

Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810

Marc Ortolani
Université Côte d'Azur - ERMES

« La législation pénale
est une branche trop considérable de la politique
pour que les rêveurs l'aient oubliée »¹.

« À des calamités présentes il faut opposer des remèdes rapides » s'exclamait Target dès 1801 dans une formule célèbre de ses *Observations sur le projet de code criminel*². « La vraie sagesse - poursuivait-il - respecte l'humanité mais ne lui sacrifie pas la sécurité publique », et c'est donc principalement au nom de la conservation sociale, que le code pénal napoléonien allait rétablir les peines perpétuelles, l'amputation du poing du parricide avant son exécution, la confiscation des biens, et conserver la marque au fer rouge (flétrissure) déjà rétablie antérieurement³. Au regard de pareilles peines, il ne fait pas de doute que le code pénal de 1810 concrétise globalement un durcissement de la sévérité par rapport au code révolutionnaire de 1791.

Les raisons de ce renforcement de la pénalité sont connues : on oppose facilement le réalisme sécuritaire d'un code produit par un État policier confinant à la dictature militaire⁴ à l'humanisme optimiste de la Constituante à l'origine du code pénal de 1791.

Précisons toutefois qu'avant même le code, le projet que Le Pelletier de Saint Fargeau⁵ a présenté le 23 mai 1791 à l'Assemblée constituante a été infléchi par les débats qui ont suivi⁶. Peut-être parce-que celle-ci ne soutient pas une politique criminelle très homogène⁷,

¹ Jacques Brissot de Warville, *Bibliothèque philosophique du législateur. Discours préliminaire*, 1782, tome 1, cité par Michel Porret, « Crime et châtement en Utopie », *Le jardin de l'esprit. Textes offerts à Bronislaw Baczko*, Genève, Droz, 1995, p. 149.

² Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel Würtz, 1831, tome 29, p. 7.

³ Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, 3^e ed., pp. 464-465 ; Mario da Passano, *Emendare o intimidire ? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Turin, Giappichelli, 2000, pp ; 155-156.

⁴ Jean-Marie Carbasse, « État autoritaire et justice répressive. L'évolution de la législation pénale de 1789 à 1810 », in Coll., *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica*, Rome, 1994, p. 325.

⁵ Stanislas Plawski « Le Pelletier de Saint Fargeau, auteur du projet de code pénal de 1791 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1957, pp. 619-625 ; Roberto Martucci, « En attendant Le Peletier de Saint Fargeau : la règle pénale au début de la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, p. 104. Mario Riberi, « Un penalista giacobino : Michel Lepeletier de Saint-Fargeau. Appunti per una ricerca storico-giuridica », *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LXXXV, 2013, pp. 299-353.

⁶ Germain Sicard, « La Révolution française et les peines : le débat à l'assemblée nationale constituante (mai-juin 1791) », *Estudios de historia de derecho europeo, Hommage au professeur G. Martinez Diez*, Universidad Complutense de Madrid, 1914, vol. 2, pp. 73-84, également publié dans *Mélanges Germain Sicard volume 2 – Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse,

les constituants font le tri des innovations et conservent finalement du projet « ce qui leur paraît conforme à l'esprit du temps »⁸. « Le recul entre le projet proposé par le Comité de législation criminelle et le texte adopté »⁹ par la Constituante est donc assez net : l'assemblée a notamment imposé le maintien de la peine de mort et, sous le nom des « fers », les travaux forcés. De même, les peines privatives de liberté restent le cœur du nouveau système pénal¹⁰, mais on assiste à un glissement de son centre de gravité vers des finalités et des modalités plus traditionnelles de la peine¹¹. Aussi, le code de 1791 apparaît-il déjà en retrait par rapport au projet initial.

Par la suite, l'évolution de la situation politique va encore conduire à des modifications considérables qui éloignent la pratique des principes défendus par la Constituante. Dès le début du Consulat, en 1799, un certain nombre de crimes sont correctionnalisés, afin d'éviter l'indulgence des jurys¹². De même, l'abolition de la peine capitale, qui avait été votée par la Constituante le 4 brumaire an IV, en précisant que celle-ci aurait lieu « à dater du jour de la publication de la paix générale », est abandonnée : le 28 décembre 1801, le Corps législatif renvoie l'abolition *sine die*, disposant que la peine de mort « continuera à être appliquée dans les cas déterminés par la loi jusqu'à ce qu'il en soit ordonné autrement »¹³. Quelques mois plus tard, le 13 mai 1802 (23 floréal an X), c'est la marque au fer rouge pour les récidivistes qui sera réintroduite dans l'arsenal des peines¹⁴.

Ce durcissement de la répression va constituer l'orientation générale du projet de code pénal qu'élaborera le Consulat. Pour cela, le 7 germinal IX (21 mars 1801), le gouvernement institue une commission composée de cinq juristes : Veillart, Target, Oudart, Treilhard et Blondel. Dès le mois de juillet, elle est en mesure de présenter un premier projet de *Code criminel, correctionnel et de police*, réunissant le droit pénal et processuel en un seul volume de 1169 articles, qui est transmis à la section de législation du Conseil d'État. Le projet est ensuite communiqué aux cours d'appel et tribunaux criminels afin de recueillir leurs observations qui ne seront fournies que dans le courant de l'année 1804. À nouveau mis en

2000, n°4, pp. 331-344 (333) ; pour une vision d'ensemble, Jacqueline Ancel, *La politique criminelle de l'Assemblée constituante*, Thèse droit, Paris, 1966.

⁷ Telle est l'hypothèse de Roberto Martucci, « Le parti de la réforme criminelle à la Constituante », in Coll., *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, tome 1, p. 230 ; pour une vision plus ample, Roberto Martucci, « Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica penale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero 1789-1810 », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, n°36, pp. 131-274.

⁸ Renée Martinage, « Les origines de la codification pénale moderne XVI^e-XVIII^e s. », in David Deroussin, Florent Garnier (dir.), *Passé et présent du droit n°4 - Compilations et codifications juridiques*, vol. 1, Paris, Le Manuscrit, 2007, p. 348.

⁹ Pierrette Poncela, Pierre Lascoumes, « Des délits et des peines sous la Constituante », *Archives de politique criminelle*, 1999, n°11, p. 19.

¹⁰ On retrouve ici notamment l'influence de Duport : Pierrette Poncela, « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits*, 1993, n°17, pp. 139-147.

¹¹ Jean-Guy Petit, *Ces peines obscures : la prison pénale en France 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990.

¹² Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 203.

¹³ Mario da Passano, *Emendare o intimidire ?* op. cit., pp. 91-92.

¹⁴ Pierre Lascoumes, « Révolution ou réforme juridique ? Les codes pénaux français de 1791 à 1810 », in Xavier Rousseaux, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat, Claude Vael (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)*, Paris, L'harmattan, 1999, p. 63.

sommeil, le projet n'émerge qu'en 1808 pour être examiné en Conseil d'Etat¹⁵ et donner naissance à un code criminel distinct, et ce n'est qu'en 1810 qu'a lieu le débat relatif au code pénal promulgué le 3 juin 1810¹⁶

Il n'est pas nécessaire de trop s'appesantir ici sur la procédure d'élaboration du code ni sur la longueur du processus, même s'il faut en rappeler les principales étapes pour servir de cadre à notre réflexion ; il est utile de répéter en revanche qu'entre les positions de la Constituante et celle du législateur napoléonien, la distance est réelle : comme le note Pierre Lascoumes, dès 1801 « le ton est tout autre »¹⁷. Or, plus que le texte du code lui-même et sa préparation, ce sont les discours accompagnant son élaboration qui sont révélateurs du regard que le législateur napoléonien porte sur l'œuvre de ses prédécesseurs, et c'est sur eux que nous allons focaliser notre attention.

Pour étayer cette idée, nous nous sommes essentiellement appuyés sur les sources suivantes : d'une part, les observations formulées par Target en 1801 sur l'avant-projet initial, qui contiennent, au regard de la pénalité, les principales orientations du futur code ; d'autre part, les exposés des motifs présentés au Corps législatif au nom du gouvernement pour soutenir le projet de code pénal divisé en sept lois successives, ainsi que les interventions des orateurs de la commission de législation au Corps législatif¹⁸. Il est important de rappeler ici que le texte du projet de 1801 est « une préfiguration directe du code napoléonien », contenant en particulier « les principaux démarquages avec le code de 1791 »¹⁹. Il existe donc une réelle proximité entre le projet de 1801 et les observations de Target d'une part et, de l'autre, les discours au corps législatifs et le code de 1810. En revanche, les procès-verbaux des séances de la Commission de législation du Conseil d'État sont « assez sommaires et schématiques »²⁰ et ne nous ont pas fourni d'éléments utiles.

Que nous apprend ce discours du législateur napoléonien à propos de la codification révolutionnaire ?

Portant un regard vers le passé, auquel il se réfère sans cesse²¹, il vante nécessairement les mérites d'une Assemblée constituante dont il reconnaît l'ampleur de l'œuvre normative. « Vous savez, Messieurs, de combien d'idées heureuses on est redevable à l'Assemblée constituante sur l'administration de la justice criminelle » s'exclame Grenier, rapporteur de la commission de législation devant le Corps législatif²². En effet, rappelle Treilhard dans son exposé des motifs, « l'Assemblée constituante a dégagé notre législation pénale de plusieurs dispositions contre lesquelles l'humanité réclamait depuis longtemps : elle a [entre autres]

¹⁵ Le détail des séances dans Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, op. cit., tome 29, p. 72 et s., ainsi que dans Mario da Passano, *Emendare o intimidire ?* op. cit., pp. 115-117.

¹⁶ Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre...*, op. cit., pp. 203-204.

¹⁷ Ibidem, p. 61.

¹⁸ Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre*. op.cit., p. 263 et s. Ces discours sont relatifs au projet de code d'instruction criminelle en novembre et décembre 1808, et au projet de code pénal en février 1810.

¹⁹ Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre*. op.cit., p. 216 ; voir aussi p. 205.

²⁰ Mario da Passano, *Emendare o intimidire ?* op. cit., pp. 117-118.

²¹ « Le législateur napoléonien se réfère sans cesse à l'antécédent de 1791 : c'est naturellement pour s'en démarquer – non sans déférence » : Xavier Martin, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », *Bicentenaire du code pénal 1810-2010*, Les colloques du Sénat, p. 65.

²² Locré, *La législation...*, op. cit., tome 10, p. 157, col. 2, Corps législatif, 10 novembre 1808.

réduit la peine de mort à la simple privation de la vie [et] a fait disparaître les supplices barbares... »²³. Aussi, ajoute Louvet, « malgré les reproches qu'on lui a fait, [elle] sera à jamais mémorables pour les lumières et les hautes conceptions qu'elle a développées »²⁴.

Parfois, peut-être pour amoindrir les critiques qui vont suivre, on déplore même que la Constituante n'ait pas été suffisamment généreuse ou qu'elle ait manqué d'humanité : concernant la peine de la gêne²⁵ qu'elle avait établie, et qui disparaîtra du code napoléonien, Treilhard avoue « ne pas avoir reconnu, dans cette occasion, les sentiments philanthropiques de [cette] assemblée »²⁶. Quelques jours plus tard, Daubersart, président de la commission de législation civile et criminelle reprend le même argument : « l'Assemblée constituante s'est écartée de ses principes dans l'institution de cette peine qu'on peut nommer une torture prolongée »²⁷. C'était, dit Riboud, « un supplice de tous les moments [...], un tombeau où l'homme était enseveli vivant »²⁸.

Mais pour l'essentiel, l'admiration pour l'œuvre de la Constituante demeure nuancée. On pourrait - explique Roberto Martucci - « en parcourant les travaux préparatoires du code, établir un florilège de citations où l'obséquiosité formelle à l'égard de l'esprit réformateur de 1791 est largement contrebalancée par des références aux effets désastreux liés à l'application de ce code »²⁹. Berlier, par exemple, vante les mérites d'une « assemblée mémorable [ayant] posé des règles qui, reçues alors avec enthousiasme, doivent encore aujourd'hui être méditées avec respect parce qu'elles émanaient de vues très pures et de principes généralement vrais. Toutefois - ajoute-t-il, et c'est ce que nous entendons souligner - malgré les lumières de cette assemblée, il est difficile qu'un si grand ouvrage atteignit, dès le début, toute la perfection dont il était susceptible »³⁰. De même, la pratique semble avoir terni la valeur de ses dispositions : Daubersart considère que « par ce code [celui de 1791], la France reçut comme un bien signalé, un grand pas sans doute a été fait vers la régénération de la législation pénale ; néanmoins, on ne tarda pas à remarquer des omissions ; la nécessité de quelques changements fut sentie... »³¹. Pour sa part, estime Louvet, les principes philanthropiques de cette assemblée lui « feront éternellement honneur, quoi qu'on ne puisse pas toujours approuver l'usage qu'elle en a fait »³².

Mais si les critiques semblent porter sur des aspects pratiques ou la mise en œuvre de la législation pénale, ce sont en réalité ses principes qui sont remis en cause. En d'autres termes, si la référence à 1791 s'avère « incontournable », elle peut être gênante, voire « embarrassante du point de vue des idéaux » qu'affichait la Constituante³³. Le législateur napoléonien se place alors clairement dans une perspective différente, d'autant que « le droit

²³ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 489, col. 2, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 195.

²⁴ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 257, col. 1, Corps législatif, 16 décembre 1808.

²⁵ Le code pénal de 1791 envisage ainsi cette peine : « tout condamné à la peine de la gêne sera enfermé seul dans un lieu éclairé, sans fers ni liens ; il ne pourra avoir pendant la durée de sa peine, aucune communication avec les autres condamnés ou avec des personnes du dehors ».

²⁶ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 492, col. 1, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 205.

²⁷ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 568, col. 1, Corps législatif, 12 février 1810.

²⁸ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 575, col. 2, Corps législatif, 13 février 1810.

²⁹ Roberto Martucci, « Logiche della transizione penale... », op. cit., pp. 270-271.

³⁰ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 518, col. 2, Corps législatif, 5 février 1810.

³¹ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 567, col. 1, Corps législatif, 12 février 1810.

³² Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 610, col. 1, Corps législatif, 19 février 1810.

³³ Pierre Lascombes, « Révolution ou réforme juridique ?... », op. cit., p. 67.

en général, et le droit pénal en particulier évoluent souvent par réaction contre une situation antérieure »³⁴. C'est ainsi que l'on commence à dénoncer l'utopie de dispositions qui, à l'expérience, sont apparues totalement déphasées par rapport aux réalités sociales et aux objectifs qui doivent être ceux du code. Aussi, « la philanthropie des révolutionnaires est vite dénoncée comme utopique par leurs successeurs »³⁵.

Leurs discours suivent ainsi globalement la même orientation : sans jamais employer explicitement le terme « utopie », mais avec une rhétorique et un champ lexical qui lui sont clairement apparentés, ils en condamnent les égarements et les effets. En revanche, les historiens contemporains utilisent largement le terme « utopie » pour qualifier les expériences juridiques de la Révolution, telles que les considère le législateur napoléonien³⁶ : on présente celui-ci comme « désireux d'en finir avec les utopies philanthropiques de l'Assemblée constituante »³⁷, rappelant que « l'utopie [était bien] au cœur du projet de code pénal de 1791 »³⁸ ; ce projet « se distinguait [en effet] par des idées originales et généreuses, souvent utopiques ou même étranges »³⁹. Cette approche consistant à qualifier d'utopique l'œuvre de la Constituante est d'autant plus séduisante que l'utopie s'accompagne souvent d'un projet de législation idéale, même si, évidemment, celui-ci n'est que l'un des éléments constitutifs de l'utopie. Quoi qu'il en soit, « la Cité idéale y est imaginée par le truchement d'une législation détaillée, d'un code de la raison ou de la nature, dont les effets bienfaisants sont mise en évidence »⁴⁰.

À la différence près que l'utopie que l'on dénonce ici, dans sa dimension programmatique, doit s'entendre dans son sens le plus négatif⁴¹, celui d'une « vue politique et sociale qui ne tient pas compte de la réalité », en quelque sorte une chimère⁴², « un rêve

³⁴ Bernard Schnapper, « Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815 », in Xavier Rousseaux, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat, Claude Vael (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe....*, op. cit., p. 17 ; ainsi, « le code pénal de 1810 apparaît par certains côtés comme une œuvre de réaction par rapport aux lois de 1791 » : André Laingui, « La sanction pénale dans le droit français du XVIIIe et XIXe siècle », in Coll. *La peine – punishment, Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck Université, 1989, vol. LVII, 3^e partie, pp. 183.

³⁵ Anne-Sophie Chambost, « Les utopies et la question pénale », *l'IRASCible*, L'Harmattan, 2011, n°2, p. 39.

³⁶ Sur le lien entre droit et utopie, Gérard Guyon, « L'utopie et l'imaginaire juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1985, n°30, pp. 261-275, également publié dans *Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, n°40, PULIM, 2015, pp. 357-374.

³⁷ Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre*. op.cit., p. 264.

³⁸ Anne-Sophie Chambost, « Les utopies et la question pénale », op. cit., p. 33 ; Gérard Guyon, « La Révolution française, de l'utopie pénale à la démonstration totalitaire », *Cuadernos informativos de derecho historico publico y procesal*, Malaga, 1996, pp. 5107-5136, également publié dans *Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, n°40, PULIM, 2015, pp. 377-410 (en particulier, pp. 388-389).

³⁹ Renée Martinage, « Les innovations de la Constituante en matière de répression », in Robert Badinter (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 121.

⁴⁰ Bronislaw Baczko, *Lumières de l'utopie*, Paris, Payot, 2001, p. 33.

⁴¹ Sur la polysémie du terme, Paul Ricoeur, *L'idéologie de l'utopie*, Paris, Seuil, 2005, p. 356 ; L. Tower-Sargent, « Traditions utopiques ; thèmes et variations », *Utopie, la quête de la société idéale en Occident*, Paris, Fayard, 2000, p. 20 ; Bronislaw Baczko, « Lumières et utopie. Problèmes de recherche », *Annales E.S.C.*, 1971, n°2, p. 358.

⁴² Anne-Sophie Chambost, « Les utopies et la question pénale », op. cit., p. 15 ; « J'entends par le mot utopie une vision globale de la vie sociale qui est radicalement opposée à la réalité sociale existante » : Bronislaw Baczko, « Lumières et utopie. Problèmes de recherche », op. cit., p. 363.

abstrait » déraisonnable, voire impossible, alors même que la Révolution a fait « basculer l'utopie » et l'a transformée en « plan d'action »⁴³.

Ainsi, dans les discours que nous avons pu étudier, on voit clairement s'opposer à l'idéalisme des constituants, l'expérience et le réalisme du législateur napoléonien (1). Celui-ci rejette explicitement l'humanisme philanthropique de la génération précédente (2) et s'oriente vers un code pénal bien éloigné de l'enchantement quelque peu utopique de 1791 (3).

1/ L'expérience opposée à l'idéalisme

« À cette heureuse époque - proclame Réal - l'Assemblée constituante réunissait à beaucoup d'enthousiasme, un peu de cette inexpérience qui caractérise aussi bien la jeunesse des assemblées politiques que la jeunesse des hommes »⁴⁴. Plus d'un an après, l'argumentation est restée la même : l'Assemblée constituante, explique Treilhard dans son exposé des motifs relatif au premier livre du code, « assemblée célèbre, qui se distingua par tant de conceptions utiles, qui détruisit tant d'abus, qui avait, sans contredit pour elle la pureté des intentions, ne se tint pas toujours en garde contre l'enthousiasme du bien ». Or, cet enthousiasme, cet élan idéaliste et précipité, n'a pas résisté à la réalité. Il lui manquait, poursuit Treilhard, « le flambeau de l'expérience [qui] a fait apercevoir depuis d'utiles améliorations dont le code de 1791 était susceptible »⁴⁵. Ainsi, poursuit-il, depuis « vingt ans, une expérience de tous les jours signale les défauts, les parties faibles, les lacunes »⁴⁶.

Le discours du législateur napoléonien semble en effet s'être installé dans une rhétorique de l'expérience et du réalisme dont, bien entendue, il se veut le garant. Au regard des crimes les plus graves et des peines qui doivent leur être réservées, Target avait déjà posé le principe : « ici s'élèvent de grandes questions qu'il faut résoudre non par de vagues théories, mais par la combinaison méditée des principes et de l'expérience »⁴⁷. Seule l'expérience peut guider le législateur⁴⁸, et ce serait une grave faute de s'en tenir à des conceptions idéalistes et ne pas tirer de la pratique tous les enseignements qu'elle peut offrir. À propos de l'Assemblée constituante, explique Treilhard, ses « erreurs » sont peut-être « excusables », mais - ajoute-t-il - « nous ne le serions pas, nous qui, éclairés par l'expérience, méditons dans le calme des passions »⁴⁹. De même, quelques jours plus tard, Berlier, précisant la démarche du législateur, explique : « les dispositions du nouveau projet de loi sont le résultat de méditations dans lesquelles nous nous sommes efforcés de mettre à profit les travaux mêmes de nos devanciers et les leçons fournies par les expériences des derniers temps »⁵⁰.

⁴³ Nicole Dockès, « De la diversité de l'utopie », in Jérôme Ferrand (dir.), *Juristes en Utopie*, Paris, l'Harmattan, 2009, pp. 10-11 et p. 19 ; l'utopie va « s'ancrer dans la réalité » : Serge Bianchi, « Révolution française et utopie », *Annales historiques de la Révolution française*, 2017, n°2, p. 16.

⁴⁴ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 199, col. 1, Corps législatif, 5 décembre 1808.

⁴⁵ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 489, col. 2, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 195.

⁴⁶ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 559, col. 1, Corps législatif, 12 février 1810.

⁴⁷ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 29, p. 9.

⁴⁸ Stefano Solimano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Gy Jean-Baptiste Target », *Forum historiae iuris*, 2004, § 17.

⁴⁹ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 490, col. 2, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 199.

⁵⁰ Cité par Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre*. op.cit., p. 263.

Pour donner plus de poids au réalisme et à l'expérience du législateur napoléonien, il suffit alors de dénoncer, en forçant le contraste, l'utopie des constituants sous forme d'idéalisme, d'improvisation et de précipitation. Les principes de 1791 « jugés trop idéalistes »⁵¹ sont ainsi rejetés comme autant de « rêves éthérés »⁵². On présente alors les Constituants, légiférant « dans un climat d'euphorie humaniste »⁵³, comme tentés d'improviser ou d'expérimenter des solutions inusitées : « il faut bien se rappeler qu'à cette époque - souligne le comte Réal - l'expérience, les vieilles maximes et les faits mêmes étaient quelquefois sacrifiés avec légèreté à la théorie la plus nouvelle, la plus hasardée, la plus étrange »⁵⁴. La Constituante - estime-t-il - était pétrie « de théories brillantes qui n'étaient susceptibles d'aucune application »⁵⁵. D'autant, qu'elle travaillait parfois dans l'urgence et dans le tumulte de la Révolution⁵⁶ : la percutante et ambiguë formule de Réal à ce propos est connue : « le code de 1791 était sans doute un monument magnifique élevé à l'humanité, à la raison, sur les ruines d'institutions barbares ; mais on ne peut pas se dissimuler que ses auteurs travaillaient sur un volcan et qu'ils n'ont pas toujours pu écouter la voix de la raison »⁵⁷.

Or, à la Constituante, « l'enjeu pénal » est de taille⁵⁸ et tout cela conduit nécessairement à des maladroites, voire des erreurs, notamment en ce qui concerne les peines : en effet, « c'est peut-être dans le domaine des sanctions que la rénovation fut à la fois la plus spectaculaire et la plus révélatrice des ambitions généreuses mais maladroites des constituants » aboutissant à « une construction [qui] ne manquait pas d'incohérences »⁵⁹. Tout comme Target fustigeait « le sentiment honorable mais trompeur [qui] avait conduit l'Assemblée constituante »⁶⁰, Daubersart fournit des exemples des erreurs qu'elle a commises : à propos de la flétrissure qu'elle avait supprimée, « une triste expérience en a fait sentir la nécessité » ; à propos de la peine de l'exposition qu'elle avait créée, l'échec est aussi manifeste : « l'Assemblée constituante [...] devait en attendre d'utiles effets ; mais l'expérience a frustré cette attente : on a vu fréquemment plusieurs criminels réunis sur un même échafaud, au lieu de montrer une contenance abattue, s'encourager réciproquement à l'impudence »⁶¹.

Tout cela, les membres du Corps législatif, se plaisent à le souligner, pour marquer leur différence, sans compter qu'ils disposent d'un avantage supplémentaire : ils travaillent à l'ombre du héros législateur dont la providence a bien voulu doter la France. Leurs discours

⁵¹ Pierre Lascombes, « Révolution ou réforme juridique ?... », op. cit., p. 67.

⁵² Xavier Martin, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », op. cit., p. 73.

⁵³ Jean-Marie Carbasse, « Rapport introductif », *Bicentenaire du code pénal 1810-2010*, Les colloques du Sénat, op. cit., p. 22.

⁵⁴ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 199, col. 1, Corps législatif, 5 décembre 1808.

⁵⁵ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 207, col. 2, Corps législatif, 6 décembre 1808.

⁵⁶ Renée Martinage, « Les origines de la codification pénale moderne XVI^e-XVIII^e s. », op. cit., p. 348 : « les constituants durent fournir un immense travail dans un temps très court » ; Renée Martinage, « Les innovations de la Constituante en matière de répression », op. cit., p. 125.

⁵⁷ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 559, col. 1, Corps législatif, 12 février 1810.

⁵⁸ Roberto Martucci, « L'enjeu pénal à l'Assemblée constituante : un chantier prometteur (1789-1791) », *Dix-huitième siècle*, 2005, n°37, pp. 283-303 ; Roberto Martucci, « En attendant Le Peletier de Saint-Fargeau... », op. cit., p. 79.

⁵⁹ Renée Martinage, « Les innovations de la Constituante en matière de répression », op. cit., pp. 106, 117 et 107.

⁶⁰ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 29, p. 2.

⁶¹ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 568, col. 2, Corps législatif, 12 février 1810.

est ainsi ponctué de « vibrants hommages à Napoléon »⁶² tel celui de Bruneau-Beaumetz : « le nouveau code criminel a été l'objet des méditations du héros législateur qui nous gouverne, et dont l'image révérée semble respirer dans cette enceinte »⁶³. Deux ans plus tard, l'éloge ne varie pas : le code, s'exclame Noailles, dépassant les limites de la flagornerie, a été « le résultat des méditations et des lumières du génie immortel et magnanime sur qui reposent avec tant de gloires les destinées de la France, de ce génie supérieur et universel, qui joint au talent et au courage du grand capitaine, la sagesse profonde du législateur et qui vient compléter aujourd'hui l'édifice indestructible de notre législation criminelle »⁶⁴. Quant à Riboud, il proclame : « ce code se rattache [...] à un nom si grand qu'il en obtiendra plus de force et de respect, et qu'il sera regardé comme l'un des ouvrages les plus importants, auxquels le héros législateur, qui réunit tous les genres de gloire, imprime une juste célébrité »⁶⁵. Aussi, Réal nous apprend qu'il « portera le nom de Napoléon, parce qu'il est aussi son ouvrage ; parce que ce guerrier-législateur en a éclairé la discussion, parce qu'il l'a enrichi de ses inspirations, parce que ce code porte l'empreinte de sa sagesse et de son génie »⁶⁶.

Or, Bonaparte s'exprimait ainsi dès 1804 : « le code pénal est celui qui influe le plus sur la tranquillité publique ; il contribue beaucoup à mettre les Français dans cet état de calme et de repos dont ils ont besoin après d'aussi longues agitations »⁶⁷. Or, cela ne s'obtient qu'en l'adaptant à la réalité, se nourrissant de l'expérience et rejetant l'idéalisme abstrait et l'humanisme inconsidéré de ces « juristes philosophes » auxquels l'Empereur ne saurait accorder sa confiance.

2/ Le rejet de l'humanisme philanthropique

Comme le rappelle Germain Sicard, « le projet présenté par Le Peletier s'inspirait d'une philosophie pénale égalitaire, humanitaire jusqu'à exclure la mort, corrective [...], optimiste jusqu'à écarter les peines perpétuelles et prévoir la réhabilitation des condamnés ayant payé leur dette à la société »⁶⁸. Cet objectif de régénération individuelle, voire sociale, ne va pas sans rappeler celui des utopistes : « réussir à produire des citoyens vertueux échappant à la corruption et au vice »⁶⁹, et on peut effectivement se demander dans quelle mesure « l'imaginaire de l'utopie a déteint sur les réformateurs du code pénal »⁷⁰.

⁶² Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre...*, op. cit., p. 263.

⁶³ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 250, col. 2, Corps législatif, 15 décembre 1808.

⁶⁴ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 586, col. 1, Corps législatif, 16 février 1810.

⁶⁵ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 577, col. 1, Corps législatif, 14 février 1810.

⁶⁶ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 559, col. 2, Corps législatif, 12 février 1810.

⁶⁷ Jean-Marie Carbasse, « Rapport introductif », op. cit., pp. 21-22.

⁶⁸ Germain Sicard, « La Révolution française et les peines... », op. cit., p. 344 ; Pierrette Poncela, « Par la peine, dissuader et réhabiliter », *Archives de philosophie du droit*, 1981, n°26, pp. 59-71.

⁶⁹ Anne-Sophie Chambost, « Les utopies et la question pénale », op. cit., p. 33.

⁷⁰ Michel Porret, « Crime et châtement en Utopie », op. cit., p. 148 ; Pour Brissot de Warville, par exemple, commentant une réédition de l'*Utopie* de More, les utopies ne sont pas seulement des « vérités prématurées » ; leur fonction essentielle est de « former les esprits pour la découverte de grandes vérités du siècle » : Bronislaw Baczko, « Lumières et utopie. Problèmes de recherche », op. cit., p. 368 ; voir également François Hincker, « L'effet d'utopie de la Révolution française », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1987, n°9, p. 2 ; Anne-Rozenn Morel, « Les utopies de la Révolution française, ou l'introduction de l'événement dans la fiction 1789-

C'est la raison pour laquelle le Corps législatif dénonce, par la bouche de Berlier, et selon une formule également connue, cet « essai philanthropique qui ne fut point heureux »⁷¹ confirmant sa méfiance à l'égard de la philosophie et des théories abstraites. Ici aussi, on ne peut que louer, malgré tout, comme le fait Treilhaud, « les progrès immenses qu'on fait parmi nous la raison et la philosophie »⁷². Mais, comme le martèle déjà Target, « la raison du législateur ne se nourrit pas d'abstractions. Les leçons de la philosophie il les recueille, mais les modifie par les faits dont il est environné, et qui sont hors de son pouvoir »⁷³. Neuf ans plus tard, Noailles, au nom de la commission de législation, défend la même idée devant le Corps législatif : « les vues de la philosophie doivent céder à l'expérience du législateur »⁷⁴. Or, explique Daubersart, « l'expérience a prouvé que ce dernier code [celui de 1791] a fait à la philanthropie des sacrifices que réprouvait l'intérêt de la société »⁷⁵.

De telles déclarations s'inscrivent parfaitement dans l'esprit de cette époque, tel qu'il peut transparaître dans les affirmations d'un ancien criminaliste, Joseph Bernardi⁷⁶. À propos du thème de la perfectibilité de l'homme, il écrit : « quand on quitte les régions ténébreuses de la philosophie, et que, mettant de côté tous les rêves qu'elle nous débite sur la bonté naturelle des hommes, on les considère tels que l'expérience les a montrés de tous les temps, la scène devient bien différente... »⁷⁷.

La question de la perfectibilité et de la réhabilitation du condamné apparaît en effet comme une question centrale du discours des constituants. Elle est d'ailleurs en parfaite cohérence avec l'atmosphère de régénération de l'homme, « rêve central de la Révolution » destinée à forger un homme nouveau⁷⁸. Rien de surprenant par conséquent que l'on retrouve cet idéal de perfectibilité cher aux Lumières⁷⁹ au cœur de la théorie de Le Pelletier de Saint-Fargeau⁸⁰ (alors même que, paradoxalement, il est d'origine chrétienne). Il s'agit même du socle sur la base duquel il constitue son édifice pénal. Cela emporte de multiples conséquences, dont certaines figureront dans le code pénal de 1791. Tel est le cas pour un système de peines prioritairement orienté vers la privation de liberté et renonçant surtout à la perpétuité : c'est clairement dans une perspective « d'amendement des condamnés que les peines perpétuelles sont proscrites ». En effet, afin de permettre l'amélioration d'un

1804 », in Philippe Corno, Emmanuel Boisset (dir.), *Que m'arrive-t-il ? Littérature et événement*, PUR, 2006, pp. 145-154.

⁷¹ Locré, *La législation...*, op. cit., tome 10, p. 525, col. 2, Corps législatif, 6 février 1810.

⁷² Locré, *La législation...*, op. cit., tome 10, p. 489, col. 1, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 195.

⁷³ Locré, *La législation...*, op. cit., tome 29, p. 10.

⁷⁴ Locré, *La législation...*, op. cit., tome 10, p. 586, col. 2, Corps législatif, 16 février 1810.

⁷⁵ Locré, *La législation...*, op. cit., tome 10, p. 571, col. 1, Corps législatif, 15 février 1810.

⁷⁶ Joseph Elzéar Bernardi est l'auteur des *Principes des lois criminelles*, Paris 1788, et des *Institution au droit François civil et criminel*, Paris, Jansen, 1800.

⁷⁷ Joseph Elzéar Bernardi, *De l'influence de la philosophie sur les forfaits de la Révolution*, Paris, 1800, pp. 44-49, cité par Stefano Solimano, « L'eccezione permanente. Spunti per una riflessione sui caratteri costitutivi dell'ordinamento napoleonico », *Italian review of legal history*, 2015, n°1, p. 6.

⁷⁸ Mona Ozouf, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 116-117 ; Pierre Serna, « Introduction », *La Révolution ou l'invention de la femme et de l'homme nouveaux, Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 2014, n°6, pp. 3-4.

⁷⁹ « La croyance au progrès humain, la vision optimiste qui fait de tout condamné un homme que la société a perverti mais dont la nature fondamentalement bonne peut être amenée à résipiscence, correspondaient à la tendance dominante de la philosophie des Lumières » : Renée Martinage, « Les innovations de la Constituante en matière de répression », op. cit., p. 126.

⁸⁰ Stanislas Plawski « Le Pelletier de Saint Fargeau... », op. cit., pp. 619-625.

condamné toujours perfectible, il faut éviter de le « désespérer », et lui laisser envisager l'espoir de sa libération et de sa réinsertion dans la société, en « effaçant jusqu'à la trace d'un crime qu'il aura suffisamment expié »⁸¹. Tel est le cas également pour une disposition qui en est le corollaire logique, l'abandon de la flétrissure : « Il nous a paru – proclame Le Pelletier – qu'une empreinte corporelle indélébile était incompatible avec le système des peines temporaires, puisqu'elle perpétue, après l'époque fixée pour le terme de la punition, une flétrissure qui n'est pas une des circonstances les moins insupportables du châtement ». Ce qu'il redoute est que la marque, par son caractère irréversible, « ne désespère le condamné et ne lui ôte le goût d'aspirer à la réhabilitation »⁸².

Toutes les propositions de Le Pelletier ne seront pas retenues par une Assemblée constituante finalement plus conservatrice, à commencer par l'abolition de la peine capitale, dont Dupont soulignait « son incompatibilité [...] avec l'idéal de perfectibilité qui anime le système nouveau »⁸³. De même, on abandonne l'idée d'infliger des peines dont la rigueur aurait pu décroître avec le temps, de manière à améliorer le coupable, et également l'étrange perspective d'ouvrir les prisons aux visites, et d'en faire le moyen d'une « imposante leçon » pour « l'instruction publique » des citoyens. Quant au travail en prison, devant contribuer à l'amélioration du condamné, cette mesure ne s'appliquera guère⁸⁴.

Lorsque le corps législatif aborde cette importante question, on a tôt fait de constater que dans l'ensemble il ne croit plus à la perfectibilité du condamné et à l'espoir de sa réhabilitation. Comme le rappelle Bernard Schnapper, « la philosophie du projet est claire : nul désir de favoriser la réinsertion sociale d'un condamné ; tout est fait pour le mettre à l'écart, le désigner à la suspicion publique, comme si on pensait que sa nature était foncièrement mauvaise »⁸⁵. Le principe a d'ailleurs déjà été affirmé par Tatget, par des paroles lapidaires : « L'idée de perfectibilité [est] rarement applicable aux hommes en général, plus rarement aux âmes qui sont altérées dans le crime, presque chimérique pour celles qui sont souillées de crimes atroces, ou dont la profonde corruption s'est manifestée par des récidives [...]. C'est une théorie séduisante mais vaine qu'il faut reléguer dans le monde imaginaire dont les âmes simples et pures aiment quelquefois à s'environner mais que la raison bannit du monde que la loi est chargée de régler, et dans lequel l'intérêt et le salut de la société doivent seuls diriger sa pensée ». Pour Target, la réhabilitation est une perspective « consolante » mais « incertaine » ; c'est une « belle idée » mais une « douce chimère »⁸⁶. On imagine difficilement plus de distance entre d'un côté les rêves utopiques de la Constituante que rejette Target, et de l'autre les exigences de la réalité et les leçons de l'expérience. Or,

⁸¹ Germain Sicard, « La Révolution française et les peines... », op. cit., p. 336 ; Anne-Sophie Chambost, « Les utopies et la question pénale », op. cit., p. 36.

⁸² Renée Martinage, « Les innovations de la Constituante en matière de répression », op. cit., p. 121.

⁸³ Pierrette Poncela, « Adrien Dupont... », op. cit., p. 145.

⁸⁴ Germain Sicard, « La Révolution française et les peines... », op. cit., pp. 336-337.

⁸⁵ Bernard Schnapper, « Compression et répression sous le Consulat et l'Empire », *Revue historique de droit français et étranger*, 1991, n°1, p. 28 ; pour être exact quelques nuances doivent être apportées, comme le montre en 1808 le discours de Louvet, relatif à la réhabilitation, qui évoque tout de même « l'espérance donnée aux condamnés de pouvoir un jour, à l'ombre d'une conduite irréprochable, recouvrer leurs droits, reconquérir l'estime et la confiance de leurs concitoyens [...] ». On a vu depuis l'assemblée constituante des exemples de réhabilitations ; on en verra davantage à l'avenir » : Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 257, col. 2, Corps législatif, 16 décembre 1808.

⁸⁶ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 29, p. 16 et p. 18 ; Xavier Martin, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », op. cit., p. 76.

insistera Threilhard, la Constituante « était mue par un espoir de perfectibilité qui malheureusement ne se réalise pas »⁸⁷.

Ainsi, ce rejet de la perfectibilité rend possible le retour aux peines perpétuelles, alors que la Constituante avait fixé le maximum à 24 ans de détention⁸⁸. Mais surtout, cette idée va animer le débat relatif à la flétrissure. Comme le rappelle Target, « un sentiment vague de la dignité de l'homme inspirait de la répugnance pour ce châtement »⁸⁹ ; elle avait donc été supprimée par le code de 1791, mais elle est rétablie dès 13 mai 1802 (loi du 23 floréal an X). Dans l'exposé des motifs de ce texte, Berlier explique que l'Assemblée constituante « voulut épargner une flétrissure perpétuelle à des individus qu'elle présumait susceptibles de se corriger, et même de se faire réhabiliter par le magistrat ». Mais de tels espoirs ont été déçus. Comme le montre quelques jours plus tard Leroy (de la Seine), dans un rapport au Tribunal, la réhabilitation, devenue « illusoire », doit à présent céder face à la réalité : « il fallait que le crime eut franchi toutes les barrières, que les fers des criminels fussent brisés par la corruption, que la fortune publique et les fortunes privées fussent attaquées de toutes parts, pour revenir à des principes d'une sévérité nécessaire et imposer silence à ces maximes indulgentes d'une philanthropie mal entendue »⁹⁰. Par ailleurs, Target l'a déjà rappelé, « la flétrissure est l'un des châtements qui font la plus vive impression sur des hommes grossiers », sans compter que « cette marque donne un moyen facile de reconnaître ceux qui ont déjà été frappés par la loi [et constitue] le plus puissant préservatif contre la récidive »⁹¹. En 1810, les arguments qu'emploie Threilhard sont quasiment les mêmes : « La peine de la marque ou de la flétrissure fut proscrite par l'Assemblée constituante, parce qu'elle offre un caractère de perpétuité que l'opinion d'alors repoussait... [Or], on ne peut dissimuler que l'apposition publique de la marque produit, et sur le coupable et sur les spectateurs, une impression qui ne peut être que vive et profonde [sans compter que] la marque est un des moyens les plus efficaces pour constater les récidives dont il est si important de s'assurer »⁹².

À l'évidence, nous sommes loin de l'optimisme des constituants quant à la nature humaine, loin de l'utopie du code révolutionnaire ; le pessimisme sécuritaire d'une génération nouvelle, dans un contexte lui-même profondément renouvelé, est en train de conduire vers un code « désenchanté ».

3/ Vers un code « désenchanté »

Le terme employé ici pour qualifier la codification pénale napoléonienne s'inspire d'une réflexion de Stefano Solimano, à propos de l'évolution de la pensée de Target, constituant d'abord et principal artisan ensuite des orientations du code de 1810, pour qui,

⁸⁷ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 490, col. 2, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 199.

⁸⁸ Mario da Passano, *Emendare o intimidire ?* op. cit., p. 107.

⁸⁹ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 29, p. 22.

⁹⁰ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 29, p. 40 pour le texte, p. 42 pour l'exposé des motifs de Berlier (1^{er} mai 1802), pp. 49-51 pour le rapport de Leroy (8 mai 1802).

⁹¹ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 29, p. 23.

⁹² Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 490, col. 1, Corps législatif, 2 février 1810 ; idem, tome 29, p. 198.

manifestement, « le désenchantement succède à l'illusion »⁹³. Dans le même ordre d'idées, Jean-Marie Carbasse évoque à son tour ce « code sensiblement désenchanté »⁹⁴, en tous cas par rapport à celui de 1791. Il reste à en préciser les raisons, parmi lesquelles le pessimisme sécuritaire que témoigne Target occupe la première place. C'est d'ailleurs par cette affirmation que débute ses *Observations sur le projet de code criminel* : « les vices sont la racine des crimes ; s'il était possible de l'arracher, la loi n'aurait plus à punir », et même si « l'amélioration de l'espèce humaine n'est [peut-être] pas une chimère », la conservation de la société exige des « remèdes rapides » à opposer aux « calamités présentes ». Les peines sont donc nécessaires et cela suffit à les rendre légitimes, afin d'inspirer la crainte et assurer le contrôle social et « la sûreté publique »⁹⁵. Neuf ans plus tard, la logique sera la même, telle qu'on la retrouve dans le discours de Daubersart à propos de la flétrissure : « rien ne peut balancer le grand intérêt qu'a la société de prévenir le crime, par la crainte d'une peine qui en impose aux hommes pervers et les pénètre d'une salutaire terreur »⁹⁶. C'est donc suivant cette rationalité que se déploie l'argumentation de Target, fondée sur « une mise à l'écart des idéaux au nom du pragmatisme »⁹⁷, et qui s'avère à la fois « pessimiste » et « alarmiste »⁹⁸.

Pour expliquer cette évolution entre les conceptions de la Constituante et celles du Corps législatif, il faut rappeler que la génération des rédacteurs du code pénal napoléonien est sensiblement différente de celle des constituants : « une génération d'hommes à l'esprit marqué par l'après-révolution »⁹⁹, qui a vécu les excès de la terreur, l'insécurité du Directoire, et s'est soumise à l'autorité d'une dictature militaire.

Cependant, il faut se garder de trop insister sur cette distinction opposant une génération utopique, pétrie d'illusions humanitaires, à une génération réaliste et désenchantée. En effet, il s'agit parfois des mêmes hommes ayant évolué, avec un contexte qui s'est profondément transformé. Le meilleur exemple en est fourni par Guy Target, jadis membre du Comité de législation criminelle de la Constituante : désormais, « le révolutionnaire optimiste qui a pris part avec conviction aux élans réformistes de la Constituante [...] fait place à un homme de loi qui a vieilli et durci, invitant à abandonner toute illusion »¹⁰⁰. Mais Target n'est pas le seul à avoir connu une telle évolution : d'autres également, tels que Treillard, jadis président de la Constituante ou bien Berlier, président de la Convention, voient leur pensée évoluer. Et que dire de Cambacérès ou Merlin ?¹⁰¹

Pour autant, que les membres de la Constituante se retrouvent ou pas au sein du Corps législatif, les discours préalables aux deux codes pénaux sont nettement opposés. Et si les

⁹³ Stefano Solimano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Gy Jean-Baptiste Target », op. cit., §17-18.

⁹⁴ Jean-Marie Carbasse, « Rapport introductif », op. cit., p. 23.

⁹⁵ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 29, pp. 7-8.

⁹⁶ Loqué, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 568, col. 2, Corps législatif, 12 février 1810.

⁹⁷ Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre...*, op. cit., p. 205.

⁹⁸ Pierre Lascoumes, « Révolution ou réforme juridique ?... », op. cit., p. 69.

⁹⁹ Pierre Lascoumes, « Révolution ou réforme juridique ?... », op. cit., p. 61.

¹⁰⁰ Stefano Solimano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Gy Jean-Baptiste Target », op. cit., §17 : Target a soixante-treize ans en 1801.

¹⁰¹ Roberto Martucci, « Logiche della transizione penale... », op. cit., p. 271 ; Stefano Solimano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien... », op. cit., § 18, ajoute les exemples de Blondel, Jacqueminot, Pastoret, Portalis, Veillard, Bernardi.

rédacteurs du second dénoncent comme utopiques les positions des auteurs du premier c'est que la rupture se veut radicale. Or, l'est-elle vraiment ?

Cette question de la rupture ou de la continuité entre les deux codes a été très discutée par les historiens du droit. Certains, non sans arguments, ont défendu l'idée d'une relative continuité¹⁰². En effet, il faut commencer par rappeler que, sur le plan des idées, tous les principes de 1791 ne sont pas écartés, loin de là : « le fondement de l'ordre public reste résolument laïque et les valeurs et les intérêts que l'on entend protéger à titre prioritaire » demeurent les mêmes : ce sont « ceux qui concernent le bien commun, les institutions politiques et certains fonctionnements démocratiques ». Au-delà des fondements du code, c'est aussi sa structure qui reste similaire, de même que « le contenu des infractions et même l'échelle de gravité des peines » ou bien encore la prédominance, dans l'arsenal punitif, des peines privatives de liberté. Aussi, estime Pierre Lascoumes, « le code de 1810 n'est finalement qu'une réforme de celui de 1791 [...], une déclinaison, un développement du code initial mais certainement pas une réélaboration radicale ». Aussi - estime-t-il - « le code de 1810 relève du modèle de la réforme et non de celui du refondement du droit pénal ». Comme l'indique Treilhard, à propos du travail accompli, « nous avons rempli plusieurs lacunes du Code de 1791 »¹⁰³.

Au-delà de la question de la rupture ou de la continuité, l'objectif de Pierre Lascoumes, avec Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, est plutôt de « remettre en cause l'opposition simpliste qui a été parfois faite entre, d'une part, la philosophie libérale et humanitaire du code de la Constituante de 1791, et, d'autre part, la philosophie utilitariste et répressive » du Corps législatif de 1810.

De tels propos peuvent emporter la conviction, mais ils expliquent mal pourquoi les membres du corps législatif s'acharnent alors à dénoncer l'utopie de leurs prédécesseurs. La réponse se trouve plutôt du côté des tenants de la rupture. La majorité des auteurs a en effet souligné, comme le laisserait entendre le discours au Corps législatif, une profonde fracture entre 1791 et 1810. Le code pénal napoléonien constituerait même, par certains de ses aspects, un retour à l'Ancien-régime¹⁰⁴. Bernard Schnapper considère par exemple, ajoutant une réflexion sur le droit processuel, qu'entre le code de 1791 et ceux de 1808-1810, « les différences [sont] fondamentales : c'est une autre idéologie, d'autres méthodes de surveillance, d'autres peines, [et] un autre rapport entre la loi, les magistrats et les jurés »¹⁰⁵.

Enfin, au regard de la peine, objet du présent colloque, sa « fonction d'amendement et de rééducation du condamné [...] disparaît complètement au bénéfice d'une conception punitive, exemplaire et intimidatrice »¹⁰⁶. Précisons toutefois (et il est important d'affiner l'analyse), que la rupture se situe surtout entre l'exposé des motifs de Le Pelletier de Saint

¹⁰² Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre...*, op. cit., p. 205 et 212 ; Pierre Lascoumes, « Révolution ou réforme juridique ?... », op. cit., pp. 62, 65-66 et 69.

¹⁰³ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 491, col. 1, Corps législatif, 2 février 1810.

¹⁰⁴ Katy Gawelik, *Le sources de la codification pénale napoléonienne à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de code criminel de l'an IX*, Thèse droit, Lille II, 2002, cité par R. Martinage, « Les origines de la codification pénale moderne... », op. cit., p. 347 ; Jean-Marie Carbasse, rappelle également que les observations de Target « renouent sur plusieurs points avec les solutions d'Ancien-régime » : « État autoritaire et justice répressive... », op. cit. p. 325 et s.

¹⁰⁵ Bernard Schnapper, « Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815 », op. cit., p. 35.

¹⁰⁶ Mario da Passano, *Emendare o intimidire ?* op. cit., p. 155 et s.

Fargeau et les positions du législateur napoléonien : l'idéal de perfectibilité dénoncé comme une utopie est surtout celui du projet défendu par Le Peletier, qui a ensuite été émoussé par la Constituante.

De ce point de vue, reconnaît Pierre Lascoumes, « les fondements du pouvoir de punir, tels que les présente Target, sont extrêmement éloignés de ceux qu'avait élaborés Le Peletier »¹⁰⁷. Avec Target, nous sommes en présence d'un « discours pessimiste [...] sur la nature humaine et la vie sociale. Des éléments corrompus les menacent sans cesse. Le rôle des pouvoirs publics est donc d'organiser une légitime défense publique.¹⁰⁸

Cette controverse entre la thèse de la continuité et celle de la rupture ne manque pas d'intérêt : on peut toutefois s'interroger sur ses limites. En effet, défendre l'idée d'une rupture entre deux codes revient à se demander si deux contextes fondamentalement distincts produisent des codes différents : la réponse nous semble contenue dans la question. L'enthousiasme idéaliste des premières années de la Révolution et le réalisme nourri de terribles expériences, au cœur d'un régime autoritaire, produisent nécessairement des œuvres normatives différentes. Il nous semble donc important d'insister sur le contexte dans lequel se prépare le code napoléonien, et on ne peut que souligner ici la lucidité du comte Réal devant le Corps législatif reconnaissant que « les lois criminelles, faites pour comprimer les passions des hommes, portent toujours, par cela même, l'empreinte des lieux et des époques qui les ont vu naître »¹⁰⁹. Or quel est précisément ce contexte ? En l'an IX lorsque le projet est élaboré, on sort à peine de la Révolution ; lorsqu'il est discuté devant le Corps législatif en 1808 et 1810, l'Empire est une dictature en guerre contre une partie de l'Europe ; quant aux souvenirs de la terreur et l'insécurité du Directoire, ils sont loin d'avoir disparu¹¹⁰. Or, constate justement Jean-Marie Carbasse, le code « reflète aussi l'esprit de l'État nouveau, militaire et policier ». Il n'est « qu'une pièce du dispositif global de contrôle social mis en place par la dictature militaire ; il n'est que la partie présentable [...] la façade bourgeoise d'une caserne »¹¹¹. À l'évidence, cet environnement particulier n'a pas manqué d'influencer le législateur et le regard qu'il a porté sur ses prédécesseurs.

À la vérité, il nous semble que le législateur napoléonien a aussi tenté, à chaque fois que cela était possible au regard de la réalité dans laquelle il se mouvait, de conserver l'esprit de ses prédécesseur. Voici les premiers et les derniers mots de l'exposé des motifs du code que défend Treilhard en 1810 devant le corps législatif : « Vous ne trouverez que des peines nécessaires, clairement énoncées, répressives et jamais atroces [...]. Nous n'avons jamais perdu de vue le but que nous devons atteindre, celui de concilier la sûreté publique qui réclame des peines répressives et le vœu de l'humanité, qui repousse toute rigueur qui n'est pas nécessaire »¹¹².

En réalité cette dialectique continuité/rupture dans laquelle s'inscrit le rejet de l'utopie révolutionnaire dans le discours du législateur napoléonien, semble se résoudre en changeant

¹⁰⁷ Pierre Lascoumes, « Révolution ou réforme juridique ?... », op. cit., p. 69.

¹⁰⁸ Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre...*, op. cit., pp. 212-213.

¹⁰⁹ Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 198, col. 2, Corps législatif, 5 décembre 1808.

¹¹⁰ Jean-Marie Carbasse, « Rapport introductif », op. cit., p. 23.

¹¹¹ Jean-Marie Carbasse, « État autoritaire et justice répressive... », op. cit., p.325 et p. 333.

¹¹² Locré, *La législation...*, op. cit, tome 10, p. 489, col. 1 et p. 493, col. 2, Corps législatif, 2 février 1810.

de focale, comme on peut l'attendre du travail de l'historien et du juriste. Si l'on ne considère que la courte période 1791-1810, la fracture semble assez nette, et on comprend qu'au Corps législatif on ait voulu dénoncer l'utopie des constituants. Mais si l'historien prend, au regard des institutions et de l'évolution du droit, le recul nécessaire, s'il s'efforce de considérer une plus longue période, du XVIII^e siècle jusqu'à l'époque contemporaine, c'est plutôt la continuité qui prévaut, tant les avancées successives de la législation pénale s'inscrivent à plus ou moins long terme dans les perspectives tracées sous la Révolution. Sous cet angle de vue, ce n'est pas l'utopie des constituants qui ressort, mais plutôt l'aspect visionnaire des questions qu'ils se sont posées et auxquelles ils ont, parfois maladroitement, répondu, mais qui ont fait entrer le droit pénal sur le chemin de la modernité. Aussi, par de nombreux aspects, sans nous en ayons suffisamment conscience, nous sommes les continuateurs de 1791, les héritiers de leur utopie.