

MÉMOIRE DE MASTER 1

UNIVERSITÉ DE LIMOGES

Faculté de droit et des sciences économiques

MASTER 1 Droit public et administration

LA PEINE AU SIÈCLE DES LUMIÈRES

Mémoire rédigé par Maxime GUYOT

Sous la direction de Monsieur Sébastien DHALLUIN,

Maître de conférences en Histoire du droit

Année universitaire 2018-2019

Table des matières

Introduction	p. 4
Section I - Les fondements des peines et leur détermination au XVIII^e siècle	p. 9
I – Les fondements sociaux de la peine.....	p. 9
A/ L’objet social de la peine.....	p. 9
1) La correction du coupable.....	p. 9
2) L’exclusion du coupable.....	p. 10
3) L’exemplarité de la peine.....	p. 11
B/ La dureté des peines en fonction du gouvernement.....	p. 13
II – L’impact d’éléments externes au crime sur les peines.....	p. 14
A/ Les éléments conditionnant la peine prononcée : les « qualités » du crime.....	p. 14
1) Les éléments tenant au cadre du crime.....	p. 15
2) L’influence des acteurs du procès sur la peine.....	p. 15
B/ Le rôle du juge dans le prononcé des peines.....	p. 17
Section II – L’évolution des peines au XVIII^e siècle	p. 19
I – La persistance des peines de l’Ancien Régime.....	p. 19
A/ Les peines afflictives.....	p. 19
1) Les peines afflictives capitales.....	p. 20
2) Les peines afflictives non capitales.....	p. 23
3) Les peines afflictives non corporelles.....	p. 24
B/ Les autres peines en vigueur au XVIII ^e siècle.....	p. 25
1) Les peines infamantes non afflictives.....	p. 25
2) Les peines non infamantes.....	p. 27

II – Les évolutions des peines à la fin du XVIII ^e siècle.....	p. 27
A/ Le développement de l’emprisonnement.....	p. 27
B/ Les apports du droit pénal révolutionnaire en matière de peines.....	p. 30
Conclusion.....	p. 34
Bibliographie.....	p. 36

« *Nullum crimen nulla poena sine lege* ». Cet adage latin rappelle pour nous une évidence, le principe de légalité criminelle. Le droit pénal français ne laisse pas de place à l'arbitraire du juge, qui ne peut condamner qu'en présence de faits incriminés par la loi et prononcer des peines uniquement prévues par la loi. Ce ne fut pas toujours ainsi.

Le XVIII^e siècle est le dernier siècle de l'Ancien Régime, dont la justice pénale était ouvertement arbitraire, un célèbre adage rapporte, en effet, que « les peines sont arbitraires en ce royaume ». Le XVIII^e siècle, historiquement, est marqué par deux événements majeurs tels que la mort de Louis XIV en 1715 et la Révolution, à partir de 1789. En effet, la mort de Louis XIV constitue la fin d'un absolutisme royal rude et une libéralisation progressive des mœurs, bien que la régence de Philippe d'Orléans ne fût pas vraiment marquée par une libéralisation franche. La France connaît un essor économique, notamment outre Atlantique. Nous n'hésiterons pas à dépasser ce cadre temporel, allant de la fin du XVII^e siècle à la période révolutionnaire pour étudier l'évolution des peines entre ces deux périodes, le droit pénal ayant subi une importante transformation.

Si le XVIII^e siècle est surnommé le siècle des Lumières, c'est parce qu'il est marqué par les écrits de grands penseurs, réformateurs érudits qui tentent d'éclairer le peuple sur la façon dont on le traite et sur les moyens de changer le droit. Ces écrits sont les moteurs d'une évolution rapide du droit à la fin du siècle. C'est ainsi que la justice pénale a évolué du principe de l'arbitraire au principe de la légalité. Cesare Beccaria est un penseur particulièrement progressiste de l'époque qui apporte un renouveau au droit pénal. Les juristes révolutionnaires s'inspireront de son traité *Des délits et des peines*, traduit de l'italien qui apporte une nouvelle conception de la justice pénale. « Les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit »¹. Jusque-là, la loi n'est pas au centre de la pensée juridique, la seconde moitié du XVIII^e siècle apporte cette nouveauté, qui donnera naissance au légicentrisme plus tard, au XIX^e siècle. Beccaria donne une explication très rationnelle à sa théorie : « le magistrat, qui fait lui-même partie de la société, ne peut avec justice infliger à un autre membre de cette société une peine qui ne soit pas statuée par la loi »². Il remet même en cause le pouvoir d'interprétation des lois pénales du juge.

Le XVIII^e siècle est marqué par des erreurs judiciaires majeures dont la plus célèbre est celle qui a concerné Jean Calas en 1762. Jean Calas est un bourgeois toulousain de religion protestante. Son fils, Marc-Antoine, se suicide le 13 octobre 1761, or il est connu pour ses tendances religieuses catholiques. Son père tente de masquer le suicide pour sauver l'honneur de

¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), traduit de l'italien, éd. Guillaumin et Cie, Paris, 1870, p. 18.

² *Loc. cit.*

la famille. Seulement, Jean Calas est accusé d'avoir étranglé son fils pour prévenir une hypothétique conversion au catholicisme. Toute la famille est mise en détention. Le Parlement de Toulouse le condamne à mort. Jean Calas est roué puis brûlé le 10 mars 1762, après avoir clamé son innocence pendant la question préparatoire. Ses cendres sont jetées au vent. Ses biens sont confisqués. Les membres de sa famille sont bannis ou relaxés. Voltaire dénonce cette injustice dans son *Traité sur la tolérance* de 1763. Il fait aussi état de cette affaire dans son *Dictionnaire philosophique*, à l'article « Justice », dans lequel il cite l'adage *Summum jus, summa injuria*, montrant l'injustice de la justice omniprésente et où il considère qu'il y a « plusieurs manières affreuses d'être injuste : par exemple, celle de rouer l'innocent Calas sur des indices équivoques, et de se rendre coupable du sang innocent pour avoir trop cru de vaines présomptions »³. Suite à ces publications polémiques, le Conseil du roi casse la décision du Parlement de Toulouse et Jean Calas est réhabilité le 9 mars 1765 par le Parlement de Paris. Les biens de la famille sont restitués. Cette affaire a contribué à la prise de conscience sur les injustices et l'horreur de la justice pénale qui règne alors en France. La fin du XVIII^e siècle est marquée par un questionnement global sur le droit pénal français dont philosophes et juristes vont s'emparer.

Se pose la question du fondement du droit de punir. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, dans une approche comparatiste considère que « le principe du droit criminel, par toute l'Europe, au XVIII^e siècle, c'est la vengeance publique. Vengeance publique contre le coupable ; terreur, sur les autres citoyens »⁴. Mais cette vengeance publique, en vertu des survivances du droit féodal, représente en réalité la vengeance du roi, plutôt que la vengeance de la société. Il s'agit donc de riposter contre une agression commise - ou supposée commise – contre la société, représentée par la personne du roi. La punition du coupable est, en outre, fondée sur une volonté générale de la société. En effet, dans une France où la ruralité est le mode de vie le plus commun, la peur est culturelle. On a peur du criminel, une peur que l'on transmet aux enfants dès le plus jeune âge, agrémentée d'exemples scabreux qui pétrifient les plus jeunes et restent gravés dans leur mémoire. Le crime est partout, les fables de La Fontaine l'ont fait commettre par des animaux et s'il existe un fantasme du crime, celui-ci est moindre que la crainte qu'il suscite. Ainsi, la société a besoin de savoir que le système répressif est efficace et que l'Etat est apte à punir les criminels. Raymond Saleilles, dans son ouvrage *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, paru en 1898,

³ Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, dans *Œuvres complètes*, éd. Imprimerie Générale de Ch. Lahure, Paris, 1866, Tome 18, p. 384.

⁴ J-L-E. Ortolan, *Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIII^e siècle jusqu'à ce jour : cours de législation pénale comparée, introduction historique*, analyses du cours de 1839,1840, recueillies par M.G. Narjot, ed. Joubert, Paris, 1841, p. 107.

apporte sa théorie sur le fondement du droit de punir, et sur ce questionnement qui a été posé par les Lumières.

Droit de vengeance de l'état ? C'est de la barbarie ; cela équivaut au vainqueur qui achève ses prisonniers. Expiation de la peine ? C'est du dogmatisme religieux. Il ne reste donc plus que l'idée d'exemplarité, la peine du coupable devant servir à effrayer ceux qui seraient tentés de l'imiter⁵.

Mais, sous l'Ancien Régime, le dogmatisme religieux était légitimement présent dans la pensée du pouvoir, la barbarie ne l'était pas, idéologiquement, même si en pratique, elle est d'usage. L'exemplarité serait donc, en plus d'être un objectif de la peine, un fondement au droit de punir. L'État tient ce droit d'exercer une justice préventive de la théorie du contrat social de Jean-Jacques Rousseau, cette justice préventive servant à sauvegarder l'intérêt de la communauté lorsqu'il est menacé. Raymond Saleilles explique que l'Etat est astreint aux limites de cet exercice qui correspondent aux limites du contrat, la première étant l'égalité des peines. De plus, la peine doit consister en « un forfait, fixé d'avance et invariable, tant pour chaque crime, tant pour chaque délit »⁶.

La qualification de criminelle est problématique à l'époque, car elle est parfois trop vite acquise. Bien avant Cesare Lombroso et son ouvrage célèbre *L'Uomo delinquente*, la physiognomonie existe au XVII^e siècle, en témoignent, par exemple, les dessins de Charles le Brun qui représente les hommes, de façon souvent péjorative en comparaison avec des animaux, desquels on reconnaît des défauts caractéristiques. Ainsi, à la seule observation de la tête des gens, on peut voir le vice, donc le crime. Dans le même esprit, Gaspard Lavater publie *L'art de connaître les hommes par la physionomie* en 1778. L'ouvrage explique les liens qui existent entre physionomie et caractère, en axant la réflexion sur les vices. Cette idée se répand, survivant aux Lumières et connaissant un regain d'intérêt au XIX^e siècle. Cette théorie rassure tout un chacun qui peut déceler le vice à la simple vue d'un individu, pour mieux s'en prémunir. Aussi, est-ce un critère possible pour un juge du XVIII^e siècle, que d'observer le physique de l'accusé pour reconnaître sa culpabilité et lui attribuer une peine.

Encore faut-il définir la peine. Daniel Jousse nous en propose une définition dans son *Traité de la justice criminelle de France* :

⁵ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine* : étude de criminalité sociale, éd. Alcan, Paris, 1927, 3e édition, p. 52.

⁶ *Ibid.*

Les peines, sont les diverses punitions qu'on fait souffrir aux malfaiteurs, soit pour les corriger, soit pour les châtier de leurs crimes, & empêcher qu'ils n'y retombent. Il y a cependant quelques peines qui ne s'emploient point pour punir le crime, mais seulement pour en avoir une preuve plus ample, soit contre l'accusé, soit contre ses complices : telle est la question ou torture⁷.

La peine peut ainsi être préalable à la condamnation du coupable. La peine préalable en tant que mode de preuve par la torture sera vivement critiquée à la fin du siècle, période à laquelle elle disparaîtra. La peine est publique dans la mesure où l'exécution de celle-ci se fait aux yeux du monde, dans un objectif de marquer les esprits. Le coupable contribue lui-même, de manière forcée, à la publicité de sa peine. Pour Michel Foucault, il s'agit de « faire du coupable le héraut de sa propre condamnation »⁸. L'exemple est un des objectifs principaux de la peine jusqu'à la Révolution. Ce sera moins vrai par la suite. La peine d'un homme sert à éviter le crime de tant d'autres. En effet, les peines afflictives prononcées au XVIII^e siècle sont particulièrement choquantes, elles affligent le corps du condamné avec barbarie.

Au XVIII^e siècle, existe encore la distinction entre peines séculières et peines canoniques. Les peines séculières sont prononcées dans la sphère laïque par des juges laïcs. Les peines canoniques, à l'inverse, « sont celles que les Officiaux & autres Juges d'Eglise peuvent imposer, à l'exclusion de tous autres Juges »⁹. Daniel Jousse, dans son traité, en fait état dans l'ordre que nous allons suivre. La première des peines canoniques par ses conséquences est l'excommunication qui exclut un individu de la communauté des Chrétiens, il perd ainsi les droits qu'il tient de l'Eglise, le bénéfice des sacrements, la protection ecclésiastique. A l'encontre des ecclésiastiques, peut être prononcée la peine de déposition qui le prive d'exercer son office. Il est chassé du corps de l'Eglise et ne peut plus la servir. Cette peine n'emporte pas excommunication. Une peine équivalente à celle-ci mais pour une durée limitée est celle de la suspense. Une fois le délai de suspense écoulé, le clerc reprend ses offices et les bénéfices qui s'y attachent. Les fidèles qui n'ont pas commis un crime suffisamment grave pour être excommuniés peuvent subir la peine de l'interdit qui consiste à les priver de certains biens ou lieux spirituels. Ils ne sont pas exclus de la communauté chrétienne. Enfin, la privation de sépulture est possible divers cas. Ainsi, l'excommunié qui, avant de mourir, ne demande pas son absolution, est privé de sépulture car dans le dogme chrétien, le pardon est un droit mais demander pardon est un devoir. Le fidèle qui se suicide, offensant ainsi l'œuvre divine, est également privé de sépulture. Ces peines ecclésiastiques sont particulièrement infamantes pour tout un chacun, dans une société où l'honneur est très important, honneur

⁷ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, éd. Debure père, 1771, Tome I, p. 36.

⁸ M. Foucault, *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, Paris, 1975, p. 53.

⁹ D. Jousse, *op. cit.*, p. 127.

personnel comme honneur familial. « De cette passion générale que la nation française a pour la gloire, il s'est formé, dans l'esprit des particuliers, un certain je ne sais quoi, qu'on appelle point d'honneur »¹⁰. Par cette lettre, Montesquieu s'attache à montrer l'importance de l'honneur dans la France du XVIII^e siècle, plus que dans les pays orientaux. Boileau en traite dans sa Satire XI, relativement aux galériens :

« [...] *Entendons discourir, sur les bancs des galères,*
Ce forçat abhorré même de ses confrères ;
Il plaint, par un arrêt injustement donné,
L'honneur en sa personne à ramer condamné.
En un mot, parcourons et la mer et la terre ;
Interrogeons marchands, financiers, gens de guerre,
Courtisans, magistrats : chez eux, si je les croi,
*L'intérêt ne peut rien, l'honneur seul fait la loi. [...] »*¹¹.

Nous traiterons donc dans un premier temps des peines « prérévolutionnaires » laïques, en usage au début du XVIII^e siècle, de leurs fondements à leur détermination, puis nous aborderons l'évolution qui a eu lieu en matière de peines à la fin du siècle.

¹⁰ Montesquieu, *Lettres persanes* (1721), éd. Gallimard, Paris, 2003 (édition de 1758), Lettre XC (Usbek à Ibben), p. 210.

¹¹ N. Boileau, *Satire XI*, dans *Oeuvres*, éd. Firmin-Didot et Cie, Paris, 1926, p. 109-110.

SECTION I – Les fondements des peines et leur détermination au XVIII^e siècle

La peine est un châtement, « qu'on fait souffrir à ceux qui ont fait quelque faute »¹², d'après la définition donnée par le célèbre Dictionnaire universel d'Antoine Furetière, référence pour connaître la manière de percevoir les notions à la fin du XVII^e siècle.

I – Les fondements sociaux de la peine

Il faut entendre par « fondements » la finalité des peines, du point de vue du corps social mais il faut également aborder les peines par rapport à leur commanditaire : les gouvernements.

A/ L'objet social de la peine

L'Etat est tenu par l'ordre social. Cet ordre social doit rester intact pour l'existence et la pérennité de l'Etat soit assurée. Un contrat social lie les individus entre eux et à des règles qu'ils doivent observer religieusement. Un comportement précis est attendu. Aussi, des proscriptions sont de rigueur. Un trouble à l'ordre social nécessite donc une répression, dont l'utilité est démontrée à divers égards.

Pour Daniel Jousse, dans son *Traité de la justice criminelle de France*, la peine répond à un triple objectif : corriger le coupable, mettre le coupable hors d'état de nuire et donner l'exemple au reste de la société.

1) La correction du coupable

Le premier objectif de la peine est « de corriger les coupables »¹³. Cette idée est attendue mais elle n'est pas reprise dans le même esprit que celle de la justice par vendetta, issue du talion, que l'on pouvait connaître chez les Francs, par exemple, et qui caractérisait une justice privée prise en charge directement par les personnes concernées. Dans le *Traité* de Daniel Jousse, il est question de la peine du talion, définie comme « une peine introduite par le Droit contre les accusateurs convaincus de calomnie ; elle est la même qu'auroit [*sic*] subi l'accusé, s'il avoit [*sic*] été convaincu du crime porté par l'accusation »¹⁴. Cette peine est une survivance du talion ancien mais insérée dans l'unique cas de la calomnie. De cette justice privée était restée la pratique du duel entre nobles

¹² A. Furetière, *Dictionnaire universel*, éd. Arnout et Reinier Leers, Paris, 1690.

¹³ D. Jousse, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴ *Id.*, p. 83.

qui, dans un premier temps, était considérée comme valeureuse puis est devenue un crime, réprimé par deux édits de 1651 et de 1679. La punition est la peine de mort.

L'idée de corriger le coupable d'un crime est caractéristique d'un système pénal pris en charge par l'Etat ou l'Eglise dans une volonté de régir les relations sociales et tendre vers une communauté de vie pérenne. Mais, pour que la peine remplisse son objectif de correction du condamné, elle doit être juste. Cesare Beccaria, dans son traité *Des délits et des peines*, explique que « plus la peine sera prompte et suivra de près le délit, plus elle sera juste et utile »¹⁵. Aussi, les peines, pour être justes et efficaces, doivent être proportionnées au crime poursuivi. En effet, le criminel doit toujours sentir qu'il a plus à perdre s'il commet un crime plus grave que s'il commet un crime léger. Beccaria montre aussi que le châtement doit être certain, ce qui fait obstacle à tout privilège (notamment la grâce royale) permettant d'échapper à une peine méritée.

Bien souvent, jusqu'au XVIII^e siècle, la peine conduit plus volontiers à l'expulsion du condamné qu'à sa correction pour réintégration.

2) L'expulsion du coupable

La peine de mort est souvent pratiquée. Elle présente « à l'origine le double caractère d'un sacrifice expiatoire et d'un rite d'expulsion »¹⁶. Son objet est d'abord de se débarrasser du fauteur de trouble plutôt que de le corriger. Le caractère expiatoire de cette peine est issu de l'imprégnation religieuse des esprits de l'époque et de l'Etat. Toutefois, les juridictions ecclésiastiques ne pratiquent pas la peine de mort, en vertu de l'adage *Ecclesia abhorret a sanguine*.

L'objet de la peine de mort est de se débarrasser du condamné et purifier ainsi la société. Des procès ont été intentés à l'encontre des sorcières ou encore des disciples du diable que l'on condamnait au bûcher, leur corps étant entièrement brûlé, dans l'esprit de purifier la société de ces êtres malsains. L'idée de brûler les corps de ces personnes est aussi en lien avec le purgatoire religieux du catholicisme. Il s'agit, au moment du passage dans l'au-delà, de purifier les âmes.

La peine de mort correspond à la deuxième finalité de la peine selon Daniel Jousse, à savoir, mettre ceux qui en sont coupables, « hors d'état de commettre de nouveaux troubles dans la société »¹⁷. C'est un objet de la peine auquel l'Ancien Régime est très attaché. Le coupable d'un crime est considéré comme un nuisible qu'il faut exclure de la société. La peine de mort est

¹⁵ C. Beccaria, *op. cit.*

¹⁶ J-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, collection *droit fondamental*, 3^e édition refondue : août 2014, p. 1.

¹⁷ D. Jousse, *op. cit.*, p. 3.

particulièrement idoine puisqu'elle débarrasse définitivement la société de l'individu indésirable. Le bannissement remplit bien son office, il est utile pour des crimes qui nécessitent moins l'élimination du coupable que son éloignement, à temps ou perpétuel. Les galères constituent un moyen intéressant d'éloigner les criminels de France. De plus, depuis que la France s'est dotée d'une importante flotte, la peine des galères fournit de l'équipage à peu de frais, ce qui en fait une peine d'autant plus encouragée. Sous Louis XIV, il est question « de fortifier la chiourme par toutes sortes de moyens »¹⁸. Colbert incite à convertir « la peine de mort en celle des galères »¹⁹.

La prison n'est, à l'origine, pas une véritable peine mais l'accusé y demeure dans l'attente de son jugement. L'emprisonnement est une bonne manière d'écarter un individu de la société, de façon plus humaine qu'en mettant fin à sa vie. D'un point de vue financier, la prison est moins intéressante pour l'Etat que les galères. Aussi, la prison au XVIII^e siècle est un lieu particulièrement hostile et malfamé. Cet état de fait est relaté par Beccaria : « quand les prisons ne seront plus l'horrible séjour du désespoir et de faim, quand la piété et l'humanité pénétreront dans les cachots »²⁰. Ainsi, la prison qui, sur le principe, est recherchée pour remplacer des peines plus horribles, doit être aménagée pour devenir une peine acceptable. De plus, la prison répond moins au devoir d'exemple de la peine que les peines d'exécution publique.

3) L'exemplarité de la peine

La troisième fonction de la peine pour Daniel Jousse est « l'exemple »²¹. Le caractère exemplaire de la peine paraît dans chaque moment du procès pénal, mais particulièrement au moment de l'exécution de la peine. Michel Foucault, dans son ouvrage *Surveiller et punir*, parle de « l'éclat des supplices »²² pour montrer l'importance attachée à choquer le public dans un objectif d'exemplarité. Il évoque l'horreur des supplices en prenant des exemples comme celui subi par l'assassin de Guillaume d'Orange, Balthazar Gérard, en 1584. Les peines afflictives qui affligent le corps de douleur sont pratiquées en public et sont particulièrement spectaculaires par leur cruauté, leur mise en scène. De plus, la peine peut revêtir un caractère très symbolique puisque l'on condamne en fonction du crime commis à une peine matériellement en lien avec celui-ci. Par exemple, cette pratique existe au parlement de Flandre, comme le montre Sébastien Dhalluin dans son article « Le crime, muse du châtement : la symbolique pénale dans le ressort du parlement de Flandre ». Ainsi, les duellistes, en plus d'être condamnés à mort, sont frappés dans leur honneur :

¹⁸ Lettre de Colbert envoyée aux présidents des parlements du 11 avril 1662.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ C. Beccaria, *op. cit.*, p. 29.

²¹ D. Jousse, *op. cit.*, p. 3.

²² M. Foucault, *op. cit.*, p. 41.

« celui qui s'est battu pour une question d'honneur va se trouver déshonoré sans jamais pouvoir être réhabilité, même par les rois futurs »²³. De même, la pratique des billets de sommation, particulière à la Flandre est sanctionnée d'une peine en rapport avec l'objet du crime. « Ce crime consiste en l'envoi par un « sommeur »²⁴. Le coupable d'un tel crime est puni de mort, par la roue s'il ne met pas à exécution la menace, par le feu s'il est incendiaire.

De plus, toutes les peines (ou presque) sont infamantes, c'est-à-dire qu'elles rendent infame, infréquentable (elles touchent l'âme par la réputation, l'honneur). Cela touche particulièrement le condamné, dans une société où l'honneur, comme nous l'avons vu, est très important. Ces conséquences de la peine effrayent le public et le dissuadent de commettre un crime. Le caractère exemplaire de la peine réside aussi dans la condamnation d'animaux ou de choses. Les animaux n'ont pas conscience de leur crime, il n'est donc pas opportun de vouloir les corriger. On peut vouloir les exclure de la société eu égard à leur caractère dangereux mais les condamner à mort sert surtout à l'exemple. Ils servent d'effigie. L'ordonnance criminelle de 1670 (enregistrée au parlement de Paris le 26 août 1670) transcrit l'objectif d'exemplarité des peines lorsqu'elle énonce qu'il faut « contenir par la crainte des châtiments ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leur devoir ».

La peine revêt une force symbolique importante par son caractère « réfléchissant » qui consiste à punir le délinquant « par là où il a péché »²⁵. Par exemple, on castré le violeur, on coupe la main du voleur. De plus, la mise en scène de la peine incite le public à réfléchir. Le crieur public énonce des formules infamantes et adressées au public : « *Qui aital fara, aital pendra* » (Qui fera la même chose, sera traité de même).

Le public occupe un grand rôle dans l'exemplarité de la peine puisqu'il participe à la dérision du condamné, soit en tant que spectateur passif et silencieux pour les supplices majeurs, soit en tant qu'acteur lorsqu'il s'agit de donner des coups, de lancer des objets à un condamné au carcan ou au pilori. La dérision est présente de longue date dans la procédure pénale. Dans la Rome Antique, les esclaves ou les plébéiens étaient condamnés à mort de façon à amuser le public aristocratique qui assistait à ces *derisiones*.

Marat étudie le caractère exemplaire des supplices et il montre que l'horreur de ceux-ci n'est pas garante d'une plus grande exemplarité mais que cette emprunte dans les âmes n'est que

²³ S. Dhalluin, « Le crime, muse du châtimement : la symbolique pénale dans le ressort du parlement de Flandre » dans *La symbolique judiciaire en mutation, Les Cahiers de la justice*, ENM, ed. Dalloz, Paris, 2018/4, p. 608

²³ Id., p. 609.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ J-M. Carbasse, *loc. cit.*, p. 286.

déshumanisation, si l'on reprend ce terme né de la première Guerre mondiale et qui correspond bien à l'idée de l'auteur. A propos des supplices, Marat écrit : « quelqu'affreux qu'ils paroissent, bientôt l'imagination s'y fait, & cesse enfin d'en être frappée ; l'habitude émousse tout, jusqu'à l'horreur des tourments »²⁶. C'est un plaidoyer pour des peines plus douces en France, publié quelques années avant la Révolution, qui va faire évoluer le droit pénal français.

Les peines, sous l'Ancien Régime, sont sévères, mais une théorie explique que le degré de leur sévérité dépend, notamment du régime politique.

B/ La dureté des peines en fonction du gouvernement

Il faut entendre par « gouvernement » constitution ou régime politique, c'est-à-dire type de gouvernement. La politique pénale d'un état est diligentée par ses gouvernants et n'est donc pas la même d'un gouvernement à un autre.

Marat introduit son ouvrage *Plan de législation criminelle* par la phrase : « Les lois [sic] criminelles, nécessairement liées au système politique, ne doivent jamais choquer la nature du gouvernement »²⁷. C'est-à-dire qu'à chaque gouvernement correspond un système pénal idoine.

Montesquieu explique ce phénomène dans *De l'esprit des lois*. Il distingue trois types de gouvernement : la monarchie, le despotisme et la république. Il énonce que « plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe »²⁸. A l'inverse, il observe que « La monarchie se situe entre les deux régimes précités : « là où il y a une loi : et là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit »²⁹.

Par ce constat, on observe le caractère arbitraire ou non de la justice, l'arbitraire étant davantage source d'insécurité judiciaire que signe certain de plus grande dureté des peines prononcées. L'arbitraire de la justice est jusqu'alors perçue comme une caractéristique naturelle de la justice et même une valeur, le juge devant départager et ayant beaucoup de pouvoir sur la façon de le faire.

Dans le livre VI, chapitre IX de l'ouvrage de Montesquieu, intitulé *De la sévérité des peines dans les divers gouvernements*, l'auteur, en montrant que « la sévérité des peines convient mieux au gouvernement despotique », critique le despotisme. En effet le principe du despotisme est « la

²⁶ J-P. Marat, *Plan de législation criminelle*, éd. de l'imprimerie de la veuve Marat, Paris, III^e édition (publication originale en 1780), p. 30.

²⁷ *Id.*, p. 1.

²⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, éd. Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, tome II, Paris, 1951, p. 31.

²⁹ *Id.*, p. 311.

terreur », alors que les principes de la monarchie et de la république sont « l'honneur et la vertu »³⁰. L'idée de Montesquieu est d'avertir le Roi de France du caractère plus despotique que monarchique de la gouvernance française et des peines qui en découlent dans les instances judiciaires. Il faut privilégier la prévention des crimes par l'éducation du peuple à de nobles principes plutôt que la répression des crimes produits par la terreur. La France, au XVIII^e siècle est un état où les peines sont dures, la critique de Montesquieu n'est donc pas innocente, elle vise à toucher le roi pour qu'il infléchisse sa politique pénale.

A cette critique publiciste de la politique pénale, Beccaria a également participé. Il fustige les gouvernements, en en distinguant moins les formes, de conserver des peines horribles dans leur ressort. Sa critique porte, notamment, sur la question préparatoire qui se pratique dans de nombreux pays d'Europe au XVIII^e siècle : « C'est une barbarie consacrée par l'usage dans la plupart des gouvernements, que de donner la torture à un coupable pendant que l'on poursuit son procès »³¹.

Outre son fondement social, la peine se fonde sur des éléments en rapport avec le crime mais externes à lui matériellement.

II – L'impact d'éléments externes au crime sur les peines

Pour fixer une peine, le juge doit connaître le crime commis mais aussi les circonstances qui ont accompagné ce crime. Le droit pénal de l'Ancien Régime donne une grande importance aux circonstances, à ce qui entoure le crime pour moduler les peines.

Dans ce cadre, le juge a un pouvoir très étendu pour rendre la justice, à cette époque où la justice est arbitraire.

A/ Les éléments conditionnant la peine prononcée : les « qualités » du crime

Nous empruntons l'expression de « qualité » du crime au célèbre avocat français Pierre-François Muyart de Vouglans car il embrasse tout le propos. Ce terme recoupe « la Cause, la Personne, le Lieu, le Temps, la Qualité, la Quantité, & l'Évènement »³². Tous ces éléments conditionnent la gravité du crime donc la sévérité des peines.

³⁰ *Id.*, p.318.

³¹ C. Beccaria, *op. cit.*, p. 59.

³² P-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières*, éd. Le Breton, Paris, 1757.

1) Les éléments tenant au cadre du crime

Concernant le contexte de commission du crime, Daniel Jousse énonce deux types de facteurs majeurs de pondération de la gravité d'un crime donc des peines. D'abord, il faut connaître « le mouvement ou principe qui engage à le commettre »³³, c'est à dire le mobile du crime, dont le juge tient alors compte. Ainsi, le crime commis peut être variablement moral. L'intention du criminel est très importante dans la répression. Muyart de Vouglans traite de la « cause » ou du « motif » pour désigner ce qui a conduit au crime. Il distingue ainsi la préméditation, inexcusable, de la colère avec l'ivresse, l'amour et la jalousie qui n'excusent pas le crime mais peuvent conduire à un allègement de peine. Il traite enfin de l'exemple du cas fortuit, qui peut excuser le crime, ne donnant lieu à aucune peine.

Il faut ensuite s'informer des circonstances de commission du crime. Ce terme de « circonstances » renvoie à tous les éléments de fait dans lesquels le crime s'inscrit. Daniel Jousse en donne des exemples : qualité de la personne offensée, qualité du coupable, récidive, lieu, temps. Ainsi, en tenant compte de ces circonstances, le juge pourra prononcer des peines extraordinaires, en faveur de l'accusé par rapport aux peines prévues par les textes pour le crime dont il est question. Mais, ces circonstances peuvent également être défavorables à l'accusé. Par exemple, un crime commis dans une église devient sacrilège. Aussi, de manière générale, un crime commis pendant la nuit est jugé plus grave qu'un crime commis en plein jour, et est donc plus sévèrement puni. L'Ancien Régime a horreur des fourberies et punit plus sévèrement les crimes vils et dissimulés que les crimes commis au grand jour.

La récidive est prise en compte par le juge pour punir plus sévèrement. On adjoint à la peine prévue pour le crime des peines complémentaires comme la flétrissure pour reconnaître le criminel en état de récidive.

Enfin, Muyart de Vouglans évoque « l'Evènement », c'est-à-dire la réalisation totale ou partielle du crime. Si le crime n'est pas entièrement consommé, la peine sera moins lourde mais cette distinction ne s'opère que pour les crimes « qui ne sont pas atroces par leur nature »³⁴.

2) L'influence des acteurs du procès sur la peine

Outre le contexte de commission du crime, la justice française accorde, au XVIIIe siècle, comme par le passé, une grande importance à la personne du criminel. On s'interroge sur sa qualité,

³³ D. Jousse, *op. cit.*, p. 9.

³⁴ P-F. Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 22.

qui va influencer sur la peine que le juge prononcera. On distingue d'abord hommes et femmes. En principe, à crime égal, peine égale mais certaines peines sont exclues pour les femmes, ainsi que le présente Daniel Jousse : « Les femmes peuvent être condamnées à toutes les peines [...] indistinctement, ainsi que les hommes, à la réserve des galères, de la roue, & de la peine d'être tirée à quatre chevaux »³⁵. Il est, à l'époque, de notoriété publique que ces réserves se fondent sur la « faiblesse du sexe féminin », comme il est écrit dans de nombreux ouvrages de l'époque.

Muyart de Vouglans s'intéresse à la gravité des crimes en fonction du statut social du criminel. « Ainsi le crime qui a été commis par un Esclave est plus grand & plus punissable que celui qui a été commis par une personne libre »³⁶.

De même, il existe une différence de traitement judiciaire entre les nobles et les roturiers. Noble et roturier convaincus d'homicide sont tous deux condamnés à mort. La différence réside dans les modalités d'exécution de la peine. Le premier sera, en principe, décapité ; le second est condamné à la potence. En outre, certaines peines sont écartées par nature lorsqu'il s'agit de punir un noble, « telle est la peine du fouet, & celle du carcan »³⁷.

Parfois, le juge tient compte de l'âge du condamné. Ainsi, le complice impubère d'un condamné à mort ne sera pas condamné à mort mais devra assister au supplice, dans un objectif éducatif.

Enfin, il faut observer la distinction qui existe encore au XVIII^e siècle entre juridictions laïques et juridictions ecclésiastiques. Les crimes poursuivis et les personnes poursuivies par ces deux catégories de juridictions ne se recoupent pas et les peines diffèrent. Comme nous l'avons vu, « l'Eglise a horreur du sang » et, par principe, elle ne pratique pas la peine de mort. Toutefois, pour des criminels en état de récidive, elle décline sa compétence au profit des juridictions laïques, dont elle sait la propension à condamner à mort. Les juridictions ecclésiastiques ont des peines particulières « que l'on nomme peines canoniques, comme sont l'excommunication ; la dégradation des ordres sacrés [...] ; le jeûne au pain & à l'eau »³⁸.

Dans chacun de ces ordres, le juge a une importante marge d'appréciation et il est guidé par des textes de plus en plus nombreux et favorables aux accusés.

³⁵ D. Jousse, *op. cit.*, p. 41.

³⁶ P-F. Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ D. Jousse, *op. cit.*, p. 42.

³⁸ *Id.*, p. 41.

B/ Le rôle du juge dans le prononcé des peines

Sous l'Ancien Régime, on dit traditionnellement que les peines sont arbitraires. Le terme n'est, jusqu'au XVIII^e siècle pas péjoratif. Les auteurs décrivent ce phénomène très librement. Par exemple, Jean Imbert, au début du XVII^e siècle, écrit : « Aujourd'hui les peines sont arbitraires en ce royaume »³⁹. L'arbitraire semblait défavorable à l'accusé au Moyen-âge mais il s'est avéré parfois favorable sous l'Ancien Régime avec des acquittements prononcés par le juge là où les textes auraient puni. Certains auteurs, dès la fin du XVII^e siècle, voient en la Loi plus d'importance qu'auparavant. Ainsi, Antoine Furetière, dans son *Dictionnaire universel*, à la définition du mot « peine », indique : « C'est une erreur de croire qu'en France les peines soient arbitraires : chaque crime a sa peine fixe portée par l'Ordonnance »⁴⁰. Cette vision semble ne pas correspondre à la réalité mais peut-être est-ce une façon, par la négation, de critiquer l'arbitraire. Le juge est l'officier public chargé de « la manutention des regles [sic] que la Loi [sic] établies »⁴¹. Beccaria refuse une justice arbitraire et considère que « les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit »⁴². « Tous les juges de ce royaume tiennent leur autorité du Roi »⁴³, nous explique Ferrière dans son *Dictionnaire de Droit et de pratique*. Cela signifie que la justice étant simplement déléguée au juge par le roi, celui-ci peut en reprendre la main.

L'intervention du roi peut être défavorable à l'accusé : par les lettres de cachet, il lance l'accusation, et diligente une peine sans qu'il y ait jugement. Cette pratique a été dévoyée par l'usage croissant des lettres de cachet « en blanc » dont les destinataires étaient choisis par diverses autorités, et notamment le lieutenant général de police, ce qui constitue « une perversion évidente de la notion de justice retenue », pour Jean-Marie Carbasse⁴⁴. Dans de plus nombreux cas, l'intervention juridictionnelle du roi est en faveur de l'accusé. Ainsi, diverses sortes de lettres de justices permettent au roi d'atténuer les rigueurs de la justice déléguée. Les lettres de rémission interviennent pendant le procès. Les lettres de rappel de ban ou de galères surviennent après le jugement définitif, ainsi que les réhabilitations. Furetière n'oublie pas, dans sa définition du mot « peine », de faire état de cette faculté du roi de rendre grâce : « Le Roy donne des lettres de grace [sic] pour remettre la peine, il accorde une commutation de peine »⁴⁵. Cette pratique est retranscrite

³⁹ J-M. Carbasse, *op. cit.*

⁴⁰ A. Furetière, *op. cit.*

⁴¹ P-F. Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 115.

⁴² C. Beccaria, *op. cit.*, p. 18.

⁴³ C-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd. Brunet, Paris, 1749, tome II, p. 104.

⁴⁴ J-M. Carbasse, *op. cit.*

⁴⁵ A. Furetière, *op. cit.*

par les mots d'Usbek, voyageur persan qui découvre la France, dans les *Lettres persanes* et qui en est étonné.

Bien loin que les rois de France puissent, de leur propre mouvement, ôter la vie à un de leurs sujets, comme nous sultans, ils portent a contraire toujours avec eux la grâce de tous les criminels : il suffit qu'un homme ait été assez heureux pour voir l'auguste visage de son prince, pour qu'il cesse d'être indigne de vivre⁴⁶.

Cette vision, caricaturale est, bien-sûr, à nuancer mais montre la propension du roi à accorder sa grâce.

⁴⁶ Montesquieu, *Lettres persanes* (1721), éd. Gallimard, Paris, 2003 (édition de 1758) Lettre CIII, Usbek à Ibben, p. 231.

Section II – L'évolution des peines au XVIII^e siècle

Les peines, au début du XVIII^e siècle, sont celles de l'Ancien Régime. Elles connaissent des assouplissements mais de nombreuses peines afflictives demeurent. Les peines sont presque toutes infamantes. Mais la fin du siècle, éclairée par les Lumières, va être marquée par une évolution globale du système pénal français.

I – La persistance des peines de l'Ancien Régime

L'Ancien Régime se caractérise par le prononcé fréquent de peines afflictives et infamantes. Daniel Jousse opère la distinction entre ces deux termes et il ajoute à sa classification les peines capitales. Ces dernières sont forcément afflictives dans la mesure où ce sont celles qui « font perdre la vie, ou qui privent pour toujours de la liberté ou du droit de citoyen »⁴⁷. Outre les peines capitales, les peines afflictives « sont celles qui affligent le corps, ou qui gênent la liberté »⁴⁸. Elles peuvent être corporelles ou non. Enfin, les peines infamantes sont « celles qui affectent l'honneur et la réputation »⁴⁹. Les peines afflictives sont toutes infamantes, exceptée la question. Nous traiterons donc des peines afflictives en premier lieu, puis des autres peines.

A/ Les peines afflictives

Les peines afflictives ne sont pas l'apanage de la France au XVIII^e siècle. En Allemagne, on enterre « vive la femme infanticide et [on] la fait périr à coups de pieu »⁵⁰. L'Angleterre, en dépit d'une révolution précoce, s'illustre aussi par l'horreur de certaines de ses peines : dans le cadre d'une exécution particulière, les entrailles du condamné sont arrachées au patient vivant encore et jetées au feu.

La France et son système pénal tiennent à affliger physiquement le condamné, par diverses peines, en fonction du crime commis, ou supposé commis.

Nous envisagerons en premier lieu les peines afflictives capitales avant de traiter des peines afflictives corporelles non capitales et des peines afflictives non corporelles, suivant le plan de Daniel Jousse qui est assez exhaustif sur la question. Ainsi, nous présenterons les peines dans le même ordre que Daniel Jousse, de façon à en énumérer et décrire les principales.

⁴⁷ D. Jousse, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ J-L-E. Ortolan, *op. cit.*, p. 110.

1) Les peines afflictives capitales

La principale peine capitale est la peine de mort, dite de « mort naturelle » par les juristes du XVIII^e siècle. La peine de mort est pratiquée sous diverses modalités, en fonction du type de crime commis ainsi que de la personne du coupable. Daniel Jousse en fait une classification par degré d'horreur, classification que nous allons reprendre dans la présentation de ces peines.

La peine de mort naturelle jugée la plus dure est le bûcher. Elle est prononcée à l'encontre d'un parricide, en cas d'inceste au premier degré, crimes qui sont raisonnablement appréciables et dont l'existence est possible. Mais, cette peine du feu est aussi encourue en cas de magie, d'hérésie. Ces incriminations sont, avant d'être supprimées à la Révolution, critiquées par Montesquieu.

Il faut être très circonspect dans la poursuite de la magie et de l'hérésie. L'accusation de ces deux crimes peut extrêmement choquer la liberté et être la source d'une infinité de tyrannies, si le législateur ne sait la borner⁵¹.

En effet, les chefs d'accusation de la magie et de l'hérésie permettent l'accusation et la condamnation à mort de n'importe qui, car qu'est-ce qui qualifie la magie ?

Enfin, la peine du feu est encourue pour blasphème d'une particulière gravité et crimes contre nature, à savoir, par exemple la pratique de la sodomie (placée dans la catégorie des crimes de luxure par Muyart de Vouglans).

Après la peine du feu, vient la peine de la roue qui consiste à être attaché et roué de coup avec des barres de fer, brisant ainsi les os et les articulations du condamné. Sont condamnés à être roués vifs « les voleurs de grands-chemins ; les assassins ; & meurtriers de guet-à-pens ; ceux qui volent de nuit dans les maisons, avec violence publique, & mauvais traitements ; les parricides ; les valets qui tuent leurs maîtres ; & quelquefois dans le cas de lèse-majesté »⁵². On constate que certains cas se recoupent avec la peine du bûcher. Les juges choisissent à discrétion, sous réserve d'une lettre royale prescrivant une peine précise. Le plus souvent, la roue intervient alors que la personne condamnée a déjà expiré, par strangulation ordonnée par un *retentum* du juge, par exemple. Le *retentum* est une stipulation que le juge ajoute au jugement pour abréger les souffrances du condamné en ordonnant au bourreau de le tuer avant l'exécution de la peine. Cette stipulation n'est pas communiquée à l'accusé.

L'écartèlement est placé, dans la classification de Daniel Jousse, en troisième position. Cette peine consiste à être tiré par quatre chevaux. Elle est encourue pour crime de lèse-majesté.

⁵¹ Montesquieu, *op. cit.*, p. 435.

⁵² D. Jousse, *op. cit.*, p. 44.

C'est une peine ancienne, déjà prononcée sous Charlemagne, à l'encontre du conte Ganelon, pour trahison contre l'Etat. On adjoint parfois à cette peine, la peine du tenaillement (« être tenaillé avec des tenailles ardentes aux mamelles, bras, cuisses et jambes, sur lesquelles [s'iz] on jette du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la poix-raisine, de la cire et du soufre fondus ensemble »⁵³). De plus, cette peine a souvent des conséquences pour la famille du condamné dans la mesure où ses biens sont confisqués, sa maison rasée, ses proches bannis à perpétuité du royaume et son nom supprimé. C'est ce qui est arrivé au régicide François Ravailac en 1610, suite à l'assassinat d'Henri IV. C'est une exception au principe de personnalité des peines, regrettable pour la famille, à laquelle la Révolution va mettre fin.

Deux peines viennent ensuite : la potence et la tête tranchée. Elles sont prononcées pour le même type de faits, à savoir, entre autres, le simple homicide, la fausse monnaie, la banqueroute frauduleuse ou encore le vol avec effraction. Simplement, la potence est destinée aux roturiers, la tête tranchée étant réservée aux nobles. Loisel disait : « En crime qui méritent la mort, le vilain sera pendu et le noble décapité ». Ce privilège de la décapitation est très important d'un point de vue juridique car, contrairement à la pendaison, elle n'emporte pas infamie. Ainsi, la famille du condamné noble n'était pas déshonorée⁵⁴. Dans des cas d'une particulière gravité, cependant, la pendaison était possible pour un noble (en cas de duel, notamment), ce qui emportait déchéance de son titre et infamie.

Ces peines sont les principales peines capitales. Mais il en existe d'autres, plus spécifiques.

Ainsi, la peine d'être passé par les armes est en usage dans le milieu militaire pour certains délits spécifiques.

La confiscation de corps et de biens, prononcée en cas de péculat, d'usure, rend le condamné mort juridiquement bien qu'encore vivant biologiquement.

La peine des galères à perpétuité entraîne également « la confiscation générale des biens et la mort civile »⁵⁵. Elle est plus récente que les peines précédentes et ne devient courante qu'au XVI^e siècle, ce qui s'explique par les besoins de la marine française. Elle peut être prononcée en cas d'abigeat, faux témoignage ou encore récidive de vol simple. La peine des galères est accompagnée d'une flétrissure (marque sur la peau du condamné, au fer chaud) dont l'inscription est « GAL » sur l'épaule du condamné. Ainsi, elle est regardée comme une peine corporelle. Mais, l'ordonnance criminelle de 1670 précise que « la peine des galères, considérée seule, & sans la marque ou

⁵³ *Id.*, p. 45.

⁵⁴ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 301.

⁵⁵ *Id.*, p. 304.

flétrissure, qui doit toujours y être jointe, ainsi qu'il sera observé ci-après, ne doit point être regardée comme corporelle. » Aussi, les galères ne concernent pas les femmes, jugées trop faibles physiquement pour supporter cette peine. Pour elles, la peine d'être retenues dans une maison de force est mise en place, ce qui donnera, par la suite, lieu à la création de la peine d'emprisonnement.

Le bannissement à perpétuité est une peine qui peut être prononcée à propos de différentes zones géographiques. On peut être banni du ressort de la juridiction locale, du ressort du parlement ou du royaume. C'est souvent une peine accessoire à une autre. Elle entraîne la mort civile de l'individu banni, lorsqu'il s'agit du bannissement du royaume mais cette mort n'est pas toujours définitive, le roi pouvant rappeler un banni. En complément, le juge peut prononcer la confiscation des biens du condamné mais ce n'est pas obligatoire. Cette peine permet d'éloigner un criminel d'un lieu précis, sans toutefois lui donner la mort. Elle était fréquemment prononcée à l'encontre des contumax, dont l'absence était considérée comme un aveu de culpabilité. Cette peine présente des failles car elle permet seulement d'éloigner le délinquant, pas de le corriger. Antoine-Gaspard Boucher d'Argis, avocat français, écrira en 1781 : « Bannir un voleur d'une ville, c'est lui ordonner d'aller voler dans une autre ; le scélérat est le même partout ». Voltaire, dans son *Dictionnaire philosophique* apporte une critique semblable à l'égard du bannissement.

*On bannissait, il n'y a pas bien longtemps, du ressort de la juridiction, un petit voleur, un petit faussaire, un coupable de voie de fait. Le résultat était qu'il devenait grand voleur, grand faussaire, et meurtrier dans une autre juridiction*⁵⁶.

La peine d'être traîné sur la claie « ne s'inflige que contre les cadavres des criminels convaincus de leze-majesté [*sic*] divine, ou humaine, dans le cas où il échut de faire le procès aux défunts, comme dans les crimes de duel ; de suicide [...] »⁵⁷. C'est une peine dont l'objet principal est l'infamie du supplicé que l'on traîne par les rues sur une claie d'infamie, en public pour donner l'exemple.

Enfin, Daniel Jousse place dans les peines capitales la condamnation de la mémoire d'un défunt. Elle s'inflige dans les mêmes cas, à l'encontre d'un défunt. Elles sont très symboliques et tendent à montrer qu'il n'y a jamais d'impunité, même après la mort, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de refuge pour le crime.

⁵⁶ Voltaire, *op. cit.*, Tome XVI, p. 402.

⁵⁷ D. Jousse, *op. cit.*, p. 54.

2) Les peines afflictives corporelles non capitales

Ces peines sont, dans de nombreux cas, des peines complémentaires. Les exemples qui suivent sont rapportés par Daniel Jousse.

La peine d'avoir la langue coupée ou percée se prononce à l'encontre des blasphémateurs récidivistes, comme la peine d'avoir la lèvre coupée ou fendue, dans le cas de blasphèmes d'une gravité moindre que ceux qui font encourir la peine du bûcher. Ainsi, l'appréciation du juge est déterminante, ce qui est source d'une insécurité juridique. Où la limite entre le blasphème ignoble et le blasphème simple se trouve-t-elle ?

Pour les esclaves en fuite, une peine est prévue. Celle d'avoir les oreilles coupées ou le jarret coupé.

La peine d'avoir le poing coupé est assez répandue. Elle est encourue en cas de sacrilège majeur, un parricide et d'autres crimes du même type. La peine d'avoir le poing brûlé est plus spécifique au crime de lèse-majesté.

La question préparatoire n'est, en soi, pas une peine, c'est un moyen d'obtenir la vérité de la bouche d'un accusé. Cette technique est douteuse et, dès le XVIII^e siècle, critiquée, notamment par Beccaria. Mais, dans la mesure où la question est une épreuve affligeante pour l'accusé, on peut la classer dans les peines, choix que Daniel Jousse a privilégié.

La flétrissure est une marque d'infamie qui sert à reconnaître les récidivistes. C'est une peine qui ne se prononce, de manière générale, pas toute seule. Elle est utilisée pour les voleurs, sur l'épaule desquels on appose « V », et pour les galériens, sur l'épaule desquels on appose « GAL ».

La peine du fouet peut être prononcée, de façon simple, et exécutée par un bourreau, en public ou sous la custode. Dans ce dernier cas, elle est exécutée par un geôlier, en prison. Cela n'emporte toutefois pas d'infamie. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan considère que le fouet en public est infamant, pas le fouet sous la custode.

Nous l'avons vu, les criminels impubères sont soumis à un régime pénal différent des adultes. Ainsi, les peines prévues pour eux sont plus douces mais exemplaires et édifiantes. La peine d'être pendus sous les aisselles leur est réservée en cas de crimes particulièrement graves.

Le carcan est une peine, souvent principale, prononcée pour des délits de gravité intermédiaire, pour des voleurs de raisin ou encore en cas d'insolences commises par des serviteurs envers leurs maîtres. Elle est publique et les passants qui voient le condamné enserré dans son

carcan peuvent l'injurier, lui jeter des projectiles à loisir. Le pilori fonctionne selon le même principe mais il est plus rare car, matériellement, toutes les villes n'en ont pas et elle « ne se prononce gueres [sic] que contre les banqueroutiers »⁵⁸. Elle se prononce aussi à l'encontre des maquerelles. Ainsi, à Grenoble, en 1725, Marguerite Chapuis et Françoise Chauvun sont condamnées à la peine du carcan. Elles sont attachées « au carcan en la place de Breuil de cette ville le marché tenants [sic] ayant [...] ladite Chappuy de meme [sic] un Ecriteau devant et derrière ou [sic] sera écrit aussi en gros caractère le mot (maquerelle) »⁵⁹.

Les peines afflictives ne sont pas nécessairement corporelles. Elles sont alors afflictives pour la liberté du condamné.

3) Les peines afflictives non corporelles

Nous reprenons les travaux de Daniel Jousse.

Les galères à temps, contrairement aux galères perpétuelles, sont classées parmi les peines non corporelles, bien qu'afflictives. Elles sont encourues pour récidive de vol simple ou encore enlèvement de bornes, pour une durée de 3, 6 ou 9 ans, selon Daniel Jousse alors que la pratique judiciaire connaît des cas où le juge condamne aux galères pour des durées différentes, parfois plus longues que celles dont Daniel Jousse fait état. Cette peine peut commencer en prison, dont le temps écoulé est inclus dans le temps de la peine. De plus, la durée de la peine est précise et ne peut être excédée.

La peine de la réclusion à temps dans une maison de force correspond aux mêmes cas que la peine des galères à temps mais elle est prononcée à l'encontre des femmes ou des filles (lorsqu'elles sont plus jeunes et point encore mariées).

Les femmes adultères encourent la peine d'être authentiquées, c'est-à-dire être enfermées dans un monastère et rasées. Ce n'est pas le cas pour les hommes. L'homme a un devoir de garder sa femme avec lui, sauf en cas d'adultère, cas dans lequel il peut la répudier.

L'amende-honorable « se prononce contre les personnes convaincues, qui ont causé un scandale public, soit contre l'autorité, & l'honneur de Dieu, soit contre le Roi, & l'honneur public : comme sont les séditeux, les sacrilèges, les faussaires, les usuriers publics, & les banqueroutiers frauduleux, Etc. »⁶⁰. Cette peine au nom sympathique ne l'est, en réalité, pas vraiment. Elle consiste

⁵⁸ *Id.*, p. 61.

⁵⁹ Arrêt rendu par le Parlement du Dauphiné (Grenoble), le 12 mai 1725, cité par A. Giraudeau, "De la rue à la chambre, une approche spatiale de la prostitution à Grenoble au XVIIIe siècle", dans *Histoire urbaine*, 2017/2 n°49, p. 37 à 54.

⁶⁰ D. Jousse, *op. cit.*, p. 63.

dans un aveu public par le criminel, à genoux, nu sous sa chemise, implorant le pardon de Dieu et de la communauté des Chrétiens. C'est une peine fréquente dans la première moitié du XVIII^e siècle, Furetière l'a intégrée dans son *Dictionnaire universel*. Il la définit comme une « peine afflictive qui emporte notte [*sic*] d'infamie, quand on est condamné d'aller nud [*sic*] en chemise, la torche au poing, & la corde au cou devant une Eglise, ou dans un auditoire, demander pardon à Dieu, au Roy [*sic*] & à la Justice de quelque méchante action ».

Le bannissement à temps est prononcé, dans le même esprit que les galères à temps, pour une durée déterminée par le juge. Comme le bannissement à perpétuité, il peut concerner le royaume, le ressort du parlement ou simplement le ressort de la juridiction.

Une autre modalité de bannissement est l'exil. La différence réside dans le fait que l'exil est à un lieu déterminé : « Il s'ordonne le plus souvent en vertu d'ordres de Sa Majesté, & de lettres de cachet »⁶¹.

La condamnation aux œuvres serviles consiste à servir le Roi sur le plan militaire.

Enfin, la dégradation de noblesse, prononcée à l'encontre de nobles coupables de lèse-majesté, est presque toujours jointe à une peine capitale. Elle s'exprime souvent par la peine de la potence, roturière par nature.

Outre les peines afflictives, il existe d'autres peines, parfois simplement infamantes, d'autre fois, simplement punitives sans emporter infamie.

B/ Les autres peines en vigueur au XVIII^e siècle

Si les peines afflictives sont toutes infamantes (si l'on excepte la question), certaines peines sont infamantes sans être afflictives. Elles sont prononcées pour des délits moins graves. Enfin, les peines les moins graves ne sont ni afflictives ni infamantes.

1) Les peines infamantes non afflictives

Daniel Jousse relève neuf peines de ce type. Nous reprenons son énumération, particulièrement claire et efficace⁶².

La première dont il fait état concerne les maquerelles, condamnées à être promenées par les rues avec un chapeau de paille à cheval ou à dos d'âne. On joint à cette peine le fouet et le bannissement assez fréquemment. Cette peine infamante n'est plus pratiquée à Paris mais elle l'est

⁶¹ *Id.*, p. 66.

⁶² *Id.*, p. 68 à 76.

encore en Province. En dénombre deux condamnations de ce type à Clermont dans les années 1750⁶³.

Assister à la potence est une peine qui se veut édifiante pour le complice impubère d'un condamné à la potence. Là encore, le principe de l'exemplarité de la peine s'exprime et dans ce cas, l'exemple est plus personnel car la peine n'est pas simplement publique mais elle est obligatoirement vue par un complice du supplicié.

Le blâme est une peine prononcée en cas de délits moraux d'une faible gravité. Le condamné est tête nue, à genoux et il reçoit le blâme. On y adjoint presque toujours une amende pécuniaire.

L'amende est une peine pécuniaire, dont le bénéfice revient à l'Etat, qui se multiplie depuis le XVI^e siècle. Elle est encore souvent jointe à une autre peine. De nombreux actes sont passibles d'amende au XVIII^e siècle, comme le montre Muyart de Vouglans. Le système est précis : un agissement précis fait encourir une amende précise. Ainsi, par exemple, le fait de pécher un dimanche ou un jour férié fait encourir une amende de 40 livres. La police des eaux et forêts existe et jouit d'un arsenal répressif, constitué de peines d'amendes, important.

La privation d'office, « prononcée contre un officier, peut se faire de deux manières : 1^o en le privant de l'office qu'il possède ; 2^o en le déclarant incapable d'en posséder à l'avenir »⁶⁴. C'est une peine qui peut être politique.

La privation de bénéfice « est une espèce de privation d'office ; qui se prononce par les Juges d'Eglise, dans les cas marqués par le droit Canon »⁶⁵.

Certaines peines peuvent se prononcer contre des villes, des communautés en général, ainsi la privation de privilège. C'est la preuve que le droit de l'Ancien Régime a déjà une conception de la personnalité morale. Ces peines ont pour origine la volonté de l'Etat qui veut maintenir l'unité du royaume, mettant en garde les communautés séditieuses.

Une autre peine consiste à vider les lieux d'un bordel. Mais, « alors qu'elle est interdite depuis 1561 après des siècles d'oscillation entre tolérance, organisation et répression, la prostitution est pourtant loin d'avoir disparu des réalités urbaines »⁶⁶. On constate, en pratique, que ce type de peine n'est pas souvent appliqué. Encore faut-il identifier et qualifier un bâtiment

⁶³ F. Aleil, *La prostitution à Clermont au XVII^e siècle*, cité par A. Giraudeau, *op. cit.*

⁶⁴ D. Jousse, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁵ *Id.*, p. 74.

⁶⁶ A. Giraudeau, *op. cit.*

qui fait office de bordels tant leur diversité est grande : hôtels, débits de boissons, appartements privés. De plus, la prostitution n'est pas confinée à l'intérieur des établissements mais se pratique aussi à même la rue. Son contrôle est difficile et son interdiction n'est, en pratique, pas souhaitée car elle représente une utilité sociale et permettrait d'autres délits plus graves comme les agressions sexuelles ou encore les viols. Ainsi, la police n'intervient pas d'elle-même dans la répression de la prostitution, lorsqu'elle intervient, c'est parce qu'elle a reçu une plainte en lien avec la prostitution⁶⁷.

Enfin, existe une peine contre les documents séditieux, qui sont condamnés à être brûlés.

2) Les peines non infamantes

Nous en citerons simplement certaines pour observer que le droit pénal du XVIII^e siècle connaît une hiérarchie des peines et qu'à des agissements illégaux mais de faible gravité, on sait appliquer des peines proportionnées.

Ces peines tiennent souvent au symbole moral, spirituel. Ainsi, il existe la peine de faire brûler un cierge devant un autel. On peut aussi être condamné à ne pas paraître en certains lieux.

II – Les évolutions des peines à la fin du XVIIIe siècle

Au XVIII^e siècle, se développe l'emprisonnement, peine jusque-là assez discrète en droit pénal. D'autres avancées majeures sont les fruits du droit pénal révolutionnaire.

A/ Le développement de l'emprisonnement

Au XVII^e siècle, la prison n'est pas une peine répandue en France. Toutefois, c'est une peine qui existe, pour des cas bien déterminés. Ce n'est pas une peine de droit commun.

Au Moyen-âge, l'emprisonnement pour dette apparaît. En effet, en 1303, « par une ordonnance de réforme de son administration, Philippe le Bel autorisait la pratique de l'emprisonnement pour dette privée dans les juridictions royales »⁶⁸. Cette pratique est encore d'usage tout au long du XVIII^e siècle puisqu'elle ne sera abolie qu'en 1867, mais on peut s'interroger sur sa nature. Est-ce réellement une peine ? En effet, son objet est de sanctionner un manquement civil, son caractère pénal n'est donc pas total. Julie Claustre explique cette peine par trois facteurs. Le premier facteur réside dans les besoins fiscaux de l'Etat, conjugués avec les intérêts financiers des créanciers privés. Cela permet d'institutionnaliser le recours au crédit. On

⁶⁷ *Loc. cit.*

⁶⁸ J. Claustre, « La dette, la haine et la force : les débuts de la prison pour dette à la fin du Moyen Âge », dans *Revue Historique*, éd. PUF, Paris, 2007/4 (n°644), p. 797 à 821.

appose un sceau d'une juridiction royale pour attester de l'existence de la dette, ce qui permet au créancier d'avoir un recours possible contre son débiteur et à l'Etat de percevoir une imposition. Furetière, dans son *Dictionnaire*, fait état de l'emprisonnement pour dette, dans son article « prison » : « On ordonne qu'un débiteur sera contraint par corps, tiendra prison tant qu'il ait payé »⁶⁹.

Aussi, dès le XVII^e siècle, on enferme les indigents, les oisifs, indésirables à la société car étant de mauvais exemples, dans des hôpitaux généraux. Ces hôpitaux généraux, d'abord créés dans des villes de province françaises, sont des lieux d'enfermement où la discipline règne, dans une atmosphère religieuse, et où l'on oblige les détenus à travailler, à prier. A Paris, Marie de Médicis approuve l'idée et fait construire trois hôpitaux généraux : la Pitié, la Salpêtrière et la maison Scipion. Il s'agissait « d'épuiser le problème de la pauvreté ou plutôt [de] l'évacuer »⁷⁰. Dans le sens où l'hôpital général ne constitue pas une véritable peine, on pourrait objecter au développement qu'il ne s'agit pas d'une prison mais dans la mesure où l'hôpital général est une mesure coercitive obligatoire qui conduit à une vie contrainte en milieu carcéral, on considère généralement qu'il s'agit d'une prison.

Furetière définit la prison comme une « geole, lieu fort & gardé pour retenir des criminels, des débiteurs, & et des captifs »⁷¹. Ainsi, la prison est, au XVII^e siècle, déjà une peine au sens du droit pénal. Mais, elle est rarement prononcée. C'est, en principe, une peine de substitution pour les femmes et filles, en lieu et place des galères. L'ordonnance criminelle de 1670 consacre son titre XIII à la prison. Elle se veut protectrice du bien être des détenus. En effet, l'article premier dispose : « Voulons que les prisons soient sûres, et disposées en sorte que la santé des prisonniers n'en puisse être incommodée ». C'est un article qui semble étonnant au vu de ce que l'on peut lire par ailleurs sur la vétusté des prisons et les mauvaises conditions de vie que cela engendre. Beccaria parle de « l'horrible séjour du désespoir et de faim »⁷². Le reste des dispositions que l'ordonnance consacre à la prison concerne essentiellement les geôliers, cela montre la faible place qu'occupe alors la prison en France.

Si la prison est peu prononcée, c'est notamment parce qu'elle suscite la critique et ne semble pas remplir pleinement les objectifs de la peine. Michel Foucault rapporte ces critiques à l'encontre de la prison. D'abord, elle ne répond pas à l'objectif de spécificité des peines en fonction

⁶⁹ A. Furetière, *op.cit.*

⁷⁰ J-G. Petit, N. Castan, C. Faugeron, M. Pierre, A. Zysberg, *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIIIe-XXe siècles* éd. Privat, Toulouse, 1991, p. 57.

⁷¹ A. Furetière, *op. cit.*

⁷² C. Beccaria, *op. cit.*, p. 29.

des crimes, sauf peut-être vis-à-vis de l'enlèvement, de la séquestration. De plus, elle n'a que peu d'effet sur le public, ce qui fait perdre de l'exemplarité dans la peine. La prison engendre, en outre, des dépenses pour l'Etat, qu'il faut financer à l'aide d'impôts, par exemple. Moralement, en surtout dans la morale chrétienne du XVIII^e siècle, largement partagée, la prison est critiquée pour entretenir les condamnés dans leur oisiveté et de multiplier les vices. Ne dit-on pas que la prison est l'école de la récidive ?

Pourtant, au XVIII^e siècle, la prison prend place dans le paysage pénal, et particulièrement avec la Révolution et le code pénal révolutionnaire du 25 septembre 1791. En effet, suite aux idées de Montesquieu, de Beccaria, la peine a surtout pour objet de prévenir le crime, d'éviter qu'il se reproduise. La prison, avec son caractère durable dans le temps, constitue une peine continue qui permet d'amender le détenu, contrairement à la peine de mort qui est brève et qui élimine définitivement le condamné. Michel Foucault explique l'apparition de « l'institution-prison » corrélativement avec l'interventionnisme de l'Etat pour régir les comportements. Il considère qu'elle s'est constituée « à l'extérieur de l'appareil judiciaire, quand se sont élaborées, à travers tout le corps social, les procédures pour répartir les individus, les fixer et les distribuer spatialement, les classer, tirer d'eux le maximum de temps, et le maximum de forces, dresser leur corps, coder leur comportement continu, les maintenir dans une visibilité sans lacune, former autour d'eux tout un appareil d'observation, d'enregistrement et de notations, constituer sur eux un savoir qui s'accumule et se centralise »⁷³. A partir de 1750, les prisons accueillent de plus en plus de détenus. C'est le cas, par exemple à Toulouse. En 1750, les geôles de la conciergerie ont accueilli 106 détenus, elle en accueille 120 en 1770, 259 en 1786 et 262 en 1789⁷⁴. Mais, il est encore question de prison en tant que mesure de sûreté dans l'attente d'un jugement, pour dettes et pour de nombreuses autres raisons. Prenons l'exemple de la prison de Montauban. Elle a accueilli, en 1781, 147 prisonniers. 15 % d'entre eux sont en attente de jugement, 17 % y sont pour dette, 17 % sont des soldats écroués pour indiscipline militaire, 24,4 % sont des mendiants, etc.⁷⁵ En somme, en 1781 encore, la prison comme peine pénale n'est pas répandue.

Il faut attendre la Révolution avec les débats de l'Assemblée constituante pour que la prison devienne une véritable peine pour sanctionner des crimes. L'objectif était de remplacer, dans de nombreux cas, la peine de mort par l'emprisonnement, en conformité avec l'esprit des Lumières et de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁷³ M. Foucault, *op. cit.*, p. 267.

⁷⁴ J-G. Petit, N. Castan, C. Faugeron, M. Pierre, A. Zysberg, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁵ *Id.*, p. 62.

La prison est présentée comme un lieu de rééducation du délinquant, une peine juste, où le criminel ne fait que payer pour ce qu'il a fait, Jeremy Bentham crée le système du *Panopticon*, prison circulaire dans laquelle tout prisonnier est visible de sa cellule par le gardien sans que les détenus ne le voient, tout en sachant qu'ils sont surveillés en permanence. La position est assez inconfortable mentalement, nous en conviendrons. Michel Foucault propose une analyse profonde de ce système d'incarcération. Il exprime l'humiliation des prisonniers, chacun dans leur cellule, « autant de cages, autant de petits théâtres, où chaque acteur est seul, parfaitement individualisé et constamment visible »⁷⁶. Le surveillant prend un malin plaisir à observer ce spectacle désolant. Ce système dévoie les fonctions de la prison que nous rappelle Michel Foucault : enfermer, priver de lumière et cacher. Avec le système de Bentham, l'intrusion est permanente, le prisonnier est, certes, enfermé, mais il est la proie d'une lumière humiliante, à la vue de son bourreau. Il n'y a aucune interaction possible entre prisonniers, Foucault fait le lien avec les séparations qui existent en société. On ne met pas les enfants côte-à-côte en classe pour qu'ils ne trichent pas ; les ouvriers unis sont dangereux, ils ont une tendance à la rébellion. Il fait également un lien avec les mesures disciplinaires prises à l'encontre des pestiférés.

Le XVIII^e siècle français n'a pas vu naître de prison de ce type et la Révolution a apporté d'autres innovations en matière de peines.

B/ Les apports du droit pénal révolutionnaire en matière de peines

La fin du XVIII^e siècle est marquée par des progrès en matière pénale, à l'échelle de l'Europe. Ainsi, en Toscane, un nouveau code criminel paraît sous Léopold II. Il supprime la torture en son article 33, la flétrissure et la marque dans son article 54 et même la peine de mort à l'article 51. Ce code est très progressiste dans une Europe encore absolutiste. Il va inspirer les penseurs des pays voisins.

En 1780, Jean-Paul Marat publie son *Plan de législation criminelle*. Il énumère les crimes et délits et commence par une section sur les « crimes contre l'Etat ». Il débute cette section par l'étude des « faux crimes d'Etat ». Les écrits contre le prince, dans la mesure où ils ont simplement pour objet de critiquer la gouvernance dans les limites de la décence, ne doivent pas être incriminés car ce sont de faux crimes d'Etat, de même que les réclamations contre le prince et la résistance à ses ordres injustes. Marat va jusqu'à placer les attentats à la vie du prince dans la catégorie des faux crimes d'Etat : « On les a mis au rang de crimes d'Etat ; mais sans raison », le prince n'étant que le

⁷⁶ M. Foucault, *op. cit.*, p. 233.

« premier magistrat de la nation »⁷⁷, il est remplacé à sa mort par un autre prince. Audacieuses idées. Quant à « l'altération des espèces monnoyées [sic] », Marat l'exclut des crimes d'Etat et propose de condamner ce crime à des travaux publics à perpétuité en lieu et place de la peine de mort (par pendaison, ou tête tranchée) jusque-là pratiquée pour ce type de crime. Toutes ces requalifications induisent un adoucissement des peines. Elles dénotent un esprit de réforme dans la qualification des crimes ainsi que dans le choix des peines. Marat ne propose toutefois pas l'abolition de la peine de mort, de manière générale.

La peine de mort survit à la Révolution mais la loi du 6 octobre 1791, codifiée dans le code pénal de 1791, unifie le régime de cette peine et la rend moins douloureuse pour les condamnés. Ainsi, l'article 2 du code dispose que « la peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés ». La question est donc abolie ainsi que toute torture. Le régime de la peine de mort est unifié. L'article 3 du code dispose que « tout condamné [à mort] aura la tête tranchée ». Cet article est en conformité avec le principe d'égalité formulé à l'article premier de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Les Hommes deviennent aussi égaux devant les peines et notamment devant la peine de mort, abolissant ainsi les privilèges jusqu'à l'expiration. Le docteur Joseph-Ignace Guillotin est à l'origine de l'unification de la peine de mort avec une souffrance atténuée par l'utilisation de la guillotine. Le dispositif mécanique devait produire une mort instantanée, réduisant la souffrance du condamné par la brièveté de l'exécution⁷⁸. Si la guillotine est officiellement une invention de Guillotin à la Révolution, des tranche-têtes étaient déjà utilisés auparavant. En Angleterre, une machine de ce type a été utilisée pour exécuter un complice du meurtre d'Henry Darnley en 1567. Le coupable en question, un dénommé Morton, a été exécuté par la *Maiden* : le criminel soumis au supplice était « ajusté sur des planches, le corps courbé en avant et la tête placée sous une hache tranchante pesamment chargée de plomb qui était suspendue à une corde passée dans une poulie. Lorsque le signal était donné, on lâchait la corde et la hache en tombant sur le cou du condamné séparait nécessairement la tête du reste du corps. » Cette description de Walter Scorr n'est pas sans rappeler la guillotine⁷⁹.

Avec la Révolution française, on observe une laïcisation de l'Etat. Montesquieu tente de séparer ce qui relève de la morale religieuse et ce qui ressortit de la sphère pénale. Beccaria

⁷⁷ J-P. Marat, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁸ G. Chamayou, « La querelle des têtes tranchées : Les médecins, la guillotine et l'anatomie de la conscience au lendemain de la Terreur », dans *Revue d'histoire des sciences*, 2008/2 (Tome 61), p. 333 à 365.

⁷⁹ J-R. Suratteau, « La guillotine invention anglaise », dans *Annales historiques de la Révolution française*, 1990, 280, p. 271.

considère que toute considération morale doit être exclue de la mesure du crime. Dans l'esprit des révolutionnaires, on reprend la logique de Sénèque selon laquelle il ne faut pas punir *quia peccatum est*, selon une logique rétributive, mais *sed ne peccatur*, selon une logique préventive. Ainsi, on voit une évolution notable de la pénalité en France qui est marquée par une hausse du nombre de procès pénaux avec, dans le même temps, un adoucissement des peines. Au Parlement de Paris, on dénombre 880 condamnations en 1710-1712. On en recense 2350 en 1785-1787⁸⁰. Le système pénal est plus efficace et moins sévère. On abolit l'essorillement et l'ablation de la langue, par exemple.

Les peines possibles sont limitativement énumérées par l'article premier du code pénal de 1791. La peine de mort est la première citée, nous l'avons vu, c'est une peine par décapitation. Puis, vient la peine des « fers », qui se substitue à la peine des galères. Elle consiste, pour les condamnés, à traîner, « à l'un des pieds, un boulet attaché avec une chaîne de fer » (article VII du code). Les condamnés aux fers exécutent des travaux forcés au profit de l'Etat. C'est l'aboutissement d'une philosophie qui existait chez Thomas More dans l'*Utopie* ou encore chez Beccaria pour faire échapper de nombreux condamnés à la peine de mort, il s'agissait de prouver l'inutilité matérielle de la peine de mort, confrontée à l'utilité des forçats pour l'Etat. Les Révolutionnaires ont suivi cette doctrine, tout en conservant la peine de mort. La peine des fers ne peut être, « en aucun cas » perpétuelle, dispose l'article VIII. Il est intéressant d'observer que le traitement des femmes (et des filles) qui méritent cette peine est le même que lorsqu'elles méritaient la peine des galères auparavant, c'est-à-dire que l'on commue leur peine en réclusion dans une maison de force pendant le temps qu'elles auraient dû passer aux fers. Elles exécutent, elles aussi, dans ces établissements, des travaux forcés au profit de l'Etat.

La peine de la gêne consiste, pour le condamné, « à être enfermé seul dans un lieu éclairé, sans fers ni lien » (article XIV du code pénal de 1791). Le détenu est nourri au pain et à l'eau et il travaille, selon son choix, en fonction des travaux autorisés par l'administrateur de la maison. Le fruit du travail du condamné revient pour partie à la dépense globale de l'établissement (un tiers), le reste permettant au détenu de se procurer meilleure nourriture et de constituer un pécule pour sa sortie. Il n'a pas de contact avec les personnes extérieures. Cette peine ne peut être perpétuelle. La peine de détention en est très proche, celle-ci ne peut excéder six ans.

⁸⁰ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 425.

La récidive est sanctionnée par l'infamie publique : le criminel est placé sur un échafaud en place publique pendant plusieurs heures, en fonction de la nature des crimes constitutifs de la récidive.

Il est ensuite question de la peine de déportation. Les lieux où sont conduits les condamnés sont précis et établis par décret.

Enfin, les deux peines restantes sont liées. En effet, la dégradation civique implique le carcan en place publique.

La peine, au XVIII^e siècle, est un élément du droit pénal français qui a beaucoup évolué, dans le sens d'un adoucissement en même temps que d'un accroissement de l'efficacité judiciaire et du nombre d'affaires portées devant un juge. Le juge perd de ses prérogatives au profit de la loi à la Révolution. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Le légicentrisme est naissant et il connaîtra son apogée au XIX^e siècle. L'arbitraire de la justice est désormais limité, encadré par le nouveau droit. Le principe de légalité des délits et des peines est posé. Plusieurs articles de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen énoncent le principe, car étant nouvellement proclamé, il n'est pas d'usage et n'est absolument pas évident à l'époque. Ainsi, l'article 4 proclame que les bornes de la liberté « ne peuvent être déterminées que par la Loi ». L'article 5 dispose, dans le même esprit que « tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». La loi est la norme de référence, le juge n'est plus que sa bouche. L'article 7 dispose que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». Ce même article condamne l'arbitraire : « ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ».

Les objectifs de la peine ont également connu une évolution notable, l'exemplarité s'effaçant au profit de la correction du condamné et de l'expulsion de celui-ci de la société par le développement de la peine d'emprisonnement et la subsistance de la peine de mort. Les peines sont, à partir de 1791, limitativement énumérées et les cas dans lesquelles le juge doit les prononcer sont exactement prévus. Ces évolutions sont le fruit des Lumières. Voltaire a grandement participé à ce mouvement de réforme du droit pénal. Dans son *Dictionnaire philosophique*, il dénonce la barbarie de la France à propos des méthodes de la question qui s'y pratiquent encore au XVIII^e siècle, à l'article « torture » :

Ce n'est pas dans le XIII^e ou dans le XIV^e siècle que cette aventure est arrivée, c'est dans le XVIII^e. Les nations étrangères jugent de la France par les spectacles, par les romans, par les jolis vers, par les filles d'Opéra, qui ont les mœurs fort douces [...] Elles ne savent pas qu'il n'y a point au fond de nation plus cruelle que la française⁸¹.

L'ouvrage de Cesare Beccaria a beaucoup servi à la réformation du droit pénal, à certains égards, on peut dire qu'il a remporté la victoire dans sa bataille doctrinale avec Muyart de Vouglans mais il n'a pas eu gain de cause sur toutes ses propositions. Ainsi la Révolution n'a pas aboli la peine de mort, mais elle en a modifié les modalités d'exécution avec l'avènement de la guillotine, censément moins douloureuse que les peines de mort naturelle prononcées jusqu'alors.

⁸¹ Voltaire, *op. cit.*, tome 19, p. 389.

La période révolutionnaire, riche en progrès, est aussi marquée par la Terreur. Cette période connaît d'importants troubles avec de nombreuses exécutions par la guillotine. On passe, dans cette période, de la théorie du Roi-juge à celle du Peuple-juge⁸². Mais cette théorie est un dogme, dont la mise en cause est illégale et fait encourir la peine de mort. C'est pourquoi, une police politique est mise en place et la légalité des délits et des peines est instrumentalisée pour exécuter les opposants politiques contre-révolutionnaires en conservant un aspect de légalité. Le nombre de victimes de la Terreur est estimé à environ 35 000 à 40 000 personnes exécutées⁸³, provoquant chez les Parisiens une frayeur sans précédent avec l'image de la terrible guillotine, présente sur de nombreuses estampes de l'époque, dans ce régime marqué par la violence.

Le 12 mars 1810, est adopté un nouveau code pénal. Les peines y sont fixées par la loi. Certaines sont fixes, conformément à l'esprit révolutionnaire. Par exemple, l'article 75 du code dispose que « Tout Français qui aura porté les armes contre la France sera puni de mort. Ses biens seront confisqués »⁸⁴. Un nouveau système est toutefois établi avec le système de la fourchette des peines, qui redonne du pouvoir d'appréciation au juge, avec néanmoins un encadrement strict. Ainsi, l'article 184 du même code prévoit que « tout juge, tout procureur général ou impérial, tout substitut, tout administrateur ou tout autre officier de justice ou de police, qui se sera introduit dans le domicile d'un citoyen, hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'une amende de seize francs et de deux cents francs au plus ». Le juge peut individualiser la peine.

Pour Saleilles, « le code pénal de 1810 rétablissait, non plus l'arbitraire, mais l'élasticité des peines ; peines variables entre deux limites fixes »⁸⁵. Le juge ne peut pas prononcer une peine autre que celle prévue par le code, la logique est toujours celle de 1791, à savoir à crime égal, punition égale, avec désormais une marge de manœuvre pour le juge. Cette logique, qui semble très égalitaire, est, pour Saleilles, très critiquable car très inégalitaire dans la mesure où la perception des peines est différente en fonction de l'origine socio-culturelle et de l'affect du condamné. Il considère, en effet, que « l'égalité que réclame la justice, c'est l'égalité de souffrances pour une manifestation de criminalité identique »⁸⁶. Ce qui importe est la perception de la peine par le condamné, pas la même en elle-même, qui est ressentie de façon relative en fonction de la personne qui la purge. L'individualisation de la peine est fondamentale pour assurer son efficacité.

⁸² R. Monnier, « Le peuple juge » dans *La Révolution de la justice – Des lois du roi au droit moderne*, sous la direction de P. Boucher, éd. Jean-Pierre de Monza, Paris, 1989.

⁸³ *Id.*, p. 189.

⁸⁴ *Code pénal de l'empire français*, éd. Prieur, Belin fils et Merlin, Paris, 1810.

⁸⁵ R. Saleilles, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁶ *Id.*, p. 57.

BIBLIOGRAPHIE

- **Ouvrages du XVIIIe siècle ou antérieurs**

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines* (1764), traduit de l'italien, éd. Guillaumin et Cie, Paris, 1870

BOILEAU Nicolas, *Œuvres*, éd. Firmin Didot et Cie, Paris, 1926

DIDEROT Denis et LE ROND D'ALEMBERT Jean, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, éd. Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, Griffon, Paris, 1751-1765

FERRIERE (de) Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd. Brunet, Paris, 1749

FURETIERE Antoine, *Dictionnaire universel*, éd. Arnout et Reinier Leers, Paris, 1690

JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, éd. Debure père, Paris, 1771

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (1764), dans *Œuvres complètes*, éd. Imprimerie générale de Ch. Lahure, Paris, 1866

MARAT Jean-Paul, *Plan de législation criminelle*, éd. de la veuve Marat, Paris, 1780

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), dans *Œuvres complètes*, éd. Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, II, Paris, 1951

MONTESQUIEU, *Lettres persanes* (1721), éd. Gallimard, Paris, 2003

MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières*, éd. Le Breton, Paris, 1757

- **Ouvrages du XIXe siècle à nos jours**

BOUCHER Philippe (sous la direction de), *La Révolution de la justice – Des lois du roi au droit moderne*, éd. Jean-Pierre de Monza, Paris, 1989

CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, éd. PUF, collection droit fondamental, classiques, 3e édition refondue : août 2014

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, 1975

MERLE Roger, VITU André, *Traité du droit criminel - Problèmes généraux de la science criminelle*, éd. Cujas, Paris, 3e édition, 1997

ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar, *Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIIIe siècle jusqu'à ce jour : cours de législation pénale comparée, introduction historique, analyses du cours de 1839, 1840*, recueillies par M.G. Narjot, éd. Joubert, Paris, 1841

PETTI Jacques-Guy, CASTAN Nicole, FAUGERON Claude, PIERRE Michel, ZYSBERG André, *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIIIe-XXe siècles*, éd. Privat, Toulouse, 1991

SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 1898, éd. Alcan, Paris, 3e édition, 1927

- **Articles**

CHAMAYOU Grégoire, « *La querelle des têtes tranchées : Les médecins, la guillotine et l'anatomie de la conscience au lendemain de la Terreur* », dans *Revue d'histoire des sciences* 2008/2 (Tome 61)

CLAUSTRE Julie, « *La dette, la haine et la force : les débuts de la prison pour dette à la fin du Moyen-Age* », dans *Revue historique* 2007/4 (n°644), éd. PUF, Paris

DHALLUIN Sébastien, « *Le crime, muse du bâtiment : la symbolique pénale dans le ressort du parlement de Flandre* », dans *La symbolique judiciaire en mutation, Les Cahiers de la justice*, ENM, éd. Dalloz, Paris, 2018/4

GIRAUDEAU Anne, « *De la rue à la chambre, une approche spatiale de la prostitution à Grenoble au XVIIIe siècle* », dans *Histoire urbaine*, 2017/2 (n°49)

SURATTEAU Jean-René, « *La guillotine invention anglaise* », dans *Annales historiques de la Révolution française*, Année 1990, 280