ne trouvons pas ici ce que nous trouvons à chaque pas dans les autres Codes, une transaction plus ou moins heureuse entre les anciens principes qui partageaient autrefois la jurisprudence et les auteurs. Dans le droit pénal, au contraire, presque tout est nouveau, presque tout a ressenti vivement l'influence

du temps, des mœurs, des révolutions; et, sous ce rapport encore, nous aurons, je le répète, assez peu d'intérêt à consulter le droit ancien.

Aussi ne m'occuperai-je guère aujourd'hui de l'histoire du droit criminel antérieur à 1789 que pour vous démontrer la vérité de ces deux propositions, que pour vous faire sentir, par quelques exemples saillants, quel immense intervalle sépare, à cet égard, les idées anciennes des textes nouveaux.

Au contraire, à partir de 1789, malgré les nombreuses variations subies, à diverses époques, par la législation pénale, nous trouvons cependant une filiation de principes, de règles, de procédures, de pénalités, qu'il sera souvent important de suivre pour la saine intelligence des lois qui nous régissent maintenant.

Avant 1789, on remarquait dans le droit pénal, d'une manière bien plus sensible et bien plus fâcheuse encore que dans les autres branches du droit, l'absence de règles, de fixité, d'uniformité, soit en ce qui touche la nature et l'application des peines, soit en ce qui touche les règles de l'instruction, soit dans les matières qui forment aujourd'hui l'objet de notre Code pénal, soit dans celles que nous trouvons développées dans le Code d'instruction criminelle. Occupons-nous tour à tour et brièvement de chacun de ces points.

2. D'abord, dans l'ancienne pénalité régnait un immense, un effrayant arbitraire; j'en citerai tout à l'heure des exemples. En second lieu, les plus bizarres inégalités dans l'application des peines étaient admises et reconnues par les lois et par l'usage. Enfin, nous trouvons des rigueurs exagérées, des peines mal calculées, qui dépassent à chaque instant le but, et qui, par conséquent, le manquent tout à fait.

Pour justifier ces reproches, pour prendre une idée sommaire de la nature des peines admises autrefois, vous pourrez parcourir un passage de Pothier, *Traité de la procédure criminelle*, section V, § 6. Je cite Pothier, attendu que vous trouvez dans ce passage un résumé assez fidèle des anciens principes de la législation sur cette matière. Pothier cite les principales divisions de pénalités, les principales natures de châtimens admis et pratiqués dans l'ancienne jurisprudence. Il place en première ligne les peines afflictives capitales, et c'est de celles-là surtout, comme étant les plus importantes, que je vais vous entretenir un instant: ce sont les exemples les plus propres à faire sentir les vices de l'ancienne législation sur cette matière.

« Lorsque les juges trouvent une preuve suffisante contre l'accusé, ils rendent contre lui une sentence de condamnation, par laquelle ils le déclarent atteint et convaincu de crime, et le condamnent à la peine que ce crime mérite. — Les juges inférieurs doivent exprimer le crime pour lequel ils rendent le jugement de condamnation; ils ne peuvent pas prononcer en termes généraux pour les cas résultant du procès. Pareilles défenses ont été faites aux officiaux, par arrêt du 19 mars 1712. — Les peines sont ou capitales ou afflictives; non capitales ou seulement infamantes; ou ni afflictives ni infamantes. — Les peines capitales sont celles

de la mort naturelle, des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. »

Vous voyez que ces idées sont encore reproduites dans le droit actuel: vous y trouverez la peine de mort, celle des travaux forcés, et la déportation qui répond au bannissement. Mais vous allez voir une immense différence dans l'application.

« Il y a différents genres de peine de mort naturelle; les juges ne peuvent condamner qu'à quelqu'un des genres qui sont en usage dans le royaume. »

Mais, à part cette première limitation, qui n'est guère qu'une chose d'usage, et que les lois ne consacrent pas, vous trouverez une désolante latitude dans cette législation.

« Le genre de peine de mort le plus ordinaire est la peine de la potence. — Les gentilshommes ne sont pas condamnés à cette peine, mais à celle de la décollation. »

Voilà déjà la plus bizarre, la plus singulière des inégalités; voilà une distinction sociale qui se trouve même renouvelée par ce qui devrait les niveler toutes, l'infamie du crime et la main du bourreau. Voilà un singulier privilège, celui qui a pour effet d'inculquer dans l'esprit du peuple cette immorale et fausse idée, que la honte s'attache moins à la nature du crime qu'à la nature même du châtiment.

« La peine de la roue est aussi un genre de peine auquel on condamne pour les crimes les plus atroces, tels que l'assassinat prémédité, le vol sur les grands chemins, ou dans les maisons, avec effraction et violence publique: on ne condamne jamais les femmes à cette peine. — La peine du feu est aussi en usage pour certains crimes, tels que les sacrilèges énormes, les crimes contre nature, etc., selon le degré d'atrocité du crime. On condamne quelquefois une personne à être brûlée vive, quelquefois seulement à être pendue et étranglée, et le corps jeté au feu. — Ceux qui ont attenté à la vie de nos rois ont été condamnés à être écartelés. »

Toutes ces peines, toutes ces mutilations plus ou moins barbares, que les lois ou l'usage ont ajoutées à la peine de mort, sont des peines dont le vice est jugé depuis longtemps: ce sont de ces peines dont je disais tout à l'heure qu'elles ont manqué le but parce qu'elles l'ont dépassé. En effet, quelque opinion qu'on puisse adopter sur la légitimité de la peine de mort, et en faisant, à cet égard, la part la plus large aux habitudes et aux exigences sociales, en admettant pleinement la légitimité de cette peine, on ne peut s'empêcher du moins de reconnaître qu'elle est le dernier terme, le *nec plus ultra* des rigueurs humaines; que, si cette peine n'effraye pas, ne détourne pas du crime, le luxe de tortures, l'addition de supplice que le législateur y ajoutera n'effrayera pas davantage; que, de plus, les effets si graves, si sérieux de la peine de mort, seront en partie détruits; car, par une impression de pitié ou de douleur, qui est la conséquence inévitable de l'emploi de tels supplices, on détruira en grande partie l'effet salutaire, l'impression terrible que devait produire le châtiment. Il est toujours dangereux d'appeler

l'intérêt public sur un grand coupable qu'on punit, et on ne peut guère manquer d'y arriver quand on ne se contente même pas de la peine de mort. C'est une chose qui fait peine à voir, que de regarder la justice entrant avec le coupable qu'elle frappe dans une lutte de raffinement, dans un concours de barbarie où elle a contre lui le triste avantage d'être la plus habile et la plus forte.

Enfin, quant à l'arbitraire des peines, Pothier en donne un singulier exemple dans le paragraphe suivant. Il vient de dire que certains crimes graves, odieux, étaient punis, non pas seulement de peine de mort, mais de la roue et du feu ; il ajoute que, par la volonté des juges, quelquefois on cumule ensemble ces deux peines ; c'est-à-dire qu'après avoir roué le coupable, et pendant qu'il est encore vivant, on le jette dans le feu.

« Quelquefois on gémme les peines. Il y a quelques années, la cour condamna un parricide de ce pays-ci à être roué, et ensuite jeté au feu tout vivant. On joint quelquefois à la peine de mort celle de faire amende honorable, d'avoir le poing coupé, ou la langue percée. On ordonne aussi assez souvent que celui qui est condamné à mort soit préalablement appliqué à la question pour avoir par lui la révélation de ses complices. »

Voilà une gémation de peines, voilà un redoublement de supplices appliqués sans aucune loi, sans aucune autorité légale, en vertu de la prétendue omnipotence parlementaire, dont les dangers se font évidemment sentir, surtout en cette matière. Heureusement un principe tout contraire domine aujourd'hui, et depuis longtemps il est établi dans notre législation pénale qu'une peine ne peut être appliquée qu'autant qu'elle était à l'avance formellement exprimée par la loi.

« La conséquence de toutes les peines capitales, c'est, ajoute encore Pothier, sans aucune réflexion sur toutes ces matières, « c'est la confiscation, » c'est-à-dire la plus odieuse, la plus immorale de toutes les peines, puisqu'elle ne frappe pas le coupable, mais seulement sa famille, ses enfants, sa postérité. Je dis qu'elle n'atteint pas le coupable ; car, à coup sûr, la confiscation importe peu à celui que frappe une peine capitale ; ceux qui souffrent, et ceux qui souffrent seuls, ce sont ceux qui ne sont pas coupables.

Quant aux peines non capitales, je n'entrerai pas dans les longues distinctions de l'ancien droit, et dans les exemples qu'en donne Pothier. Vous remarquerez seulement, en continuant la lecture de ce passage, qu'on prodigue, avec un luxe effrayant, des peines qui, à la vérité, quoique moins graves que les précédentes, sont cependant, depuis longtemps, l'une au moins, et l'autre depuis un temps assez récent, réprouvées et condamnées, c'est-à-dire la peine du fouet et la peine de la marque, peines qui ont l'inconvénient d'irriter, d'aigrir, de démoraliser celui qu'elles frappent ; peines qui en font un ennemi plus dangereux pour la société, sans cependant lui ôter les moyens de nuire ; peines, en un mot, qui dépravent au lieu de corriger, but essentiel, but naturel de toute pénalité.

3. Ces détails suffisent pour vous faire connaître, au moins en masse, ce que j'annonçais dès le principe, l'absence de tout rapport, de toute analogie utile et applicable entre l'ancien droit, quant à la pénalité, et les matières actuellement régies par le Code pénal de 1810.

Ce qui touche à l'instruction criminelle demande un peu plus de détail : d'abord, parce que, dans les matières d'instruction, de procédure criminelle, règne, comme vous le verrez plus tard, un peu plus d'étendue, un peu plus de latitude d'interprétation ; ensuite, parce que le même arbitraire qui régnait, quant à la pénalité, quant à l'application des divers châtimens, ne régnait pas, au moins d'une manière aussi complète, dans la procédure criminelle.

Cette procédure a été régie avant 1789 par deux ordonnances assez célèbres, dont la seconde surtout mérite quelques détails ; je veux parler des ordonnances de 1539 et 1670.

4. Il est assez difficile de bien juger aujourd'hui du mérite relatif de l'ordonnance de 1539, dans l'obscurité qui couvre pour nous la marche, les règles de la procédure criminelle antérieure ; on ne saurait guère dire si cette ordonnance fut un progrès, ou au contraire un pas rétrograde. Citons cependant quelques exemples de nature à faire connaître l'esprit qui y dominait, de nature à faire juger le mérite des reproches qui, cent ans avant 1789, avaient été élevés contre elle.

L'ordonnance de 1539 a consacré, dans la procédure criminelle française, un usage qui malheureusement y a duré trop longtemps, le secret le plus complet pendant toute la durée de l'instruction.

On lui a reproché également d'avoir formellement, expressément refusé à l'accusé le droit de faire présenter sa défense par la bouche d'un avocat : c'était la disposition de l'art. 162.

Cette ordonnance, qui refusait à l'accusé un défenseur, ne lui permettait même pas, au moins d'une manière formelle, de recourir à un conseil qui pût le guider, le diriger dans les détails et l'examen de la procédure instruite contre lui.

Enfin, elle obligeait l'accusé contre lequel des témoins étaient produits, de présenter les reproches qu'il avait à faire valoir contre ces témoins, dès que le nom lui était notifié ; une fois que la déposition de ces témoins, reçue et écrite hors de sa présence, lui avait été lue, il était non recevable à en discuter le mérite, à affaiblir par des motifs quelconques l'autorité, la gravité des témoignages qui avaient été donnés contre lui. Ainsi le voulait l'art. 154.

Ces divers points paraissaient avoir soulevé de la part des parlements une opposition assez vive ; et nous trouvons du reste un témoignage authentique, une preuve manifeste de la défaveur qui accueillit cette rigueur de procédure, dans les écrits d'un jurisconsulte fameux, d'un auteur contemporain, dans les écrits de Dumoulin. Voici en quels termes il reprochait au chancelier Poyet, auteur de cette ordonnance, ce refus étrange, cette rigueur nouvelle dans le droit français, qui refusait à l'accusé le ministère, l'appui d'un défenseur : *Vide*, disait Dumoulin, *vide tyranni-*

cam impii Poyeti opinionem, vide durtiam iniquissimam per quam etiam aufertur defensio; sed nunc iudicio Dei justo redundat in auctorem.

En effet, en 1544, cinq ans après la publication de l'ordonnance, dans l'année même où Dumoulin écrivait ceci, le chancelier Poyet était victime, à son tour, des rigueurs qu'il avait accumulées dans son ordonnance. Accusé de péculat, de concussion, traduit devant une commission de ce même parlement, au mépris des remontrances duquel il avait publié cette partie de l'ordonnance, Poyet voyait citer contre lui une multitude de témoins inconnus, contre lesquels il n'avait aucun reproche, aucune récusation possible à proposer. Pour s'enquérir de la vie de ces témoins, de leurs rapports avec lui, pour connaître, en un mot, les reproches à l'aide desquels il pourrait affaiblir leurs dépositions, il demandait du temps, un sursis; il demandait un défenseur. Le juge chargé de l'enquête lui répondit par ces paroles fameuses : « *Patere legem quam ipse tulisti.* C'est toi qui as fait la loi, supporte-la. » Poyet fut condamné.

5. Cependant, malgré la célébrité d'un tel exemple, les principes désastreux contenus dans l'ordonnance de 1539 restèrent en pleine vigueur jusqu'à l'ordonnance de 1670, par laquelle Louis XIV voulut publier un corps de législation, ou plutôt d'instruction criminelle, comme il avait, trois ans plus tôt, fait publier un corps de procédure, d'instruction civile. Il est même à remarquer que la jurisprudence avait encore enchiéri dans un assez grand nombre de parlements, sur les rigueurs de l'art. 162, et que, comme cet article, qui refusait à l'accusé le ministère d'un avocat, était muet sur la question de savoir s'il obtiendrait un conseil, non pas pour plaider, mais pour le guider, les tribunaux en avaient conclu qu'il leur appartenait, suivant la nature et la gravité des cas, d'accorder ou de refuser à l'accusé le droit de communiquer, le droit de consulter. Nous verrons, tout à l'heure, cette question agitée solennellement lors de la discussion de l'ordonnance de 1670.

Cette dernière ordonnance a reçu, dans l'origine, d'assez grands éloges. Elle avait, en effet, le mérite, précieux en tout temps, de contenir un corps complet, régulier, uniforme dans celle de toutes les matières du droit où la régularité, la fixité, l'uniformité, importent le plus. Aussi un criminaliste moderne, séduit sans doute par ce mérite incontestable de l'ordonnance, a-t-il cru pouvoir dire que cette ordonnance parut être et fut un grand bienfait. Cependant, sans contester, sans discuter la vérité de cet éloge, il est sûr que, pour l'admettre, il nous faudra supposer que d'intolérables abus avaient précédé l'ordonnance. En effet, vous verrez les rigueurs de l'ancien esprit en matière de procédure criminelle se reproduire à chaque pas dans les détails de cette ordonnance. Je procède également par quelques exemples.

L'un des éléments, le premier, le plus simple de tous les éléments de l'instruction, c'est l'interrogatoire qu'on fait subir à l'accusé: c'est là, vous le sentez, un élément essentiel, un élément nécessaire de toute procédure criminelle. Il paraît que, depuis longtemps, s'était introduit en France, sans aucun texte de loi, un usage d'une étrange bizarrerie: il

consistait à contraindre l'accusé, avant de subir l'interrogatoire, à prêter serment de la vérité des réponses qu'on l'appelait à faire. Cet usage le plaçait, vous le voyez, surtout dans les affaires graves, dans les matières capitales, entre la nécessité de se parjurer ou celle de s'accuser lui-même, cet usage ne lui laissait que l'insupportable alternative ou d'une violation de sa foi religieuse, ou d'une sorte de suicide. Aussi, lorsque dans le projet de l'ordonnance de 1670 on eut inséré, pour l'accusé, l'obligation de prêter serment, de dire la vérité dans son interrogatoire, lorsqu'on voulut convertir en loi ce qui jusqu'alors n'était qu'une affaire d'usage, les plus vives, les plus sérieuses réclamations s'élevèrent. Le premier président du parlement, M. de Lamoignon, réclama vivement l'abolition de cet ancien usage; il fit sentir, avec la plus grande force, quel inconvénient il y avait à placer un accusé dans une telle alternative, à le contraindre, en quelque sorte, à se parjurer pour sauver sa vie, à profaner par là même l'usage et l'emploi du serment; il démontra, et ses raisons, fort développées, sont bonnes à lire dans le procès-verbal de l'ordonnance, il démontra que cette prestation de serment, imposée à l'accusé, n'avait pour elle l'autorité d'aucune loi, d'aucun édit, d'aucune ordonnance; qu'elle avait pris sa source, à ce qu'il semblait, dans la procédure de l'inquisition, telle qu'elle avait été décrite, en 1360, dans un livre intitulé: *Manuel des inquisiteurs*. Cependant, et nonobstant sa gravité, la puissance de ces réclamations, ce qui n'était qu'un usage devint loi. Vous verrez les réponses insignifiantes qui furent faites à M. de Lamoignon. La nécessité du serment continua d'être imposée, ou plutôt fut formellement imposée avant tout interrogatoire.

La même rigueur apparaît dans les matières plus importantes pour la sûreté de l'accusé, pour la bonne administration de la justice. Ainsi il ne fut pas question, dans l'ordonnance de 1670, d'accorder aux accusés ce que l'art. 162 de l'ordonnance précédente leur avait formellement refusé; il ne fut pas même question, de la part de Lamoignon, qui représente dans tous ces débats, quoique avec peu de succès, la cause de l'humanité et aussi de la raison, il ne fut pas question d'accorder à l'accusé le ministère, l'appui d'un avocat. Mais le projet allait plus loin, et il proposait de refuser à l'accusé, au moins dans la plupart des cas, le droit de communiquer, même après son interrogatoire, avec un défenseur, le droit de requérir ses conseils, que l'ordonnance de 1539 ne lui avait pas refusé, du moins expressément.

Ici reparurent, avec toute leur force, les objections de M. de Lamoignon. Il disait que refuser à l'accusé le droit de s'éclairer d'un conseil, c'était violer cette loi de la nature, ce sentiment si puissant qui porte le plus faible, le moins habile, à recourir à l'appui d'un plus fort, d'un plus habile; qu'à la vérité, l'emploi des conseils au profit des accusés, la liberté de communiquer après leur interrogatoire, pouvaient dans certaines affaires entraver, par quelques lenteurs, l'administration de la justice; que certains conseils profiteraient sans doute de leur communication avec l'accusé pour lui suggérer des moyens, des chicanes sans fondement, à l'effet de retarder, d'arrêter la procédure; mais que cet inconvénient était

minime en présence du danger contraire; qu'il valait infiniment mieux entraver par quelques lenteurs la procédure criminelle, s'exposer même au danger de laisser échapper quelques coupables, que d'exposer, comme on le faisait chaque jour, un innocent à périr faute d'avoir pu communiquer.

Cependant ces réclamations ne prévalurent pas : l'usage ancien défendu, et durement défendu par M. Pussort, l'emporta encore sur les réclamations d'une partie des parlements. M. Pussort répondit qu'au moyen des conseils il n'y aurait pas possibilité de voir la fin d'un procès; qu'un accusé assez riche pour payer des avocats trouverait moyen d'entraver éternellement la procédure dirigée contre lui.

En conséquence, le projet fut maintenu, et maintenu avec la plus étrange, la plus inconcevable des distinctions. En effet, on fut d'abord bien d'accord, et la chose était fort sage, qu'avant l'interrogatoire l'accusé ne pourrait communiquer avec personne. On conçoit qu'on ne veuille pas lui laisser les moyens de consulter un avocat, de préparer, de combiner ses premières réponses. Mais, une fois l'interrogatoire achevé, on se demandait s'il était bon d'autoriser, dans certains cas, pour l'accusé, le droit de communiquer avec qui bon lui semblerait, et par conséquent avec un conseil. On distingua, à cet égard, entre les crimes capitaux, ceux qui entraînent les peines dont j'ai parlé tout à l'heure, et les crimes non capitaux. Le titre XIV de l'ordonnance, art. 8 et 9, consacra cette distinction. Dans les uns, on permit à l'accusé de communiquer; dans les autres, on lui refusa cette faculté, on le laissa sans conseil, voulant que le secret fût rigoureusement maintenu jusqu'après la condamnation. Mais dans quels cas lui permettait-on, dans quels cas lui refusait-on le conseil?

La réponse ne semblerait pas douteuse : apparemment dans les accusations capitales, dans celles qui ont pour l'accusé les conséquences les plus terribles, dans celles dont la gravité peut à l'avance l'effrayer, l'épouvanter, paralyser son esprit, lui enlever les moyens de se bien défendre. Il est naturel de croire qu'avec la force de la peine, va s'accroître et s'augmenter la sollicitude du législateur; qu'à cet accusé, découragé d'avance par les conséquences fatales de son procès, on permettra, précisément à raison de ce péril, de communiquer avec un conseil qui pourra le défendre. Ainsi le fouet, le bannissement, les galères à temps, toutes ces peines non capitales, on les infligera sans doute sans accorder de conseil à l'accusé; mais du moins son sang ne coulera pas, mais du moins les supplices que détaille Pothier ne lui seront pas infligés sans qu'il ait pu recourir aux conseils d'un homme plus habile, à l'effet de discuter les charges, de peser la procédure. Eh bien, non; c'est précisément le contraire : dans les crimes non capitaux, l'accusé interrogé peut, d'après l'art. 9, réclamer le droit de communiquer, peut obtenir un conseil; du reste, s'il ne le réclame pas, l'ordonnance dit formellement que le juge ne lui en donnera pas. Quant aux crimes capitaux, à ceux qui entraînent la mort, avec ou sans tortures, les galères perpétuelles, le bannissement à vie, il n'y aura pas pour lui possibilité d'obtenir, non pas un avocat, mais même un conseil.

La raison en est curieuse, il faut l'entendre donner dans le procès-verbal par M. Pussort; il faut l'entendre débattre tout aussi froidement par Pothier. C'est que, dans le cas de meurtre, d'incendie, d'assassinat, de vol à main armée, c'est-à-dire dans ces cas graves où il s'agit de voir si l'accusé a commis ou non le fait, il n'a pas besoin de conseil pour avouer ou pour dénier. MM. Pussort et Pothier, qui répètent froidement cette raison, auraient pu y ajouter quelque chose de plus : c'est que, d'après l'ordonnance qui simplifie et réduit à ce point les moyens de défense de l'accusé, à son aveu se joignait encore un moyen plus précis et plus simple d'arriver à la vérité. En effet, les aveux volontaires provoqués par le serment ont-ils manqué? on a la ressource de la question; de la question autorisée par l'ordonnance, précisément dans ces crimes capitaux, à raison desquels cette même ordonnance refuse formellement à l'accusé tout conseil; de la question, dont Pothier, dans le même passage, répète et donne les détails avec un inconcevable sang-froid.

Au reste, ces moyens de tortures, employés contre toute raison pour arracher, contre un accusé, des preuves que l'instruction n'a pas fournies, sont encore présentés, justifiés dans l'ordonnance de la plus singulière façon; justifiés, je me trompe, car, à propos de l'article même où la question est établie, on voit d'abord M. de Lamoignon demander qu'au moins, tout en conservant la question, on prenne la peine de fixer quelques limites pour en déterminer la nature et la durée, pour empêcher, ce qui arrive dans certains endroits, que les accusés n'en demeurent estropiés. M. Pussort répond que ces détails seraient indécents dans l'ordonnance, et en conséquence on laisse aux juges la faculté de faire durer la question autant qu'ils le voudront; Pothier ajoute seulement qu'un médecin sera présent pour arrêter la question en cas de danger. M. de Lamoignon ajoute que jamais la question n'a produit de résultats utiles. Talon en dit autant. M. Pussort reconnaît la vérité du fait; et, tout le monde étant bien d'accord que, dans la pratique, les tortures ne menaient à rien, on maintient cependant la question (Pothier, même section V, § 3).

Ce qui est inconcevable, c'est ce qui suit : « Cette question dont nous parlons ici n'est pas celle que les juges ordonnent contre un accusé convaincu et condamné, pour lui faire révéler ses complices; non : c'est la question à laquelle les juges soumettent un accusé contre lequel les preuves ne paraissent pas complètes. » Ainsi il faut qu'il y ait déjà un commencement de preuves considérable; il faut, de plus, que le crime imputé à l'accusé soit de nature à entraîner la mort. Mais vous sentez que la première de ces conditions a laissé tout à l'arbitraire, que la conscience du juge décidera, quand et comme il l'entendra, si le commencement de preuves est déjà considérable. En outre, cette question a précisément pour danger de suppléer, par les aveux de l'accusé, à l'insuffisance des preuves déjà produites contre lui. La conséquence naturelle semblerait être que, si l'accusé résiste, si les tortures qu'on lui impose n'arrachent de lui aucun aveu, il sera renvoyé acquitté, puisque, en effet, la question a été ordonnée à cause de l'insuffisance des preuves. Puisque la question, loin de donner aucune preuve nouvelle, n'a fait

qu'ajouter une présomption de plus à l'innocence de l'accusé, il semblerait naturel de le renvoyer de l'accusation. Pas du tout, l'ordonnance décide qu'alors, si l'accusé a résisté à la question, s'il n'a fait aucun aveu, on ne pourra pas le condamner à la mort, mais que toute autre peine peut lui être infligée ; par exemple, celle des galères perpétuelles, vous dit Pothier. Voilà, à coup sûr, la plus singulière de toutes les logiques, surtout en matière pénale. On n'a pas de preuves suffisantes, et précisément, faute de preuves, on a cherché un supplément dans cet étrange usage de la torture, elle n'a rien produit ; l'accusé est condamné non plus à la mort, mais aux galères ! on n'est pas assez convaincu du crime pour lui ôter la vie, mais on en est assez convaincu pour lui infliger une autre peine ! Ai-je besoin de dire qu'il n'y a pas de milieu possible entre la conviction qui condamne, et la conviction, ou même la simple incertitude, qui entraîne forcément l'acquiescement d'un accusé ?

Enfin, une des raisons de M. de Lamoignon pour réclamer, en faveur de l'accusé, le droit d'obtenir des conseils, c'était, disait-il, que la plupart des accusés étaient par leur position absolument hors d'état de vérifier les procédures dirigées contre eux, absolument hors d'état de reconnaître les nullités qui auraient pu se glisser dans les instructions, qui d'ailleurs ne leur sont pas communiquées par écrit et qu'ils ne connaissent que par une lecture rapide, instantanée. Pussort et Pothier ont encore trouvé une réponse à cela : c'est que les juges auront la mission de vérifier la régularité de la procédure. Ainsi, Pothier dit, section IV, art. 6. § 1 *in fine* : « Dans les autres crimes capitaux, où il n'est question que de savoir si un accusé a fait ou non telle chose, on ne permet pas aux accusés d'avoir un conseil, parce qu'on n'a pas besoin de conseil pour convenir de la vérité de tels faits. » Et il ajoute : « Mais, comme les accusés pourraient prétexter qu'ils ont besoin de conseils pour relever les nullités qui peuvent se trouver dans la procédure, et qu'ils ont intérêt de relever, l'ordonnance charge les juges d'y suppléer et d'y faire eux-mêmes cet examen. »

Voilà, je l'avoue, une bien singulière prévoyance, une bien singulière preuve d'humanité. L'ordonnance prévoit que des nullités peuvent avoir été commises, que l'accusé a un intérêt capital à les relever, puisque sa vie en dépend ; et qui charge-t-elle de les découvrir, de les rechercher, de prononcer sur ces nullités ? Les juges eux-mêmes qui ont commis ces nullités.

A coup sûr, une législation qui refuse à l'accusé et un défenseur et un conseil, une législation qui impose d'abord à sa conscience la torture du serment avant l'interrogatoire, puis la torture du corps quand il est interrogé, n'a pas dû servir de modèle aux lois, bonnes ou mauvaises, qui nous régissent aujourd'hui, et ne peut être pour nous que de peu de secours dans l'interprétation et dans l'explication de ces lois.

6. Et toutefois cette observation ne doit pas être prise dans un sens trop absolu. Les lois nouvelles, lors même qu'elles inaugurent un système nouveau, ne naissent pas d'un seul jet : elles ne font en général

que remplacer sous une autre forme les matériaux dont le sol est couvert et qui conservent l'empreinte qu'ils ont précédemment reçue. Notre législation pénale, par l'esprit dont elle est animée, par les principes qu'elle développe, et surtout par les formes de sa procédure, doit être considérée comme ayant commencé une nouvelle ère en 1789 ; mais ce serait une grave erreur que de croire que toutes ses dispositions sont de création récente et ont surgi subitement à cette époque. En matière pénale, l'échelle et la gradation des peines ont été radicalement changées, mais la plupart des incriminations ont été maintenues ; et c'est dans l'ancien droit et surtout dans les travaux qu'il a suscités qu'ont été puisées la division des faits punissables et toutes les règles relatives à leur appréciation. En matière de procédure, il serait facile de constater que toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à l'exercice de l'action publique et de l'action civile, aux droits et aux obligations du ministère public et de la partie civile appartiennent à la législation fondée par les ordonnances de 1539 et de 1670 ; que les principales formes de la procédure écrite remontent, à travers ces mêmes ordonnances, à une source plus ancienne encore, aux règles du droit ecclésiastique ; que les principes de l'instruction orale et publique ne sont qu'un retour aux principes qui ont régi la France pendant dix siècles, qu'une reproduction des formes de notre procédure antérieure au seizième siècle, qu'une imitation des règles plus anciennes encore de la procédure grecque et de la procédure romaine ; enfin que les dispositions qui ont pour objet l'appel et les voies de recours retrouvent leur origine dans les dispositions du droit féodal. Sans aucun doute, il faut reconnaître que les rédacteurs de nos Codes ont, en général, profondément modifié les institutions qu'ils empruntaient à des législations éteintes ; ils les ont appropriées à nos institutions modernes ; ils les ont mises en harmonie avec nos lois, avec nos mœurs, avec notre constitution politique. Mais, sous les formes nouvelles qu'elles ont revêtues, elles ont conservé en partie leur esprit, leurs tendances, leur autorité. Il n'est donc pas entièrement inutile de remonter à ces sources de notre droit moderne, si l'on veut, non se borner à la connaissance des textes, mais en approfondir les principes et en rechercher la valeur scientifique. Les lois suivent les mœurs et les habitudes sociales, dont les transformations sont lentes et souvent plus apparentes que réelles, et lors même qu'elles changent les lois antérieures, elles s'y rattachent par leurs dispositions secondaires ; elles ne font quelquefois que modifier les dénominations, mais elles conservent les choses. Ainsi, et quoique notre législation pénale ait été transformée, il sera nécessaire de remonter plus d'une fois, pour expliquer ses textes, à celle qu'elle a remplacée, et nous verrons que cette étude qui, trop étendue, serait, comme on vient de le dire, étrangère à ce cours, sera cependant, dans de certaines limites, un secours et un véritable appui pour notre examen.

7. Vous comprendrez aisément, d'après les détails qui précèdent,

qu'en 1789, lors de la réunion des États généraux, la révision des lois criminelles se trouvât consignée, comme vœu et comme demande, dans tous les cahiers remis par les bailliages à leurs commettants. Aussi l'Assemblée constituante, dans une loi du 24 août 1790, posa en principe quelques-unes de ces règles générales qui servent encore aujourd'hui de base à nos lois criminelles, et entre autres elle annonça qu'il serait procédé incessamment à la rédaction d'un Code de lois pénales mieux appropriées à la nature, à la gravité de chaque délit, d'un Code de lois pénales uniformes et communes à tout le royaume.

L'accomplissement de ce vœu, la réalisation de cette promesse ne se fit pas attendre longtemps. Au milieu de ses immenses travaux, l'Assemblée nationale publia successivement, dans la matière qui nous occupe, deux Codes et une instruction, qu'il est encore utile, encore nécessaire de consulter souvent aujourd'hui: d'abord un Code d'instruction criminelle, décrété le 16 septembre 1791 et sanctionné le 29 du même mois, puis un Code pénal, décrété le 23 septembre 1791 et sanctionné le 6 octobre; enfin une instruction en forme de loi, destinée à guider les officiers de police judiciaire et les juges dans l'application des lois nouvelles. Cette instruction a pour date le 29 septembre 1791. Vous pouvez y joindre aussi une loi du 19 juillet 1791, sur la procédure en matière de police correctionnelle et municipale, car le premier Code ne s'applique qu'à l'instruction criminelle proprement dite.

Ces Codes restèrent en vigueur jusqu'au Code des délits et des peines publié le 3 brumaire an IV. Je ne parle pas des tribunaux révolutionnaires, institués dans l'intervalle, le 10 mars 1793: il est trop évident que l'instruction de ces tribunaux, que l'établissement de ces juridictions permanentes et choisies, de ces commissaires permanents et choisis, décorés dérisoirement du nom de jurés, appartient uniquement à l'histoire de la politique, mais non pas, heureusement, à l'histoire de la justice en France.

Comme je l'ai dit, le Code du 3 brumaire an IV, connu sous le nom de Code des délits et des peines, refondit en grande partie les dispositions des lois publiées, en matière d'instruction, par l'Assemblée constituante, celles du 19 juillet et du 29 septembre 1791. A l'égard du Code pénal de l'Assemblée constituante, il fut presque entièrement maintenu par le Code du 3 brumaire an IV. Vous verrez dans ce Code l'abrogation des lois d'instruction antérieures, dans l'art. 594, et la consécration des lois pénales antérieures, dans les art. 609 et 610, à l'exception pourtant de quelques dispositions toutes spéciales.

Enfin, en joignant à ces diverses lois celle du 7 pluviôse an IX, qui introduisit dans la police judiciaire un changement important et dont nous aurons à traiter plus tard, vous connaîtrez à peu près l'état, la statistique, l'ensemble de la législation en cette matière, lorsque le gouvernement du consulat voulut embrasser la matière du droit criminel dans la publication des Codes, dont il s'occupait à cette époque.

8. En effet, un arrêté du 7 germinal an IX (28 mars 1801) nomma six commissaires chargés de rédiger et de présenter un projet de Code criminel. Ce projet, qui comprenait 1,169 articles, embrassa dans un même corps ce que jusqu'alors on avait traité séparément, savoir, le droit pénal et l'instruction criminelle, ce qui fait aujourd'hui l'objet de deux Codes distincts et séparés.

Le projet ainsi rédigé fut d'abord soumis aux observations de tous les tribunaux d'appel, tels qu'ils étaient institués par la loi du 27 ventôse an VIII. Puis, les observations de ces tribunaux ayant été rédigées et imprimées, le projet fut porté, conformément aux règles alors en usage, à la section de législation du conseil d'État; la discussion y commença le 16 prairial an XII (5 juin 1804). Cette discussion a présenté un caractère d'étendue, de généralité, qui la distingue d'une manière assez notable de la discussion des autres Codes. Ainsi, par ordre de l'empereur, la discussion dut rouler d'abord sur quelques questions générales dont il avait exigé la rédaction et la position. Voici quelles furent les principales de ces questions en ce qui touche la matière de l'instruction criminelle; j'en citerai d'autres pour le Code pénal.

La première, la plus grave de toutes, était celle-ci: 1° L'institution du jury sera-t-elle conservée? Elle avait été, vous le savez, introduite en France par les lois de l'Assemblée constituante.

2° Y aura-t-il un jury d'accusation et un jury de jugement? Le système des deux jurys, emprunté aux États-Unis et à l'Angleterre, avait été transporté en France par les lois de 1791 et de l'an VIII, il y avait un premier jury pour prononcer la mise en accusation, et un second pour juger. Ce système est aboli maintenant.

3° Comment, dans quelle classe, et par qui les jurés seront-ils désignés?

4° Posera-t-on au jury plusieurs questions simples comme sous l'empire des lois antérieures, ou ne lui posera-t-on, au contraire, qu'une question unique et complexe: *Un tel est-il coupable?*

5° La déclaration du jury se formera-t-elle à l'unanimité ou à la simple majorité des voix?

6° Enfin, y aura-t-il des magistrats ambulants chargés d'aller tenir les assises dans un ou plusieurs départements? Le sens de cette dernière question va s'éclaircir tout à l'heure.

La discussion commença le 16 prairial an XII (le 5 juin 1804), peu de jours après le sénatus-consulte qui conférait à Napoléon le titre d'empereur.

Sur la première question, le maintien du jury, surgirent des débats assez vifs: le jury trouva dans le conseil d'État et d'assez chauds adversaires et d'opiniâtres défenseurs. Cette discussion se termina d'abord par une solution affirmative: le maintien du jury fut décidé et les autres questions suivirent assez rapidement.

Ainsi, on vota de même la conservation du jury d'accusation et du jury de jugement, solution de la deuxième question.