

AVOCATS, JUGES ET PROFESSEURS DANS LA CODIFICATION DU DROIT PÉNAL CLASSIQUE (FRANCE ET BELGIQUE)

Tanguy LE MARC'HADOUR*

SUMARIO: I. *Les juristes en politique: le code de 1791*. II. *Les juristes au service du pouvoir*. III. *Les avocats et les codes libéraux*. IV. *Le recours au théoricien*.

La codification du droit est une des caractéristiques du droit pénal classique. Sur un plan culturel, le code est l'expression légale de l'aspiration à l'unité et à l'ordre de la pensée classique. Sur un plan politique, la codification est séduisante pour les pouvoirs absolus des XVII^e et XVIII^e siècles. Un pouvoir central législateur vient en effet imposer en un seul texte et au nom de la raison, un ordre juridique à une nation unifiée. Mais les codes des temps modernes ne sont pas que des instruments au service d'un état centralisateur, mettant en ordre le droit existant; ils viennent aussi modifier l'ordre ancien et au cours du XVIII^e siècle, le code devient un support de la réforme.¹ A la même époque s'impose l'idée de la division des codes par objet (constitution, code civil, code pénal)² et la confection de codes pénaux devient une priorité. Le système pénal fait l'objet des critiques des «Lumières», pour son inefficacité et son atteinte permanente aux droits individuels et à l'humanité. Mais les expériences de codification ont surtout lieu dans l'ère géographique italienne et allemande dans laquelle la romanité et le rationalisme juridique sont les plus ancrés.³ La France de l'Ancien Régime ne codifie pas vraiment. Certes, Louis XIV a réalisé quelques grandes ordonnances, mais pas de code pénal. Pourtant, après la rupture révolutionnaire en 1789, la France va marquer l'histoire des codifications classiques, par la promulgation du

* Université d'Artois.

¹ Y. Cartuyvels, *D'où vient le code pénal, une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles, éd. de Boeck Université, 1996.

² Royer, J.-P., «L'idée de codification au temps des Lumières», *Un héritage napoléonien, bicentenaire du code civil en Belgique*, Kluwer, Mechelen, S.d. (2005), pp. 15-20.

³ B. Dubois, T. Le Marc'hadour, *Un code pour la nation*, CHJ, 2010, p. 7.

code pénal révolutionnaire de 1791 et du code pénal impérial de 1810 qui perdurera jusqu'en 1992. Ces codes sont importants puisqu'ils interviennent, le premier dans un période de rupture forte avec l'Ancien Régime français et européen, le second dans une période de restauration autoritaire des pouvoirs de l'État. Ils ont aussi une importance fondamentale, l'un étant l'archétype d'un code libéral, l'autre d'un code utilitariste essentiellement tourné vers la protection des pouvoirs publics. Leur importance tient aussi à leur exportation forcée en Europe par les conquêtes napoléoniennes, la législation française s'imposant à l'ouest de l'Allemagne, au nord de l'Italie, à la Belgique et à la Hollande.⁴ Les codes français restent des modèles, tout autant d'admiration que de rejet, mais leur célébrité reste telle que l'Empereur du Japon en 1868 en ordonnera la traduction pour qu'ils servent de base à une nouvelle législation modernisée pour le Japon nouveau. Pourtant, le code pénal français était dès les années 1830 démodé. Il s'inscrivait en effet dans la lignée des codes autoritaires que le mouvement libéral de l'époque romantique va rejeter pour aboutir à la création des codes dits néoclassiques dont le premier est sans doute le code belge de 1867. Ces deux codes s'inscrivent dans la même ère culturelle, la Belgique ayant hérité du code français après le départ des troupes napoléoniennes. Mais le code de 1810 était l'expression d'un régime autoritaire, tandis que le code belge de 1867 devait être l'expression d'un pouvoir libéral.⁵ Ce rapport étroit existant entre les codes et le régime politique conduit à s'interroger sur leur processus de réalisation, autoritaire ou libéral et sur le rôle des acteurs de la codification. Le rôle prépondérant des politiques, volonté agissante, semble évident, celui des juristes, experts de la loi ne l'est pas moins. Mais de quels juristes s'agit-il, d'esprits indépendants, d'auxiliaires serviles du pouvoir, de théoriciens, de praticiens, avocats ou magistrats? Les avocats étaient sans aucun doute le groupe professionnel le plus représentatif des mouvements politiques libéraux du XVIIIe siècle et du XIXe siècle en France. Constitués en ordre, dès la fin de l'Ancien Régime, d'esprit indépendant et égalitaire, ils participèrent dès le début du XVIIIe siècle aux querelles opposants le roi et le monde

⁴ *Idem*, p. 30 et s. *Influence du modèle judiciaire français en Europe sous la Révolution et l'Empire*, Actes du colloque tenu à Lille les 4, 5 et 6 juin 1998, Lille, 1999; Martinage, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, collection Que-sais-je, Paris, P.U.F., 1998, p. 80. *Révolutions et justice pénale en Europe, modèles français et traditions nationales 1780-1830*, sous la direction de X. Rousseaux, M.-S. Dupont-Bouchat, C. Vael, Paris et Montréal, l'harmattan, 1999; Soleil, S. *Le modèle juridique français, une ambition, une expansion (XVI-XX)*, IRJS, 2014.

⁵ B. Dubois, T. Le Marc'hadour, *op. cit.*, p. 38.

judiciaire.⁶ Leur rôle pendant la Révolution fut prépondérant, mais l'ordre professionnel fut supprimé.⁷ Reconstitué sous l'Empire, en 1810, sous la tutelle du pouvoir et des magistrats,⁸ ce groupe professionnel devint après la chute de l'Empire en 1815 politiquement très actif. Par la plaidoirie politique, les avocats faisaient l'opinion publique. Ils participèrent à la Révolution de 1830, puis à celle de 1848. Écartés du pouvoir sous le second empire, ils revinrent en force dans les assemblées et les ministères sous la troisième république après 1870,⁹ Faiseurs de Révolution, députés actifs, ministres, les avocats portaient la parole de l'opinion. Mais cette position fit-elle des avocats des législateurs, au sens technique, des rédacteurs et des inspireurs de la loi et plus précisément des codes? Les avocats étaient en concurrence avec d'autres juristes, des praticiens comme eux, les juges et des théoriciens, les universitaires. Les magistrats de leur côté étaient aussi constitués sous l'Ancien Régime en corps, ils étaient une élite indépendante capable de résister à la royauté.¹⁰ Eux aussi se retrouvèrent en grand nombre dans les assemblées révolutionnaires. Avec l'Empire, leur statut social fut restauré mais, nommés par le pouvoir, ils en étaient des auxiliaires¹¹ et furent facilement destitués à chaque changement de régime.¹² Les professeurs de droit, traditionnels théoriciens de la matière, disparurent à la Révolution et ne reprirent une certaine importance qu'au cours du XIXe siècle. Ces trois groupes n'étaient toutefois pas strictement séparés. La carrière de juriste faisait passer d'un groupe à l'autre. Tous ont participé à la théorisation, à l'interprétation du droit et à la conception des codes. La présente étude se propose alors d'examiner, premièrement la part de chaque groupe dans l'élaboration des codes, deuxièmement le lien qui peut exister entre ces acteurs de la codification, son élaboration politique, libérale ou autoritaire et enfin son contenu plus ou moins répressif. Elle se concentre sur les codes de l'espace francophone du XIXe siècle, en France et en Belgique.

⁶ Karpik, L., *Les avocats, entre l'État, le public et le marché XIIIe-XXe siècle*, NRF, 1995, pp. 92-207; Hervé Leuwers, *L'invention du Barreau français, 1660-1830*, p. 211 et s; pp. 232 et s. J-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4e édition, 2010. pp. 183-196.

⁷ J.-P. Royer et alii p. 297; Derasse, N., *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le premier empire (1789-1810): les mutations d'une fonction et d'une procédure*, thèse, Lille 2, 1998.

⁸ Leuwers, H., *op. cit.*, p. 265 et s.

⁹ Karpik, L., *idem*.

¹⁰ Krynen, J., *L'État de justice, France, XII-XXe siècle, tome 1, L'idéologie de la magistrature ancienne*, NRF, 2009 partic. p. 238-279; et Royer, J.-P. et alii, pp. 183 et s.

¹¹ Krynen, J. *idem*, p. 43.

¹² Royer, J.-P. et alii, pp. 648-671.

I. LES JURISTES EN POLITIQUE: LE CODE DE 1791

Les codifications absolutistes des XVIII^e et XVIII^e siècles avaient consisté à confier à un grand juriste la confection d'un code que le pouvoir monarchique entendait faire appliquer. Abstracts, mal acceptés des praticiens ou des assemblées représentatives traditionnelles, ces codes avaient été des échecs.¹³ Cette méthode n'avait pas été expérimentée en France. Ni le roi, ni les juristes ne réclamaient la rédaction d'un code pénal, seule la procédure, comme la procédure civile, avait été codifiée à l'initiative de Louis XIV et de son ministre Colbert par l'ordonnance criminelle de 1670. L'initiative vint plutôt du mouvement réformateur. De nombreux plans de réforme, inspirés de Voltaire ou Beccaria, parurent durant les dix années qui précédaient la Révolution.¹⁴ Ils sont souvent écrits par des praticiens du droit, juges ou avocats (Brissot est avocat, Dufriché de Valazé est avocat, Vermeil est magistrat), mais pas seulement par des juristes : Carrard était un pasteur suisse et Marat était médecin. La question est en effet philosophique et politique et les réponses d'ailleurs souvent naïves et peu originales.¹⁵ Certains de ces auteurs (Marat, Brissot, Dufriché) deviendront députés dans les assemblées révolutionnaires.

Après le choc provoqué par la Révolution française de 1789 et la transformation des États Généraux traditionnels en Assemblée Nationale Constituante, une nouvelle méthode est utilisée. De nature plus politique que juridique, elle reste un premier modèle de codification libérale. Tout d'abord, la

¹³ Par exemple, le code de Catherine III en Russie en 1767, qui n'aboutit pas, le code de Nardizabal en Espagne en 1776, le code de Paschoal José de Mello Freire, le code Joséphin confié à Goswin de Fierlan en 1770. Martinage, V. R., *op. cit.*, pp. 56 et s.; Cartuyvels, Y., «Le droit pénal entre consolidation étatique et codification absolutiste au XVIII^e siècle», *Le pénal dans tous ses états, Justice, États et sociétés en Europe (XIII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, 1997, pp. 251-278. Sur le point particulier du «code Joséphin» pour les Pays-Bas Autrichiens. Vide C. Douchamps-Lefebvre, «Le programme réformateur de Joseph II dans les Pays-Bas autrichiens: première ébauche du système imposé par la révolution», *La révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans des 11-13 septembre 1986, Orléans, 1988, tome 1, pp. 55-64; Cauchies, J.-M., «La législation réformatrice de Joseph II, Politique, vocabulaire, inspiration», *Justice et institutions françaises en Belgique (1795-1815), traditions et innovations autour de l'annexion*, textes présentés par R. Martinage, Actes du colloque tenu à l'université de Lille II, 1, 2 et 3 juin 1995, Villeneuve d'Ascq, 1996, pp. 11-25; M.-S. Dupont-Bouchat, «La révolution pénale de la fin du XVIII^e siècle», *La peine*, partie II, recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, n^o LVII.

¹⁴ Schnapper, B., «La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime», *Voies nouvelles en histoire du droit*, Poitiers, 1991, pp. 187-205.

¹⁵ Martinage, R., «Les origines de la pénologie dans le code de 1791», *La révolution et l'ordre juridique privé rationalité ou scandale?*, PUF, 1988, pp. 15-29, p. 17.

procédure confond en un même corps la volonté politique et la réalisation technique. Le code de 1791, considéré comme une loi constitutionnelle, fut ainsi l'œuvre d'une assemblée élue qui nomma elle-même une commission afin d'élaborer un avant-projet. Présenté à l'assemblée constituante le 23 mai 1791,¹⁶ par un ancien haut magistrat, Michel Lepeletier de Saint Fargeau, le projet de code fut discuté lors d'un débat contradictoire de plusieurs mois (mai-septembre), animé par un véritable «parti de la Réforme criminelle».¹⁷ Théoriquement, la procédure excluait les juristes de profession: la loi devait être faite par des citoyens représentant la nation. La Révolution se méfiait d'ailleurs des juristes, accusés de dénaturer la loi. Mais, sociologiquement, les députés de la constituante étaient des juristes de métier, ce qui explique peut-être leur capacité à faire la loi. La commission chargée de rédiger les lois pénales était dominée par les magistrats libéraux (Briois de Beaumetz, Duport, Lepelletier) et par des avocats (Thouret, Target, Lanjuinais).¹⁸ Le code de 1791 est un code politique et philosophique fait par des praticiens entrés en politique. Code de praticiens, il n'en est pas moins très original. Techniquement très imparfait (fixité des peines, flou des infractions), il posera de nombreux problèmes pratiques. Il est en revanche politiquement et philosophiquement réussi. L'avant-projet proposait la suppression de la peine de mort, la généralisation des peines de l'internement, la fin des peines perpétuelles, l'instauration de peines fixes, la laïcisation des infractions et la libéralisation des mœurs.¹⁹ Amendé par l'assemblée, le code n'en fut pas moins d'une grande nouveauté. Sa réussite est tout à fait singulière, d'autant plus que le consensus ne se réalisera pas dans les dix années qui suivirent. Après la chute du régime terroriste de Robespierre en 1794, la convention, voulant refaire un nouveau code, eut l'idée de confier cette fois sa confection à un législateur solitaire, Merlin de Douai, grand juriste, avocat sous l'ancien régime, ancien député à la constituante, actif dans la confection du code de 1791. Mais la réalisation, le code des délits et des peines de Brumaire an IV, fut partielle et imparfaite.²⁰

¹⁶ Rapport sur le projet de code pénal, séance du 23 mai 1791, *Archives Parlementaires, Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises* sous la direction de J. Madival et E. Laurent, 89 volumes, Paris, 1879, 1ère série, 1787-1799, tome 26, p. 321.

¹⁷ Martucci, R., «Le parti de la Réforme criminelle à la Constituante», *La révolution et l'ordre juridique privé...*, op. cit., pp. 229-240.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Projet de code pénal présenté à la séance du 23 mai 1791, *Archives Parlementaires*, op. cit., pp. 322 et s.

²⁰ Rapport sur le projet de code pénal, séance du 23 mai 1791, *Archives Parlementaires, Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, sous la direction

II. LES JURISTES AU SERVICE DU POUVOIR

Après 1800, le régime consulaire et impérial, dirigé par Bonaparte, premier consul puis Empereur, va expérimenter une toute autre procédure. Elle distingue la volonté politique de la réalisation technique du code et se contente d'une simple approbation des représentants de la nation. La méthode est élaborée par le second consul Cambacérès,²¹ auteur de plusieurs projets avortés de code civil sous la Révolution.²² Sa méthode consiste en une vaste consultation destinée à susciter une adhésion nationale et à prendre des précautions pour surmonter les oppositions politiques potentielles. Elle se déroule en quatre étapes: 1- la nomination d'une commission très restreinte de juristes, 2- une consultation des tribunaux chargés d'appliquer la loi, 3- une discussion technique auprès du conseil d'État, 4- une discussion et un vote final devant les assemblées politiques. Les deux premières phases furent respectées, le projet rapidement rédigé en 1801, les tribunaux furent consultés et leurs rapports publiés en 1804.²³ Mais les discussions au conseil d'État, entre 1804 et 1810 furent interrompues plusieurs fois, pour laisser la place à des sujets plus urgents.²⁴ Elles furent peu approfondies. Il n'y eut pas non plus de véritables interventions politiques: l'adoption du code pénal, le 20 novembre 1810 se fit sans discussion. Les assemblées politiques, le tribunal et le corps législatif, devaient respectivement, le premier discuter la loi et l'autre la voter. Mais le tribunal fut supprimé en 1807. A vrai dire, la procédure suivie n'est pas d'une grande nouveauté et procède d'une démarche déjà éprouvée par le législateur royal pour la préparation de l'ordonnance de 1670.²⁵

La première caractéristique de cette procédure napoléonienne était de revenir comme sous Louis XIV à une distinction nette entre la volonté politique et la réalisation des juristes, redevenus des auxiliaires de l'État, chargés de mettre en œuvre cette volonté absolutiste. La volonté du législateur reposait dans celle des Consuls puis de l'Empereur qui n'était juriste ni de métier ni

de J. Madival et E. Laurent, 89 volumes, Paris, 1879, 1ère série, 1787-1799, tome 26, p. 321.

²¹ Gawelyk, K., «Cambacérès, grand inspirateur de la codification napoléonienne», *Les démarches de codification du moyen-âge à nos jours*, sous la direction de R. Martinage et G. Marcours, *Iuris scripta historica*, 2006, pp. 159-186.

²² Halpérin, J.-L., *Le code civil*, Dalloz, 1996, p. 10 à 15.

²³ *Projet de Code criminel, correctionnel et de police, présenté par la commission nommée par le gouvernement*, Paris, J. J. Marcel, an XII, suivi des *observations des cours d'appel* (2 vol) et des *observations des tribunaux criminels* (6 vol.).

²⁴ Loqué, J.-G., *De la législation civile, criminelle, commerciale et criminelle de la France*, tome I, Paris, 1827-1832, p. 204.

²⁵ Dubois, B. et Le Marc'hadour, T., *op. cit.*, pp. 26 et 27.

de formation. Cela ne l'empêcha pas d'être présent au conseil d'État et de donner un avis souvent prépondérant, sur le jury, la responsabilité pénale ou les peines. Les juristes enrôlés par les consuls étaient tous des hauts magistrats ralliés au pouvoir. La commission de 1801, chargée de l'avant-projet était composée de cinq membres : Viellard (1754-1809), Target (1733-1806), Treilhard (1742-1810), Blondel (1733-1810) et Oudart. Ils étaient de tendances politiques diverses. Ces hommes étaient aussi des praticiens du droit, plus que des théoriciens. Tous avocats sous l'Ancien Régime, ils occupaient de hautes fonctions judiciaires depuis le début de la Révolution, (juge au tribunal de cassation, président de tribunal criminel) et n'appartenait plus au monde des avocats libéraux.

Hommes d'expérience, ces rédacteurs étaient âgés (entre 46 et 67 ans) et surtout désenchantés. Target, rapporteur du projet, est considéré comme le théoricien des membres de la commission. Révolutionnaire optimiste, rédacteur de la déclaration des droits de l'homme de 1789, il fut membre du comité de législation criminelle sous la Constituante. Mais, en 1800, il avait perdu confiance en l'Homme. Il ne croyait plus en l'amendement des criminels. Issus d'une «race abâtardie», il fallait les contenir par la terreur. Le projet de code est empreint de ce pessimisme. Mais, les influences doctrinales directes sont difficiles à établir.²⁶

Le conseil d'État était aussi composé d'hommes de toute tendance politique, ralliés à l'Empire. Y siégeaient des anciens avocats mais surtout de hauts magistrats, des personnalités capables de donner un avis éclairé et même parfois de résister à l'Empereur : Honoré Muraire, président de la cour de cassation et surtout le procureur impérial, Merlin de Douai, auteur du code des délits et des peines de 1794. Mais son rôle ne fut pas prépondérant dans la codification.

La composition des tribunaux consultés²⁷ reflète encore la politique de réconciliation nationale et l'importance des juges dans le processus de codification. Ces nouveaux juges, choisis par le pouvoir, appartenaient à une bourgeoisie aisée de propriétaires fonciers et étaient souvent issu de l'ancien personnel judiciaire de la Révolution et l'Ancien Régime.²⁸ Les observations des magistrats sont souvent de nature assez pratique. Ces magistrats attendaient beaucoup de la codification dont ils espéraient qu'elle leur apporte un texte précis et efficace. Les juges approuvaient en général l'évolution sécuri-

²⁶ *Idem*, pp. 69-74.

²⁷ 22 tribunaux d'appel sur 27 et 74 tribunaux criminels sur 98 envoyèrent des observations.

²⁸ Royer. J.-P. et *alii*, *Histoire de la justice*, op. cit., pp. 454 et s.

taire du code et sa promesse d'un ordre restauré. Attachés aux lois révolutionnaires, ils se méfiaient des excès d'autoritarisme du nouveau régime.

Techniquement satisfaisant, il était politiquement au service d'un État fort et autoritaire. Mais il est peu original. Le code conserve de la Révolution le principe de légalité et la laïcisation des infractions. Code de praticiens, les infractions sont clairement définies, de manière un peu succincte certes, mais pour pouvoir les adapter à toutes les situations. Code de l'intimidation, les peines sont des peines d'exclusion: mort, travaux forcés. Le code renoue avec des peines exemplaires. L'exécution est publique avec parfois des mutilations (ablation du poing), les condamnés aux travaux forcés sont marqués au fer rouge, exposés au carcan. Code de magistrats, il laisse une petite marge d'appréciation aux juges. Ils pourront choisir dans les peines temporaires entre un maximum et un minimum (5 à 20 ans).

Le code de 1810 restait une œuvre de compromis. La consultation fut large, elle inclut même des membres des départements réunis «belges», «allemands» ou «italiens». Mais le pouvoir a cherché et obtenu une adhésion plus technique que politique, il recherchait l'approbation de ceux qui avaient à appliquer le nouveau code. Les avis ne furent pas serviles, le code définitif est beaucoup moins sévère et excessif que le projet d'origine.

Dans la lignée de l'absolutisme français, Napoléon parvint ainsi à imposer la primauté de la loi et le code de la sécurité de l'État. Il a franchi plusieurs obstacles. Il a vaincu la résistance des juges devenus auxiliaires du pouvoir, il a ignoré aussi les avocats dont l'ordre n'était pas encore reconstitué. La représentation politique fut totalement muette. Il s'est aussi passé de théoriciens, totalement absents d'une époque sans doctrine et sans universitaires. Et si le code civil a trouvé un véritable rédacteur, savant théoricien, en la personne de Portalis, le code pénal n'a pas de véritable père et restera attaché au pouvoir impérial. Il lui en sera bientôt fait le reproche.

III. LES AVOCATS ET LES CODES LIBÉRAUX

Après la chute de l'Empire, la restauration monarchique (1822-1830), malgré quelques aménagements de détail, ne modifia pas un code pénal propre à rassurer la société bourgeoise et conservatrice. Mais le renouveau des universités, l'attrait pour une doctrine étrangère très critique à l'égard du code pénal, conduisit à un renouvellement des idées dans toute l'Europe romantique. En France, la critique à l'égard du code pénal était forte dès la Restauration,

avec la parution des premiers traités et commentaires du code pénal rédigés par Bavoux²⁹ professeur et magistrat, Legraverend,³⁰ directeur des grâces au ministère de la justice, Carnot³¹, conseiller à la cour de cassation ou Dupin,³² alors avocat. Ces auteurs posaient les fondements l'école dite «néo-classique», théorisée par l'italien Rossi en 1829.³³ Cette doctrine était politiquement libérale : le néoclassicisme voulait limiter le nombre de comportements punissables en définissant strictement les infractions. Elle espérait aussi dans l'amendement de l'individu, s'opposant aux peines d'élimination. Romantique aussi sans doute, la doctrine voulait prendre en compte le mobile noble ou vil de l'infraction, d'où une distinction entre infraction politique et infraction de droit commun, préconisant en ce cas un régime pénal différent. Cette doctrine va rencontrer les intérêts des avocats libéraux qui œuvraient au renversement de la Restauration.³⁴ La Révolution de 1830 les portait au pouvoir: le code était à refaire.

Effacer la tache originelle du code, œuvre d'un régime despotique nécessitait la mise en place d'une nouvelle procédure, libérale et parlementaire. Le modèle existait, l'Assemblée Constituante l'avait expérimenté en 1791. Mais justement le gouvernement de la monarchie de Juillet ne tenait pas à ce que le processus législatif lui échappât. Il avait en outre conscience des difficultés que représentait le parlementarisme pour la réalisation d'un nouveau code. Afin d'éviter les lenteurs et l'opposition, le gouvernement du roi Louis-Philippe se contenta d'une simple révision du code, dont la procédure fut encore une fois calquée sur le modèle napoléonien hérité de l'Ancien Régime. L'un de ces avocats libéraux qui avaient pris une part active à la Révolution de 1830, Félix Barthe, fut nommé ministre de la Justice. Il fit préparer un projet de réforme par une commission spéciale, dont les membres demeurent inconnus. Il le soumit ensuite aux observations des cours royales. Les vingt-sept cours d'appel, dont le personnel venait d'être renouvelé, accueillirent favorablement le principe d'une réforme.³⁵ Le projet fut ensuite proposé à

²⁹ *Leçons préliminaires sur le code pénal*, Paris, 1821.

³⁰ *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, 1823.

³¹ *Commentaire du code pénal*, Paris, 1824.

³² *Observations sur la législation criminelle*, Paris, 1821.

³³ Vielfaure, P., *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 27.

³⁴ Sicard, G., «Doctrines pénales et débats parlementaires: la réformation du Code pénal en 1831-1832», *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, no. 14, 1993, p. 139.

³⁵ Sicard, G., *idem*, p. 141; Lascoumes, P. et al., *Les grandes phases d'incriminations, Les mouvements de la législation pénale (1815-1840)*, op. cit., p. 31-37, (dactyl.).

la Chambre des députés lors de la séance du 31 août 1831.³⁶ Le processus d'examen de la loi fut alors dans les mains des avocats libéraux devenus députés du nouveau régime. La chambre était présidée par l'un d'eux, Dupont de l'Eure, ancien député de la convention, et déjà député libéral sous la Restauration. La commission parlementaire chargée de l'examen du projet de loi était dirigée par neuf députés, dont plus de la moitié étaient avocats de profession³⁷. Parmi eux se trouvait Bérenger, ancien magistrat en rupture avec la Restauration qui fut l'un des premiers à dénoncer la dureté et la sévérité du code de 1810³⁸. Toutefois si le gouvernement se montrait prudent, la plupart des intervenants à la chambre des députés regrettaient la timidité de la réforme et espéraient bien aboutir à une refonte complète du code napoléonien. Mais la bonne volonté du pouvoir législatif restait insuffisante. Pour faire aboutir le projet, les chambres évitaient d'aborder les questions difficiles notamment sur le problème de la peine de mort et de la perpétuité des peines. L'alliance des praticiens et des politiques, incarnée par les avocats politiques de la première moitié du siècle échouait à faire un nouveau code et se contentait de réformer le code pénal, pourtant symbole de l'autoritarisme napoléonien. Il en résulta un sentiment de frustration des représentants de la nouvelle doctrine pénale très critique sur la faiblesse de la réforme. Jean Eléazar Ortolan, célèbre représentant du néoclassicisme français, qualifiait la réforme de loi «pompeusement intitulée loi modificative du Code pénal, ne contenant que quelques dispositions de détail en petit nombre et de peu d'importance».³⁹ La loi du 28 avril 1832 fut pourtant une réforme importante : elle supprimait les aspects les plus archaïques de la pénalité, carcan, exposition publique, ablation du poing pour les parricides, la marque et surtout donnait au juge la capacité de prononcer les circonstances atténuantes. Aucun des régimes qui suivront ne parviendront à faire une réforme d'une telle ampleur. La Seconde République a été trop brève pour mener à bien des travaux de longue haleine. Le Second Empire, à l'autoritarisme renforcé, aurait peut-être pu entreprendre une véritable refonte du code pénal. Une simple révision —la loi du 13 mai 1863— fut programmée suivant une procédure peu libérale contrôlée par le gouvernement: un projet gouvernemental fut élaboré, dès 1856 par une commission de conseillers à la cour de cassation et au conseil d'État et de fonctionnaires du ministère de la Justice.

³⁶ *Archives parlementaires*, 2e série (1789-1860), tome 69, séance du 6 septembre 1831, p. 487.

³⁷ Dubois, B. et Le Marc'hadour, T., *op. cit.*, p. 95 et 96.

³⁸ De la Justice criminelle en France, 1818.

³⁹ Ortolan, J. E., *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 5ème édition, 1886, p. 75.

La présence de Faustin Hélie,⁴⁰ alors magistrat à la cour de cassation ne suffit pas à lui donner une véritable ampleur doctrinale. Présentée au corps législatif le 28 janvier 1862,⁴¹ cette simple révision semblait insatisfaisante à des députés pourtant proches du pouvoir⁴² et ne pouvait non plus satisfaire les théoriciens. Finalement, pour satisfaire la doctrine, il fallait l'intégrer dans le processus.

IV. LE RECOURS AU THÉORICIEN

Certains pays avaient conservé le code pénal français. Tel est le cas de la Belgique et de la Hollande qui s'étaient vues imposer le code pénal de 1810 lors des conquêtes napoléoniennes. Après la défaite de l'Empire français les deux pays avaient été réunis après le congrès de Vienne (1814-1815) pour former le royaume des Pays-Bas. Dès 1815, le roi Guillaume avait tenté de faire une codification nationale qui permettrait de réunir le nord et le sud, la Belgique et la Hollande, mais en vain. Les dissensions étaient trop fortes. Il avait fallu alors se contenter du code pénal français de 1810. En 1830, la Belgique se séparait des Pays-Bas pour former un nouveau royaume. La nécessité d'un nouveau code se faisait encore sentir, les catholiques et les libéraux qui formaient alternativement le gouvernement soutenaient cette idée qui avait valeur constitutionnelle dès 1831. En 1834, le gouvernement prit l'initiative, la procédure étant confiée au ministre de la Justice libéral, Joseph Lebeau. La méthode utilisée suivait encore la méthode française, avec une commission ministérielle de praticiens proches du pouvoir, des magistrats du parquet chargés de rédiger un avant-projet.⁴³ Vint ensuite une consultation plus large: le projet fut soumis à l'avis des cours supérieures de justice et aux députés de la chambre des représentants. Ce projet très timide ne put aboutir, le gouvernement fut remplacé par une nouvelle coalition et la politique belge fut accaparée par d'autres problèmes pendant les années qui suivirent.⁴⁴ Mais là encore le parlementarisme était un obstacle puissant à la réalisation du code. Les gouvernements de ce régime libéral étaient très instables et aucun projet

⁴⁰ Verhaest, J., *Faustin Hélie (1799-1884). Un pénaliste républicain et humaniste*, Thèse droit, 1998, p. 60.

⁴¹ *Moniteur universel* du 29 janvier 1862.

⁴² Notamment Faure, ancien avocat libéral rallié à l'Empire. *Moniteur universel*, séance du 10 avril 1863, 1863, p. 528.

⁴³ Haus, J.-J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 1874, tome 1, p. 66, n° 112.

⁴⁴ Gilissen, J., «Codifications et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1914)», *Revue Belge d'histoire contemporaine*, 1983, pp. 211-213, p. 232; B. Dubois et T. le Marc'hadour, *op. cit.*, pp. 51 et 52.

ne pouvait être finalisé. La Belgique, comme la France était dans l'impasse. La Hollande à la même époque ne faisait pas mieux.⁴⁵ Les deux pays faisaient des réformes importantes,⁴⁶ mais conservaient le code français. Le poids de la doctrine juridique était devenu considérable et entretenait une critique du système pénal, sans que l'intervention politique ne puisse faire aboutir un projet gouvernemental et peser sur le parlement. Il fallait impressionner des députés eux-mêmes issus des métiers juridiques. Le code devait être scientifique, conforme à la science du droit.

En 1847, le gouvernement belge totalement libéral changeait de méthode. L'arrêté royal demanda à ce que soit pris en compte les progrès de la «science pénale».⁴⁷ Le ministre de la justice forma une commission dans laquelle siégeaient encore quelques praticiens, deux conseillers et un avocat général à la cour de cassation. Mais, deux grands professeurs de droit figuraient dans la commission, Jacques Joseph Haus et Jean Servais Nypels, des universités de Gand et de Liège. C'est Haus, choisi pour sa valeur scientifique et ses ouvrages critiques du projet précédent, qui dirigea totalement la rédaction du code. Il envoyait directement ces rapports au ministre de la justice, il rédigea seul les exposés des motifs.

D'origine bavaroise, formé à la science juridique allemande, Jacques-Joseph Haus était professeur à Gand depuis 1816. Esprit ouvert à l'ensemble de la science du droit, l'essentiel de son œuvre était consacré au droit pénal. Outre ses *Observations* sur le projet de 1834, il publia son *Cours de droit criminel* à Gand en 1857 et les *Principes généraux du code pénal belge* en 3 volumes en 1869, qui restent son œuvre maîtresse. Il fut aussi l'auteur d'essais comme *La peine de mort ; son passé, son présent, son avenir*, publié à Gand en 1867. Haus ne se contentait pas d'adhérer à la doctrine néoclassique. Il en fut l'un des principaux théoriciens. Le fondement du droit pénal est pour Haus à la fois l'utilité sociale et la justice, la justice vient limiter l'exigence d'utilité et l'utilité vient limiter l'exigence de justice. Il convient alors de limiter les infractions, surtout contre l'État, de les définir strictement, de modérer et humaniser les peines, sans pour autant renoncer à la peine de mort.

⁴⁵ Le Marc'hadour, T., «Regards français sur le code pénal de Hollande de 1831», *Le code pénal, le métamorphoses d'un modèle, (1810-2010)*, textes réunis et présentés par C. Aboucaya et R. Martinage, Lille, CHJ, 2012.

⁴⁶ En Belgique, les circonstances atténuantes sont introduites dès 1815. On procède aussi à la suppression de la confiscation générale (1855). Depuis l'indépendance, le roi gracieait toujours les condamnations à la marque. Elles disparaît légalement après 1849. La peine du carcan est aussi tombée. En Hollande, les peines corporelles disparaissaient en 1854, la peine de mort en 1870.

⁴⁷ Nypels, J. S. G., *La législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du code pénal belge. 4 vol.* Bruxelles, 1870- 1872, tome 1, p. V.

Il laisse aussi aux juges une marge d'appréciation de la moralité de l'action criminelle. Mais, la répression doit rester efficace et la répression certaine. Sa pensée n'est sans doute pas d'une grande originalité. Elle eut toutefois un réel rayonnement. Haus était considéré comme une véritable autorité chez les criminalistes européens. Il est fréquemment cité par Chauveau et Hélie et fut même chargé d'élaborer le projet de code portugais,⁴⁸ auquel participèrent d'autres juristes savants européens, comme Arnould Bonneville de Marsangy.⁴⁹ Son rôle de rédacteur du code pénal avait été préparé par la publication en 1835 de ses *observations sur le projet de révision du code pénal de 1834*. Ce texte était en outre suivi d'un véritable projet. Son plan de réforme impliquait un rejet du code français impossible à corriger: c'est un système complet que Haus entendait créer, ce qui n'était sans doute pas dénué d'ambition personnelle. Le professeur avait l'opportunité de se faire législateur.

Les praticiens n'avaient pas disparu du processus de codification du code belge : la commission comprenait des magistrats, l'assemblée nationale et le sénat étaient peuplés d'avocats et même de professeurs de droit. Le processus d'élaboration de la loi pénale dura de 1849 à 1867 en raison de l'instabilité gouvernementale belge. L'adoption finale se fit toutefois dans un certain consensus. C'est un juriste, le baron d'Anethan, avocat puis magistrat, membre du parti catholique qui mit fin aux discussions en exhortant au vote d'un code porté par ses adversaires politiques.⁵⁰ Premier grand code doctrinal de l'ère libérale néoclassique, le code pénal belge pouvait toutefois décevoir. Il restait assez proche du code pénal français révisé par la loi de 1832.

Ce code pénal belge est toutefois assez symptomatique de l'attitude des pouvoirs à l'égard de la codification du milieu du XIX^e siècle. La doctrine pénale était parvenue à créer une communauté internationale rendant la présence des professeurs de droit ou du moins des théoriciens indispensables. Les projets de code étaient lus et commentés dans les revues juridiques étrangères, à la demande des codificateurs. En Hollande par exemple, les rédacteurs du projet donnaient leur code à lire à l'allemand Mittermaier, correspondant aussi de Haus. Mais la lecture des codes et traités étrangers ne suffit pas à faire un code. Les commissions étaient animées par des professeurs de droit, désormais experts en législation.⁵¹ Même les anglais se lais-

⁴⁸ *Biographie générale de Belgique*, Bruxelles, 1900-1983, V^o Haus.

⁴⁹ Ruopoli-Cayet, S., *Arnould Bonneville de Marsangy (1804-1894), un précurseur de la science criminelle moderne*, Paris, 2002, p. 83.

⁵⁰ Dubois, B. et Le Marc'hadour, T., *op. cit.*, pp. 54, 94, 190, 192, 197.

⁵¹ Le Japon de l'ère Meiji fit ainsi par exemple appel à un professeur français, Gustave Boissonade pour rédiger les codes de la nation moderne. G. Boissonade, *Projet révisé de code pénal pour l'Empire du Japon suivi d'un commentaire*, Tokyo, 1886.

sèrent tenter par la méthode: en 1880, James Fitzjames Stephen présentait au gouvernement un projet de code entièrement rédigé par lui, qui ne fut toutefois jamais voté.⁵²

Quel rôle finalement a joué chaque groupe de juristes dans la codification classique? Les magistrats dominant. Proches du pouvoir, chargés de d'appliquer la loi, ils sont aussi recherchés pour leur approbation à la ligne politique gouvernementale, à l'inverse les avocats sont des moteurs du changement, plus actifs dans les assemblées parlementaires que dans les commissions de rédaction des codes. Les professeurs de droit enfin sont appelées comme caution scientifique par des gouvernements qui peinent à réformer. Avocats et professeurs sont aussi assez logiquement liés aux réformes libérales, la doctrine néoclassique dominante étant liée aux régimes libéraux. Mais les groupes professionnels ne sont pas figés. Les avocats alliés au pouvoir deviennent magistrats et les magistrats déchus redeviennent avocats. Les professeurs de droit sont parfois députés ou praticiens. Mais la caractéristique principale des codifications du XIXe siècle est le compromis. Les révolutions pénales annoncées ne bouleversent pas la répression. Les codes sont faits et approuvés par des juristes qui demeurent d'accord sur l'essentiel, la primauté de la loi.

⁵² Dubois, B., «Une tentative de codification pénale en Angleterre au XIXe siècle, le projet Stephen», *Le code pénal, les métamorphoses d'un modèle*, op. cit., pp. 99-108.