



Chapitre de livre

2023

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Quand le juge n'apprécie rien. Révolutions et réduction des prérogatives
des juges en France et à Genève à la fin du XVIII^e siècle

Graa, Numa

How to cite

GRAA, Numa. Quand le juge n'apprécie rien. Révolutions et réduction des prérogatives des juges en France et à Genève à la fin du XVIII^e siècle. In: Le juge apprécie : mélanges en l'honneur de Bénédicte Foëx. Papaux van Delden, Marie-Laure ; Marchand, Sylvain ; Bernard, Frédéric (Ed.). Genève : Schulthess, 2023. p. 71–94. (Collection genevoise. Recueil de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:181679>

Quand le juge n'apprécie rien. Révolutions et réduction des prérogatives des juges en France et à Genève à la fin du XVIII^e siècle

NUMA GRAA

Professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Introduction

L'art. 717 al. 2 CC, en laissant expressément au juge le soin d'apprécier une situation – soit d'établir l'éventuelle intention de léser autrui ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier dans une opération –, n'est que l'une des expressions de la confiance placée dans le magistrat par le législateur. On peut évidemment aussi songer, à cet égard, au rôle important réservé au juge par l'article premier CC, qui permet à celui-ci de créer occasionnellement des règles pour combler des lacunes ou simplement pour interpréter les notions ouvertes comprises dans la loi et procéder au syllogisme judiciaire. Cette approche du rôle du juge dans l'ordre juridique correspond à la volonté d'Eugen Huber, pour qui la formulation générale et non casuistique des règles de droit devait notamment permettre au magistrat d'adapter et de faire évoluer celles-ci en fonction de l'état de la société. En outre, tout en reconnaissant l'importance de la primauté de la loi afin d'éviter l'action d'un juge débridé, Huber admettait que ce dernier devait être autorisé à combler les inévitables lacunes que présente toute législation¹. Le rédacteur de l'avant-projet du Code civil suisse évoquait ainsi, au début du XX^e siècle, les « théories surannées » selon lesquelles on prétendait renfermer dans un code l'intégralité du droit². De fait, au XVIII^e siècle s'étaient développées des idées concernant la rédaction de lois nouvelles, dont l'une des caractéristiques devait être l'exhaustivité. Selon cette conception, le juge ne devait plus être appelé à créer, ni même à interpréter des règles de droit³.

Nous proposons, dans cette contribution, d'examiner l'expression de ces fantasmes de complétude de la loi ainsi que l'une de leurs causes essentielles :

¹ MANAI, p. 149 s.

² Cité in DUNAND, p. 15.

³ *Id.*, p. 15 ss.

la méfiance à l'encontre du juge et des prérogatives qu'il exerçait à la veille de la Révolution française de 1789. Après la situation en France, nous ~~examinerons~~ le cas particulier de Genève, qui a connu sa propre révolution durant la dernière décennie du XVIII^e siècle et a aussi été le théâtre de ces tentatives - dont les codificateurs reviendront rapidement - d'élaborer un texte de loi laissant au juge un simple rôle de lecteur.

I. Les Lumières et la Révolution française

A. Le pouvoir des juges sous l'Ancien Régime

Avant de prendre, au XVIII^e siècle, un sens péjoratif - en raison des polémiques provoquées par les tenants des Lumières -, l'arbitraire judiciaire, soit le pouvoir d'arbitrage des juges (*arbitrium iudicis*), décrivait simplement la liberté que revendiquaient ceux-ci en rendant la justice. Tout d'abord, il s'agissait d'interpréter des règles légales ou coutumières parfois obscures, y compris en vue de combler d'éventuelles lacunes. Certains textes confiaient par ailleurs expressément aux magistrats le soin de statuer sur certaines questions selon leur appréciation. Enfin, les juges prétendaient même, en certains cas, s'écarter des coutumes ou des lois existantes. Par exemple, dans le Royaume de France, les cours souveraines pouvaient statuer en équité, en dérogeant aux normes juridiques⁴. Le juge n'était pas non plus tenu d'appliquer à la lettre d'éventuels tarifs pénaux, mais devait au contraire choisir la peine la plus indiquée dans le cas d'espèce⁵. Ce pouvoir était considérable, mais ne signifiait aucunement que le magistrat pouvait prononcer une décision au gré de ses humeurs. Celui-ci devait respecter l'usage des tribunaux - soit une sorte de jurisprudence - et s'efforcer d'adapter au mieux sa solution aux particularités de la cause⁶. Dans ces conditions, son arbitrage permettait en particulier une véritable individualisation de la sanction, considérée comme plus juste et équitable qu'une peine trouvée dans les tarifs fixes qui pouvaient encore exister au Moyen Age, en particulier dans les chartes et franchises urbaines⁷. Cette marge d'appréciation dont bénéficiaient les juges n'était pas la seule manifestation de leur puissance au sein de l'Etat. Les cours s'arrogeaient aussi des prérogatives de type normatif. Elles pouvaient, concernant des points juridiques controversés, rendre des arrêts tenant lieu à la fois de décisions et de règles générales pour les tribunaux du ressort. On parlait d'arrêts de règlement⁸. Par

HANISCH, p. 144 s.

CARBASSE, p. 236 s.

Id., p. 245 ss.

GAU-CABÉE, p. 41 ss ; pour un aperçu de la pratique des peines fixes à travers l'histoire, cf. CERUTTI, p. 261 ss.

Ces arrêts étaient alors publiés et devaient servir de référence dans de futures causes similaires (HUFTAU, p. 15).

une interprétation de la loi ou de la coutume, les juges en venaient ainsi à créer de nouvelles règles générales et abstraites.

B. La critique des Lumières et la recherche du légalisme

Dès le milieu du XVIII^e siècle, dans *De l'esprit des lois*, Montesquieu met en évidence le caractère profondément politique de la liberté accordée – ou refusée – au juge dans l'application et l'interprétation des lois. Ainsi, dans un Etat despotique, le juge n'est soumis à aucune loi. A l'extrême inverse, dans un Etat républicain, le juge se contente d'appliquer la loi, sans pouvoir interpréter celle-ci. Or, aucune de ces situations n'est préconisée par le baron de La Brède. Dans une République, la soumission sévère du magistrat à la loi ne constitue pas la consécration d'un idéal, mais une nécessité, compte tenu des risques de voir les décisions judiciaires guidées par les passions et jalousies populaires⁹. Pour Montesquieu, il convient avant tout de séparer la fonction judiciaire de celle du législateur. Le juge ne doit pas prendre part à la confection de la loi, sans quoi il menacerait les libertés des justiciables, en rendant complètement imprévisibles les décisions judiciaires¹⁰. Une telle distinction des pouvoirs judiciaire et législatif n'allait alors nullement de soi dans une France où – nous l'avons dit – certaines cours revendiquaient des prérogatives en matière de création de la loi¹¹. En définitive, dans un Etat monarchique – soit le modèle vers lequel incline sans doute Montesquieu – le juge doit certes suivre la loi lorsque celle-ci est précise mais peut, à défaut, en chercher l'esprit, agissant à la manière d'un arbitre. Cette relative souplesse dans l'application du droit doit cependant s'accompagner de diverses règles propres à garantir la liberté des individus¹². Même dans un Etat bien organisé, connaissant une séparation des pouvoirs et soucieux de préserver les libertés de ses membres, le juge – en particulier dans le domaine pénal où son pouvoir sur le justiciable est immense – doit observer la loi et être contraint par elle.

Montesquieu voit bien que, dans certaines occurrences, cette conception rigide de l'application de la loi pourrait donner lieu à des injustices. Or, dans ce cas, le champion de la distinction des pouvoirs suggère non pas de laisser aux juges le soin de s'écarter des textes légaux, mais plutôt de permettre à un organe législatif de prononcer une décision moins rigoureuse¹³. Le président à mortier du Parlement de Bordeaux ne cherche donc pas à réduire à néant le rôle du juge, mais, conscient du mal qu'il peut infliger à un individu, propose d'en faire un

⁹ CABANIS, p. 453.

¹⁰ *Id.*, p. 447 ss.

¹¹ *Id.*, p. 453.

¹² Pour Montesquieu, il serait par exemple dangereux de laisser un juge unique rendre la justice, ou de permettre à des magistrats d'une classe sociale inférieure de juger des membres de la noblesse, car des ressentiments ou des préventions pourraient alors guider les décisions (*Id.*, p. 452 ss).

¹³ *Id.*, p. 456 s.

magistrat indépendant du pouvoir exécutif, garant des libertés et respectueux des lois. Cette idée du juge n'est pas celle d'un automate, malgré la confusion qui naîtra par la suite en raison de sa description du magistrat comme une simple « bouche de la loi »¹⁴.

La méfiance envers le pouvoir du juge est bien supérieure dans l'ouvrage *Dei delitti e delle pene*, paru en 1764, que l'auteur bientôt célèbre, Cesare Beccaria Bonesana, entend inscrire dans la continuité de l'œuvre de Montesquieu. Comme ce dernier, Beccaria affirme que le juge n'est en aucun cas un législateur. Mais, poursuivant, il lui refuse aussi toute possibilité d'interpréter les règles de droit, ou de chercher « l'esprit de la loi »¹⁵.

Peut-être parce que, contrairement à Montesquieu, il n'est pas juriste ni magistrat, Beccaria porte un regard sévère sur la prétention du juge à vouloir interpréter une loi. Dans sa conception, le juge n'est pas le contrepoids au gouvernement, garant des libertés des justiciables¹⁶. Il est un acteur au pouvoir démesuré, faisant dépendre le sort des justiciables de ses « faux raisonnements » ou de ses « humeurs ». L'interprétation de la loi consiste, selon Beccaria, dans une « confuse série de notions » qui « agitent » l'esprit du magistrat. Partant, seule une loi appliquée à la lettre peut obvier aux abus continuellement observés dans la justice pénale¹⁷. Le legs du marquis milanais à la culture juridique des Lumières est considérable. Il consiste à la fois dans le principe de stricte légalité des peines et dans la méfiance extrême envers la figure du juge¹⁸.

La critique de la liberté laissée aux juges dans le choix et la fixation des peines est évidemment commune à bien des réformateurs de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Cette latitude, qui découle de l'imperfection et des lacunes de la loi, est considérée comme exorbitante compte tenu des enjeux de la justice criminelle. Pour ne citer qu'un exemple, mentionnons Servan qui, dans son *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, prononcé en 1766 à la rentrée du Parlement de Grenoble, fustige notamment le défaut de détermination des délits comme des sanctions dans les lois françaises :

« La peine des galeres ne varie-t-elle pas au gré du Juge ? tous les jours les Magistrats délibèrent s'ils doivent condamner un criminel aux galeres à temps, ou à perpétuité ; les loix sont muetes il faut les suppléer. Cependant une année de douleur de plus ou de moins, est-elle donc si peu de chose, pour un être si

¹⁴ HANISCH, p. 139 s.

¹⁵ Il l'affirme dans un passage bien connu, qui réduit à rien l'importance du magistrat pénal : « Dans chaque délit un syllogisme parfait doit être fait par le juge : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'action conforme ou non à la loi, la conséquence étant la liberté ou la peine. » (BECCARIA, ch. IV, p. 79).

¹⁶ FAJON, p. 152.

¹⁷ BECCARIA, ch. IV, p. 80 s.

¹⁸ FAJON, p. 147 ss ; GAU-CABÉE, p. 48.

sensible & qui vit si peu, que les loix aient pu négliger d'en disposer elles-mêmes ? »¹⁹

Chez ce magistrat, avocat-général, c'est bien la mauvaise qualité de la loi et non le caractère des juges qui est visée. On ne distingue guère, dans son discours, de méfiance à l'encontre des personnes appelées à condamner les justiciables. Au contraire, pour Servan, les juges éclairés se réjouiront d'être déchargés du fardeau considérable de chercher ailleurs que dans une loi la peine devant frapper le condamné²⁰. La justice doit résulter d'une stricte légalité des infractions et des sanctions, grâce à laquelle le juge n'aura qu'à chercher dans un code la solution au problème qui lui est soumis²¹. Pour être complet, signalons que si la simplification et la clarification des lois sont réclamées de façon unanime par les penseurs éclairés au XVIII^e siècle, les conséquences d'une telle réforme espérée ne tendent pas systématiquement à réduire le juge à un simple lecteur de code. Rousseau, par exemple, note dans ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne* qu'avec des lois « claires & simples », on pourra laisser aux juges « le pouvoir de les interpréter & d'y suppléer au besoin par les lumières naturelles de la droiture & du bon sens »²². L'amélioration du fonctionnement de la justice ne doit donc pas nécessairement passer par une soumission totale des magistrats à la loi.

C. Les réformes révolutionnaires en France

1. La création d'un juge-automate

A la veille de la Révolution française, la critique de l'arbitraire judiciaire – en particulier chez le juge criminel – est banale chez les tenants des Lumières²³. Cependant, on ne voit pas encore précisément quelle liberté doit être laissée aux juges dans le nouveau système judiciaire – basé sur la suprématie de la loi – que beaucoup appellent de leurs vœux. Faudra-t-il laisser aux magistrats la possibilité de mitiger les sanctions ? Devra-t-on leur permettre de fixer librement les peines les moins lourdes, comme les amendes ?²⁴

En 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme certes pour la première fois en France que nul ne doit être puni qu'en vertu de la loi,

¹⁹ SERVAN, p. 119.

²⁰ « Des Magistrats instruits des vraies maximes de la Justice criminelle, ne réclameront & ne regretteront jamais la triste & dangereuse liberté de choisir des supplices ; ils marcheront avec joie à la suite des loix, & trembleront si jamais ils sont forcés de les guider. » (*Id.*, p. 121).

²¹ GAU-CABÉE, p. 48.

²² ROUSSEAU, p. 103.

²³ FAJON, p. 161.

²⁴ GAU-CABÉE, p. 48 s.

mais la concrétisation de ce principe reste à inventer²⁵. On s’y emploie, au sein de l’Assemblée nationale constituante, dès août 1789, preuve du sentiment d’urgence concernant une réforme du droit et de la procédure criminels. L’avocat Nicolas Bergasse y dénonce ainsi le corporatisme des magistrats et la puissance politique dont ils jouissaient sous l’Ancien Régime. Surtout, il réclame une loi exhaustive, que le juge ne pourrait aucunement interpréter²⁶. Ce discours ne peut que séduire une large portion de l’assemblée, au sein de laquelle on souhaite abolir définitivement une justice honnie, présentée par ses contempteurs comme une institution inhumaine. D’ailleurs, de manière générale, les constituants ambitionnent de rabaisser la fonction judiciaire. Les magistrats ne doivent plus exercer une prestigieuse manifestation de la souveraineté de l’Etat, mais servir les citoyens²⁷. Le député Jacques-Guillaume Thouret écrit ainsi en 1789 que la « fonction des Juges n’est que d’appliquer la Loi, & leur devoir de se conformer au sens littéral, sans s’en écarter, ni se permettre de l’interpréter »²⁸. Robespierre, plaidant quant à lui pour l’institution du jury que l’on cherche à importer d’Angleterre, note que cette institution a essentiellement pour but de mettre les droits des citoyens « à l’abri des coups du despotisme judiciaire »²⁹.

Le fruit des travaux législatifs de cette période est tout à fait révolutionnaire, surtout relativement au droit pénal. En matière de police municipale et de police correctionnelle, on admet bien que les juges peuvent fixer des peines, pour lesquelles seul un seuil maximal est prévu³⁰. Dans le domaine criminel en revanche, l’option la plus radicale, celle préconisée par Beccaria quelques décennies auparavant, est retenue. Dans son rapport à l’Assemblée nationale constituante, Lepeletier de Saint-Fargeau, pourtant ancien magistrat au Parlement de Paris, annonce l’amenuisement considérable des prérogatives du juge. L’introduction du jury doit tout d’abord priver les juges de toute influence dans la constatation des faits. De surcroît, une peine fixe et déterminée doit être inscrite dans la loi pour chaque infraction³¹.

Le Code pénal adopté en 1791 traduit donc cette volonté d’instaurer une stricte légalité et une totale prévisibilité des sanctions. Le texte dispose par exemple :

²⁵ GAU-CABÉE, p. 50.

²⁶ Archives parlementaires, 17 août 1789, t. 8, p. 441 ss.

²⁷ HALPÉRIN, p. 234.

²⁸ THOURET, p. 36.

²⁹ Archives parlementaires, 7 avril 1790, t. 12, p. 574.

³⁰ LASCOUMES/PONCELA/LENOËL, p. 72.

³¹ Le rôle – presque secondaire – du juge, peut ainsi être résumé de la manière suivante : « Aujourd’hui toute nuance du fait est étrangère au juge. Il ne connaît que le fait posé par le verdict du juré. Il faut qu’il ouvre la loi, et qu’il y trouve une peine précise, applicable au fait déterminé. Son seul devoir est de prononcer cette peine. » (Archives parlementaires, 23 mai 1791, t. 26, p. 322).

« Le vol, commis à l'aide de fausses clefs, sera puni de 8 années de fers. »³²

Cette loi réalise de la sorte le fantasme de faire du juge un simple automate, réduit à prononcer une sanction prévue par le législateur en fonction de la décision des jurés, soit des juges citoyens, supposés être les garants d'une bonne justice³³. Or, cette conception mécaniciste de la justice se révèle rapidement inefficace. En effet, les jurés – censés se prononcer exclusivement sur les faits et la culpabilité du prévenu – peuvent difficilement faire abstraction des conséquences de leurs décisions. Sommés de déclarer une personne coupable avant de voir celle-ci punie sur la base d'un code rigide – qui interdit au juge de tenir compte des circonstances particulières de l'infraction ou de l'auteur –, les jurés sont portés à favoriser les acquittements³⁴.

Ce code de 1791 revêt une grande importance pour la Suisse, puisque, après la Révolution helvétique, il servira de modèle pour le Code pénal helvétique du 4 mai 1799. Le système de peines fixes sera rapidement décrié par les magistrats du pays, eu égard à l'absurde sévérité de jugements exempts de toute individualisation de la sanction. Le recours massif au droit de grâce pour éviter l'exécution de décisions jugées iniques sera dénoncé par plusieurs tribunaux comme un facteur conduisant à l'arbitraire que l'on avait prétendu éliminer en privant les juges de tout pouvoir d'appréciation³⁵. La nécessité de renoncer au carcan rigide de la loi sera rapidement admise, mais la crainte de voir les juges jouir à nouveau d'un pouvoir arbitraire – même en vue de corriger l'excessive rigueur du système répressif – poussera le législateur helvétique à se montrer prudent. Devant le Grand Conseil helvétique, le député Karl Koch finira par rappeler le véritable enjeu d'une discussion portant sur l'application de peines trop lourdes, en déclarant :

« [...] man habe aber Willkür der Richter befürchtet, die ja möglich sei ; Willkür sei jedoch statthaft im Interesse der Menschlichkeit [...] »³⁶

Une loi du 27 janvier 1800 précisera finalement que les peines fixées dans le code ne constituent désormais que des maximums, dont les juges pourront librement s'écarter lorsque les circonstances le commanderont³⁷.

En France, la vindicte révolutionnaire à l'encontre des juges s'estompera progressivement au cours des années suivant l'adoption du Code pénal de

³² Art. 9, II, II, II CPF 1791.

³³ FAJON, p. 221.

³⁴ BERGER, pp. 186 s. ; GAU-CABÉE, p. 51 s.

³⁵ ALKALAY, p. 168 ss.

³⁶ ASHR, V, p. 681.

³⁷ Une motivation particulière sera alors exigée dans le jugement, pour éviter que les magistrats soient tentés d'ignorer indûment la lettre de la loi (ASHR, V, p. 676 ; ALKALAY, p. 173).

1791³⁸. Dans une discussion constitutionnelle portant sur le jury civil devant la Convention nationale, Jean-Jacques-Régis de Cambacérès évoquera par exemple « ces hommes dont on semble redouter la puissance, parce qu'on conserve le souvenir de ces anciens magistrats avec lesquels nos juges actuels n'ont aucune similitude », en assurant qu'ils ne pourront compromettre les libertés publiques s'ils se bornent à « appliquer la loi »³⁹. La réhabilitation des juges s'exprimera finalement pleinement sous le Directoire, dans le fameux *Discours préliminaire* prononcé en 1801 à l'appui du projet de code civil. Jean-Etienne-Marie Portalis, l'un des principaux artisans de ce texte, y reconnaîtra le rôle éminent du juge, d'une manière qui aurait paru inimaginable avant le coup d'Etat et le vent conservateur soufflé par Napoléon sur la France :

« L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. »⁴⁰

2. L'instauration du référé législatif

Afin d'obtenir une subordination des juges à son propre pouvoir, Louis XIV avait entrepris – sans grand succès – de leur interdire d'interpréter ou de compléter ses lois. En cas d'incertitude sur le sens ou la portée d'une règle de droit, les magistrats devaient se tourner vers le roi législateur pour lui demander de préciser quelle avait été sa volonté. Il s'agissait d'empêcher les parlements de créer des règlements en empiétant sur les prérogatives législatives royales⁴¹. Un tel mécanisme n'était pas propre à la France, puisque, dans divers Etats absolutistes européens, la volonté du souverain d'affermir son pouvoir législatif ou de favoriser l'unification du droit avait débouché sur des règles comparables. Tel était le cas notamment en Prusse⁴² ou en Autriche⁴³, où les juges étaient enjoins de s'adresser au prince ou à son administration en cas de lacune ou d'obscurité de la loi. On cherchait ainsi également, en interdisant l'interprétation, à éviter l'arbitraire judiciaire ou les décisions contradictoires⁴⁴.

Dans les cahiers de doléances rédigés en vue de la tenue des états généraux de 1789, l'activité normative des tribunaux constitue un point fréquemment

³⁸ GAU-CABÉE, p. 52.

³⁹ Archives parlementaires, 19 juin 1793, t. 66, p. 709.

⁴⁰ Discours 1801, p. 470.

⁴¹ HUFTEAU, p. 9 s.

⁴² MIERSCH, p. 49 ss.

⁴³ *Id.*, p. 40 ss.

⁴⁴ *Id.*, p. 119 ss et 129 ss.

dénoncé. On souhaite alors notamment priver les juges de la possibilité de rendre des arrêts de règlement ou de déroger aux lois en prétendant interpréter celles-ci. Certains cahiers précisent même qu'en cas de besoin, seul le législateur, soit le roi, doit pouvoir interpréter la loi ou lui conférer une portée extensive. L'idée de réaliser une pleine séparation des pouvoirs législatif et judiciaire n'est évidemment pas absente dans ces demandes⁴⁵. A la même époque, Thouret formule aussi ce principe en indiquant que le « *Pouvoir judiciaire* est essentiellement distinct du *Pouvoir législatif*, & qu'il lui est subordonné », de sorte que les tribunaux « ne peuvent faire aucunes Loix, ou Règlements qui en ayent la force »⁴⁶.

Dès le début de la Révolution française, les membres de l'Assemblée nationale constituante reprennent donc à leur compte un outil forgé par la royauté durant l'Ancien Régime, dans le but de restreindre les pouvoirs des juges et de subordonner ces derniers au législateur⁴⁷. Une loi du 16-24 août 1790 prive en effet les juges de toute possibilité de créer de nouvelles règles de droit. Les tribunaux doivent au contraire s'adresser au Corps législatif « toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle »⁴⁸. Dans un tel cas, le juge du fond – empêché de construire son syllogisme dont la majeure fait défaut – demande donc au Corps législatif de lui fournir une loi. Ce que le roi avait échoué à imposer est donc réalisé par le nouveau souverain de la nation : la corporation judiciaire, jadis si puissante, se trouve soumise au législateur⁴⁹. Le référé législatif sera d'ailleurs si bien appliqué que, très rapidement, notamment concernant l'application du Code pénal de 1791, la justice se trouvera paralysée. Privés de toute possibilité de compléter un texte imparfait et lacunaire, les juges en seront réduits à se tourner servilement vers un législateur incapable de répondre à la masse des demandes avec la célérité qui sied à la justice criminelle⁵⁰.

II. Le droit révolutionnaire à Genève

Comme la France, Genève connaît au XVIII^e siècle une critique de sa justice, orchestrée par des intellectuels des Lumières qui en dénoncent l'inhumanité et l'arbitraire. Après la condamnation de *l'Emile* et du *Contrat social* par le Petit

⁴⁵ ALVAZZI DEL FRATE, p. 14 ss.

⁴⁶ THOURET, p. 33.

⁴⁷ Bergasse affirme ainsi fermement cette volonté de priver les magistrats de toute prérogative à caractère législatif :

« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si les dépositaires de ce pouvoir ont une part active à la législation, ou peuvent influencer, en quelque manière que ce soit, sur la formation de la loi. » (Archives parlementaires, 17 août 1789, t. 8, p. 441).

⁴⁸ Art. 12, titre II de la loi des 16-24 août 1790, reproduit *in* HUFTEAU, p. 1.

⁴⁹ HUFTEAU, p. 44 s.

⁵⁰ HALPÉRIN, p. 255 ; HUFTEAU, p. 50 s.

Conseil en juin 1762, Rousseau s'emploie à fustiger le défaut de lois pénales et l'arbitraire qui en résulte dans les décisions⁵¹. Ses épigones reprennent ensuite ce refrain au cours des décennies suivantes, présentant la justice patricienne comme despotique et cruelle, en exagérant au besoin ses tendances répressives et sa sévérité⁵². Les publicistes réclament, de manière assez classique en cette fin de siècle des Lumières, une codification des lois, diverses garanties de procédure et une séparation entre les fonctions judiciaires et le pouvoir politique en vue d'assurer une justice équitable⁵³.

A. Les propositions réformistes de Julien Dentand

Julien Dentand, pasteur de métier, est un personnage central de la Révolution genevoise, ainsi que l'un des réformistes les plus impliqués dans les tentatives de mettre en place un système pénal correspondant aux aspirations éclairées de la seconde moitié du XVIII^e siècle⁵⁴. Une expression célèbre de son goût pour la refonte des institutions et des lois reste le projet de révision des Edits de 1707 compris dans ses *Neuf discours*. Ces discours sont prononcés entre 1772 et 1776 devant le Conseil des Deux-Cents, dont Dentand est membre, avant d'être publiés en décembre 1776⁵⁵.

Dentand y propose une clarification des lois constitutionnelles de Genève et une amélioration des différents textes légaux, qu'il juge généralement lacunaires et obscures. Selon lui, il en résulte constamment des décisions contradictoires, en particulier dans les domaines civil et criminel, ainsi que – plus largement – un manque de cohérence à l'intérieur de l'Etat. Dentand affirme déjà sa tendance positiviste, en indiquant à cet égard que « dans les choses qui intéressent la Société, il n'y a que la Lettre de la Loi, & non l'opinion passagère du Juge qui puisse fermer la bouche à tout le monde »⁵⁶. C'est que, pour lui, la liberté publique ne peut exister que grâce à la primauté de la loi, véritable expression du souverain⁵⁷. Il est donc nécessaire de doter les juges de meilleures lois pour qu'ils puissent accomplir leur office de manière harmonieuse. Ce développement législatif est également souhaitable, pour Dentand, car les textes existants s'en remettent à la prudence des magistrats, leur enjoignent vaguement de « rendre bonne & droite Justice » ou encore de statuer « suivant l'exigence du cas ». Or, de telles formules ne peuvent que déboucher sur des décisions arbitraires, puisque chaque juge impose en définitive sa propre

⁵¹ PORRET, p. 137 s.

⁵² *Id.*, p. 127 et 141 ss.

⁵³ *Id.*, p. 147.

⁵⁴ Reconnu en sa qualité d'homme politique, Dentand sera en revanche largement ignoré en tant que promoteur de plans de législation ou de codes (NEUENSCHWANDER, p. 156).

⁵⁵ *Id.*, p. 148 ss.

⁵⁶ DENTAND, *Discours*, p. 14.

⁵⁷ NEUENSCHWANDER, p. 158.

conception de la justice. Et Dentand de conclure en préconisant la primauté absolue de la loi :

« Dans un Pays gouverné par des Loix, rien n'est juste que ce qui est conforme à la lettre de la Loi, rien n'est injuste que ce qui lui est, contraire. »⁵⁸

Dans son *Essai de jurisprudence criminelle*, publié en 1785⁵⁹, le Genevois développe les principes cardinaux du droit pénal qu'il appelle de ses vœux, parmi lesquels la légalité des peines, l'accessibilité et la clarté des lois⁶⁰. Il épouse les vues de Montesquieu concernant la place des juges dans un régime républicain, en affirmant que ceux-ci doivent être « tenus de conformer leurs opérations à la lettre de la loi écrite », sans pouvoir en « consulter l'esprit »⁶¹. En ce sens, l'idée que Dentand se fait d'un magistrat criminel correspond à celle de Beccaria, excluant toute prétention à l'interprétation des textes législatifs :

« L'unique sens que puisse avoir une loi, le seul auquel le Souverain doive être censé avoir souscrit, est celui qui se déduit rigoureusement de l'acception vulgaire des mots dont elle est formée. [...] Alors, si l'équivoque étoit à craindre, il faudroit faire parler le Législateur. »

L'auteur n'est pas loin, ici, de proposer un système correspondant au référé législatif, puisque seul le législateur est, dans son esprit, légitimé à clarifier ce qu'il a entendu dire dans un texte de loi. Toujours à propos de l'interprétation des lois, Dentand affirme qu'outre le problème de la confusion des rôles entre celui qui doit créer la norme et celui qui n'est chargé que de l'appliquer, l'arbitraire des décisions en serait la conséquence inéluctable :

« Mais que celui qui est chargé de l'exécution de la loi, sous prétexte qu'il a le droit de l'interpréter, s'arroge celui de prononcer que l'intention de son auteur a été d'aller au-delà de la valeur intrinsèque de son propre énoncé, & que sa volonté, sur un objet, est applicable à tout ce qui peut y avoir quelque rapport, ce qui la rend aussi mobile que l'inclination passagère du juge ; c'est vouloir évidemment se mettre à la place du Souverain, exposer les loix à devenir les instruments du caprice, & jeter une incertitude générale sur l'étendue de la dépendance, des privilèges & des devoirs du citoyen. »⁶²

On comprend de ce passage que Dentand ne conteste pas uniquement l'éventuelle prétention des juges à créer des normes nouvelles, comme cela pouvait être le cas dans les cours françaises, mais déjà celle de s'écarter du sens

⁵⁸ DENTAND, *Discours*, p. 15.

⁵⁹ Cf. à ce propos LESCAZE, p. 165 ss.

⁶⁰ *Id.*, p. 170 s.

⁶¹ DENTAND, *Essai*, p. 19.

⁶² *Id.*, p. 19 ss.

évident des règles données par le législateur. De manière générale, l'auteur propose des modèles d'articles de droit pénal spécial en excluant toute marge de manœuvre pour les magistrats, en décrivant minutieusement les circonstances particulières qu'il peut envisager dans la commission d'une infraction, ainsi qu'en fixant les sanctions devant être infligées. Tel est par exemple le cas s'agissant de certains crimes pour lesquels le juge ne peut que prononcer la peine capitale. Pour d'autres infractions, Dentand s'efforce de proportionner la sanction au mal causé par l'auteur, mais toujours en refusant de s'en remettre à l'appréciation des magistrats. Avec une grande originalité, il préconise notamment de prononcer, pour diverses infractions, un « emprisonnement indéfini, à la discrétion de la partie plaignante »⁶³. Cette proposition ne laisse pas de surprendre, puisque le risque d'arbitraire – que l'auteur prétend conjurer en privant le juge de toute individualisation de la sanction – cède la place aux sentiments vindicatifs du lésé. Dentand répond à cette objection, non sans une certaine candeur, en affirmant notamment compter sur le fait que le lésé ne souhaitera pas maintenir plus que de raison la détention de l'auteur, au risque de « s'attirer la réputation d'inhumanité »⁶⁴.

Dentand tente cependant d'élaborer un modèle de législation pénale réaliste, sans prétendre réduire tout à fait le juge à l'état de machine⁶⁵. Relativisant parfois sa prétention à tout régler par la loi, il reconnaît, non sans humilité, qu'il serait impossible de « fixer tous les détails juridiques, avec une précision également rigoureuse ». De manière quelque peu surprenante compte tenu des efforts déployés pour régler le droit pénal sans recourir à l'appréciation du juge, Dentand conclut, à propos de l'impossible complétude de la loi :

« C'est une raison de plus pour écarter l'arbitraire de tout ce qui en peut être exempt, & non comme de prétendus philosophes le desireroient, pour l'introduire partout, ou pour ne le vouloir nulle part. »⁶⁶

Julien Dentand, qui par ailleurs prend part aux travaux relatifs à la tentative de codification pénale à Genève, se fait durant la Révolution le promoteur infatigable des idées éclairées, dont l'encadrement du pouvoir judiciaire. On

⁶³ Cf. par exemple DENTAND, *Essai*, p. 124.

⁶⁴ *Id.*, p. 125 s. ; Dentand propose encore, comme alternative à une fixation de la sentence par le juge, de condamner la personne ayant menti devant la justice à un emprisonnement dans la maison de force « jusques à ce que la vérité ait été découverte » (*Id.*, p. 218 s.), ou de prononcer contre la personne ayant causé une infraction par négligence un même emprisonnement « jusques à ce qu'elle ait acquis, par son travail, une somme égale à la valeur des dommages & intérêts alloués contre l'auteur de ce délit » (*Id.*, p. 240 s.).

⁶⁵ Ainsi, dans sa proposition de loi contre le meurtre, il enjoint de prononcer la peine capitale notamment contre la personne ayant tué un tiers dans une rixe, sans avoir eu à craindre de sa part « un dommage illicite & considérable, pour son corps ou sa propriété pécuniaire ». Or, à cet égard, Dentand admet qu'il est nécessaire de laisser au juge « le droit de résoudre la question, si l'accusé a pu croire le dommage considérable, & si ce dommage est illicite » (*Id.*, p. 114 s.).

⁶⁶ *Id.*, p. 114 s.

retrouve cette idée dans plusieurs textes datant de cette époque. Dans un catalogue des lois ou des institutions qu'il juge indispensables pour Genève, publié en 1794⁶⁷, il réclame par exemple la rédaction d'une loi comprenant la définition des crimes et fixant « invariablement la peine qui doit leur être affectée, de manière que chaque Citoyen puisse connoître d'avance ceux de ses actes qui pourront être réputés criminels, & le châtiment auquel il sera exposé, s'il vient à se les permettre »⁶⁸. On retrouve ici la croyance, commune à plusieurs tenants d'un droit pénal éclairé – tels Beccaria ou Bentham⁶⁹ –, selon laquelle un individu purement rationnel procéderait, avant de commettre un forfait, à un calcul entre le bénéfice à tirer de l'infraction et le mal qui résulterait de la peine prévue.

Enfin, toujours fidèle à ses vues sur la nécessité de priver les magistrats de leur pouvoir d'interprétation des lois et d'appréciation dans l'issue des procédures, Dentand propose un code général pour Genève, paru en 1796. Il y prévoit un article destiné spécialement aux juges civils, dont l'arbitraire n'est pas jugé moins dangereux que celui de leurs homologues du domaine pénal :

« Les Juges Civils ne devront jamais, sous peine de parjure, s'écarter, le voulant ou le sachant, du sens littéral des Etats & des Règlements dans les contestations en matière civile dont ils seront légalement juges. »⁷⁰

Sans surprise, dans les affaires criminelles, Dentand reste fidèle aux principes développés dans son *Essai de jurisprudence criminelle*. Tandis qu'un jury se prononce sur les faits, le juge doit en principe se borner à distribuer les peines fixées par la loi. Dans la plupart des situations, la quotité de la peine résulte du texte légal ou d'un facteur sur lequel le juge ne peut influencer, ainsi avec l'enfermement du coupable à la discrétion de la partie plaignante⁷¹. Dans certains cas, Dentand propose néanmoins de s'en remettre à l'appréciation du magistrat, en particulier lorsque l'évaluation d'un dommage est en lien avec la sanction pénale. Par exemple, dans le cas de la violation de domicile, le juge doit fixer une indemnité pécuniaire en faveur du lésé et prononcer « l'incarcération dans la maison de force jusqu'à ce qu'on ait gagné par son travail la valeur de cette indemnité »⁷². Il paraît difficile d'imaginer comment cette sorte d'indemnité pour tort moral pourrait être définie sans laisser au juge la moindre

⁶⁷ Cf. LESCAZE, p. 178 s.

⁶⁸ DENTAND, *Catalogue*, p. 4.

⁶⁹ Cf. à ce propos PIREZ, p. 137 ss.

⁷⁰ DENTAND, *Projet*, p. 20, art. II.

⁷¹ *Id.*, p. 70, art. XL.

⁷² *Id.*, p. 74, art. XLVII.

latitude⁷³. Lorsqu'un préjudice est causé par négligence, mais que la loi ne prévoit – pour l'infraction concernée – aucun dédommagement, Dentand préconise même de condamner le coupable « à être incarcéré dans la maison de force, jusqu'à ce qu'il ait gagné par son travail une somme arbitraire à la discrétion du Juge »⁷⁴. On voit donc que le Genevois, tout en étant imprégné des conceptions de son temps tendant à faire du juge un automate appliquant mécaniquement les lois, reconnaît à celui-ci une légitimité pour apprécier certains éléments qui ne sauraient être tarifés dans un texte. Comme il l'expliquait déjà en 1785, la prétention à faire disparaître totalement l'arbitrage du magistrat ne saurait être que fâcheuse.

B. Les projets et réalisations révolutionnaires

De nombreux projets de textes légaux, de même que les constitutions genevoises de la période révolutionnaire, laissent apparaître une claire volonté de réformer les institutions judiciaires, surtout dans le domaine pénal, dans un sens assurant le respect de la légalité et encadrant l'activité des juges.

1. Les premiers travaux sur un code pénal genevois

Dans le registre d'un comité criminel désigné par l'Assemblée nationale genevoise en 1793 pour travailler sur la réforme du droit pénal⁷⁵, on trouve l'expression de la méfiance classique en cette fin de siècle à l'encontre des magistrats. Au sein du comité, on évoque le danger de confier le pouvoir judiciaire à un « tribunal permanent », car les juges – même élus par le peuple – « ont la même vocation, les mêmes habitudes, les mêmes vues, les mêmes principes », d'où résulterait une « monotonie qui serait souvent nuisible à l'innocence, dégénérerait en routine et ne donnerait point le véritable esprit du juge [...] ». Les magistrats ne doivent donc pas pouvoir intervenir dans le jugement, sans quoi « ils deviendraient plus redoutables à la longue que le pouvoir exécutif lui-même ». Pour éviter ce risque de voir un corps homogène s'écarter de ses devoirs et imposer sa volonté aux justiciables, le comité conclut à la nécessité d'instaurer le « tribunal momentané », soit le jury⁷⁶. Outre la volonté d'introduire un jugement par les pairs censé garantir l'égalité de tous devant la justice, l'idée de fixité des sanctions fait également son chemin. Ainsi, dans les différentes portions du projet de code pénal lues à l'Assemblée nationale genevoise pendant l'année 1793, les peines sont strictement définies

⁷³ Autre exemple, le magistrat est également appelé à déterminer le montant d'un dommage résultant d'une infraction commise par négligence. De cette évaluation doit ensuite dépendre la durée de l'enfermement destiné à réparer le préjudice (*Id.*, p. 75, art. XLIX).

⁷⁴ *Id.*, p. 76, art. L.

⁷⁵ Les travaux de ce comité révèlent, sur bien des points, l'influence de Dentand, qui pourtant n'en fait pas partie (LESCAZE, p. 174 s.).

⁷⁶ Registre 1793, p. 18-20.

pour chaque infraction, en jours, en mois ou en années de privation de liberté, lorsque la peine capitale ne doit pas purement et simplement être prononcée. Certaines sanctions dépendent de la gravité de l'infraction, sans pour autant nécessiter la moindre appréciation du juge, conformément à la méthode proposée par Dentand dans son *Essai de jurisprudence criminelle*. Par exemple, la personne ayant maltraité son conjoint par voies de fait ou menaces, doit être condamnée « à la peine de la reclusion, pendant autant de jours que le délit sera prouvé avoir été répété de fois, ou avoir duré de jours »⁷⁷.

2. Le « jury d'équité » comme palliatif à la rigidité du système pénal

Les travaux de codification pénale entrepris en 1793, dont nous venons de parler, n'aboutissent pas⁷⁸. La République de Genève travaille néanmoins infatigablement à la réforme de ses institutions et l'on trouve, dans son droit constitutionnel, la trace de cette volonté de mettre un terme à l'arbitraire judiciaire.

La Constitution genevoise du 5 février 1794 instaure en matière criminelle un grand jury - d'inspiration anglaise - chargé de se prononcer sur la mise en accusation du prévenu, ainsi qu'un jury de jugement devant - au terme des débats - statuer sur la culpabilité de l'intéressé⁷⁹. Le juge criminel se trouve donc privé de toute compétence à cet égard. Il doit simplement, en cas de culpabilité du prévenu, prononcer « la peine décernée par la Loi »⁸⁰. Cette loi, soit un code pénal, n'existe alors pas. Le constituant genevois ne commet en l'occurrence pas la même erreur que le voisin français quelques années auparavant, en plaçant le jury de jugement face au choix de la condamnation entraînant une peine - souvent sévère - gravée dans la loi, ou de l'acquittement. En effet, il introduit dans son système judiciaire un troisième jury, appelé « jury d'équité »⁸¹. Celui-ci, saisi par le condamné, peut confirmer la peine prononcée ou l'adoucir selon les « circonstances attentatoires du délit »⁸². L'appréciation dont on entend priver les magistrats doit donc échoir à un groupe de citoyens assemblés spécialement pour l'occasion⁸³. Pourtant, dans les procédures criminelles

⁷⁷ Projet 6 septembre 1793, art. II ; autre possibilité, celui qui effraie un tiers au point de lui causer un dommage à la santé doit se voir enfermé « jusqu'à ce qu'il soit constaté, par les attestations légales des gens de l'art, que la personne victime de son délit est parfaitement rétablie, ou pour un terme égal à la durée de sa maladie » (Projet 26 juin 1793, art. XIV).

⁷⁸ LESCAZE, p. 176.

⁷⁹ ROTH, p. 161.

⁸⁰ Constitution 1794, art. CXXXIV.

⁸¹ Cf. à son propos LESCAZE, p. 176 s.

⁸² Constitution 1794, art. CXXXV.

⁸³ Le recours à ce jury d'équité ne fut pas systématique et même plutôt rare, puisque durant les 18 mois qui suivirent sa mise en fonction, la Grande Cour de justice criminelle prononça 162 jugements. Seuls 29 jurys d'équité furent convoqués pour cette période (Comptes rendus 1795, p. 3).

sommaires⁸⁴, qui ne nécessitent pas l'intervention du jury de jugement, la constitution laisse à la cour le soin de statuer et la possibilité d'adoucir la sanction au même titre que le jury d'équité⁸⁵. On voit alors que l'intervention des jurys, comme par conséquent le refus de laisser aux juges une marge d'appréciation sur l'issue de la cause, sont considérés comme autant de garanties en faveur du prévenu. Ce dernier peut cependant y renoncer et se soumettre à l'arbitrage des magistrats. Il est vrai que la constitution prévoit une garantie amenuisant le risque d'arbitraire, en imposant la motivation de toute sentence civile ou criminelle⁸⁶.

La Constitution genevoise de 1794 prévoit donc la codification du droit pénal. Dès la fin de l'année suivante, un projet accompagné d'un message peut être présenté au Conseil législatif. Le texte ne sera jamais adopté, mais il est éclairant s'agissant de la vision du droit pénal qui animait ses rédacteurs⁸⁷. Dans le rapport signé par le médecin Louis Odier, l'ancien Procureur général Jean-François Butini et Julien Dentand⁸⁸, il est tout d'abord rappelé que le principal intérêt d'un code est de soumettre à la loi l'action judiciaire⁸⁹. Reprenant à leur compte la distinction opérée par Montesquieu, les rapporteurs précisent en outre que « tous les avantages qu'on peut se promettre d'un Code Pénal supposent qu'on suivra toujours la lettre, & non l'esprit de la Loi ». Autrement dit, la clarté et la sécurité offertes par un tel texte seraient perdues si les magistrats pouvaient en interpréter les normes. Une telle affirmation démontre la grande méfiance éprouvée à l'encontre du corps judiciaire. Toutefois, les rapporteurs ont conscience des difficultés extrêmes qui se présentent lorsque l'on prétend énumérer toutes les infractions, en décrire strictement les éléments constitutifs et enfin fixer des peines proportionnelles⁹⁰. Ils ont manifestement tiré quelques leçons de la mise en œuvre du code français de 1791 et ne nourrissent plus l'illusion d'une loi exhaustive n'ayant besoin que d'être lue pour être appliquée⁹¹. Ils le laissent entendre en opposant deux exemples insatisfaisants, soit le « Code pénal » anglais – « excessivement volumineux » puisqu'il comprend en réalité tous les précédents qui s'imposent au juge – et le texte français, comprenant « un grand nombre de lacunes importantes, auxquelles on seroit obligé de suppléer par des Tribunaux extrajudiciels &

⁸⁴ Cette procédure doit être mise en œuvre pour les infractions commises par des mineurs, ou lorsqu'un prévenu accusé d'un délit peu grave requiert d'être jugé sommairement (Constitution 1794, art. CXXV).

⁸⁵ *Id.*, art. CXXXVI.

⁸⁶ *Id.*, art. CXLVIII.

⁸⁷ Cf. à ce propos PORRET, p. 122 ss.

⁸⁸ Cf. ROTH, p. 157 s.

⁸⁹ « L'avantage d'un Code pénal est d'éviter l'arbitraire dans la punition des délits, de mettre des bornes à la pente naturelle qu'ont tous les Corps judiciaires à une sévérité exagérée & de déterminer avec précision ce qui est un délit & ce qui n'en est pas un. » (Projet 3 décembre 1793, p. 5).

⁹⁰ *Id.*, p. 5 ss.

⁹¹ Cf. aussi ROTH, p. 162.

toujours arbitraires »⁹². A propos du point le plus significatif relativement au pouvoir d'appréciation du juge, la fixation de la peine, les rapporteurs semblent également être revenus de la croyance dans l'infaillibilité de la loi qui avait animé le législateur français en 1791. Ils décrivent ainsi la situation peu heureuse – qu'ils placent en Angleterre, mais dont on peut penser qu'ils connaissent l'existence en France depuis quelques années – des jurés acquittant des prévenus coupables par crainte de voir la peine fixe être impitoyablement appliquée au coupable⁹³.

Après avoir décrit ces maladies de jeunesse de la codification pénale empreinte d'un strict légalisme, les rapporteurs genevois ne manquent pas d'en indiquer les remèdes. Premièrement, conformément à la constitution, l'institution du jury d'équité doit permettre de modérer les peines en tenant compte des circonstances atténuantes. A défaut, l'on craint que la « justice écrite sera presque toujours en contradiction avec la justice réelle, dont l'équité forme le complément »⁹⁴. Deuxièmement, les rapporteurs admettent qu'il est nécessaire, dans une certaine mesure, de permettre une individualisation de la peine, ou à tout le moins de s'écarter des sanctions prévues par le code pour tenir compte de la réalité des lieux de détention. Si une telle tâche peut certes être assurée par le jury d'équité, on admet également que les magistrats peuvent être autorisés à commuer certaines sanctions⁹⁵. Cette latitude concédée au juge reste pourtant marginale, puisque la loi indique précisément dans quelle mesure la commutation est possible⁹⁶. Pour le reste, les rédacteurs du projet excluent toujours l'intervention des magistrats dans l'individualisation des peines, lorsque celles-ci ne sont pas fixes. Le vol présente à cet égard un problème majeur, car il apparaît évident que la sanction ne peut être prévue sans tenir aucun compte de la nature et de l'importance des objets dérobés. Le projet prévoit donc que le voleur doit être condamné « à la réclusion pendant un nombre d'heures double du nombre de florins compris dans la valeur du vol, jusqu'à concurrence de trois ans », ainsi qu'à « une amende qui soit avec la totalité de son revenu dans la même proportion que la valeur du vol avec la totalité du revenu de la personne lésée »⁹⁷. Une grande imagination est de la sorte déployée pour proportionner la peine à l'infraction tout en refusant obstinément au juge une marge d'appréciation.

⁹² Projet 3 décembre 1793, p. 12.

⁹³ *Id.*, p. 15.

⁹⁴ *Id.*, p. 18.

⁹⁵ « Il faut nécessairement [...] laisser aux Juges une certaine latitude de commutation pour pouvoir proportionner les peines aux circonstances des coupables & éviter l'inégalité qui pèseroit sur eux, si la peine prononcée contre eux par la Loi étoit toujours la même. » (*Id.*, p. 17) ; cf. aussi les art. 25 à 31 du projet.

⁹⁶ Le texte dispose par exemple que la peine du « bannissement infamant » est « équivalente à la réclusion pour un terme trois fois moindre » (*Id.*, art. 30).

⁹⁷ *Id.*, art. 355.

3. La réforme constitutionnelle de 1796

Les efforts en matière de codification du droit restent sans fruit et l'absence de textes clairs et exhaustifs est vue, par les magistrats eux-mêmes, comme l'entrave principale à l'exercice d'une bonne justice. Dans un rapport présenté en octobre 1795 à l'Assemblée souveraine genevoise par les magistrats des différentes juridictions fondées sur la constitution de 1794, la Petite Cour de justice civile en fait notamment la remarque. Appelée à intervenir fréquemment pour « contenir la jeunesse licencieuse », en prononçant des sanctions contre des jeunes gens indisciplinés, elle indique en avoir éprouvé un grand embarras, principalement en raison du défaut de lois ou de règlements en la matière, en affirmant que « les peines arbitraires répugneront constamment à des Magistrats Républicains »⁹⁸.

Avec la Constitution genevoise - ou Acte constitutif - acceptée par les citoyens le 6 octobre 1796, une procédure criminelle très détaillée est au moins instaurée. Celle-ci se révèle d'une extraordinaire lourdeur, du moins pour les cas les plus graves, puisque pas moins de quatre jurys sont appelés à intervenir, ce qui réduit pratiquement à néant l'influence des juges sur la décision. Une procédure sommaire est certes prévue, comme avec la constitution de 1794. Réservée aux infractions les moins sérieuses⁹⁹, cette procédure permet à la cour de justice criminelle de déterminer librement la peine prononcée, à tout le moins jusqu'à ce qu'un code pénal vienne fixer les sanctions applicables¹⁰⁰. Cette latitude laissée aux magistrats contraste avec le corset procédural qui leur est imposé dans la « grande procédure ». Avec celle-ci, l'intervention du grand jury est tout d'abord nécessaire pour la mise en accusation. Ensuite, un jury de jugement se prononce sur les faits et sur la culpabilité du prévenu. Lorsque ce jury absout le prévenu, il doit encore décider si ce dernier a droit à une indemnité en raison de la détention subie et s'il doit être condamné à payer au lésé des dommages-intérêts¹⁰¹. Cas échéant, ces dommages-intérêts ne peuvent résulter d'une appréciation « arbitraire », mais doivent correspondre au dommage effectif du lésé. La cour doit certes estimer le préjudice, mais, si une partie le requiert, doit se baser sur le préavis de deux experts assermentés¹⁰². En outre, pour fixer les dommages-intérêts dus par le prévenu, de même que pour déterminer la sanction, les juges doivent être assistés de douze jurés

⁹⁸ Comptes rendus 1795, p. 15.

⁹⁹ Lorsque la procédure sommaire est suivie, la peine prononcée ne peut excéder « celle d'un mois de prison civile en chambre close au pain & à l'eau, ou celle de trois mois de prison domestique, indépendamment des censures & de la condamnation à demander pardon à la partie lésée, ainsi que des condamnations pécuniaires » dues à la partie lésée ou au fisc (Constitution 1796, art. 991).

¹⁰⁰ *Id.*, art. 273.

¹⁰¹ *Id.*, art. 961 ; le cas échéant, l'indemnité due au prévenu n'est aucunement laissée à la discrétion de la cour, mais doit équivaloir à sept florins par jour de détention (*Id.*, art. 962).

¹⁰² *Id.*, art. 965.

assesseurs¹⁰³. Il est vrai que ces jurés assesseurs, tirés au sort parmi les citoyens, s'apparentent à des échevins, puisque leur rôle est – après avoir assisté à l'intégralité de la phase publique de la procédure – de se prononcer sur des éléments de droit et non de fait. Ils constituent néanmoins le troisième groupe de citoyens intervenant dans la cause. Enfin, comme sous la constitution de 1794, le condamné peut encore recourir à un jury d'équité pour demander une modération ou une commutation de sa peine¹⁰⁴.

Conclusion

L'extrême méfiance exprimée à l'encontre des juges dans certains textes mentionnés ainsi que les projets ou réalisations qui en découlèrent sonnent aujourd'hui comme l'expression d'une idéalisation de la loi et d'une conception réductrice du pouvoir judiciaire. Le culte de la loi était fort répandu à la fin du XVIII^e siècle et il n'était pas évident qu'une codification – quelle que fût sa qualité – serait toujours impropre à fournir au juge une solution claire pour tous les cas de figure pouvant se présenter à lui. L'*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, promulgué en 1794, pouvait par exemple laisser espérer qu'un législateur éclairé serait à même d'englober intégralement les problématiques envisageables dans une société réglée par le droit. Quant à la représentation du juge, celle-ci était largement le produit de la dénonciation incessante, par certains tenants des Lumières – à commencer par un Voltaire –, d'une justice arcboutée sur sa tradition et génératrice des pires injustices. On ne doit donc pas s'étonner de trouver sous la plume de Dentand l'affirmation selon laquelle seule la loi devrait produire de la justice tandis qu'aucune injustice ne pourrait résulter de sa stricte application. Or, dans cet idéal positiviste, certes naïf, la place du juge ne pouvait être que secondaire. Ce juge nouveau, fraîchement séparé du pouvoir exécutif ou privé de son poids politique, devait être empêché de jamais recouvrer la puissance exorbitante qui avait jadis été la sienne. L'autoriser à chercher l'esprit de la loi aurait déjà permis au magistrat de sortir de sa fonction. De là l'idée, par exemple, d'en référer au législateur en cas de doute sur le sens ou la portée d'une règle de droit.

La volonté de restreindre les prérogatives des magistrats judiciaires était d'autant plus forte que – nous l'avons vu – on distinguait souvent mal le concept d'interprétation de la loi de la pure création de normes à laquelle pouvaient notamment se livrer les parlements français d'Ancien Régime. L'idée de priver le juge de ses pouvoirs législatifs pouvait donc facilement se muer en proscription totale de s'écarter du sens littéral du texte de loi. A cet égard, le Code pénal français de 1791 a sans doute de manière inédite révélé les limites

¹⁰³ *Id.*, art. 276 et 972.

¹⁰⁴ *Id.*, art. 1016 et 1031.

du rêve d'un juge esclave de la loi, appliquant celle-ci à la manière d'une machine. En voulant lutter contre l'excessive sévérité de la justice d'Ancien Régime, n'avait-on pas versé dans une rigueur tout aussi brutale, qui voyait la loi frapper indistinctement toute personne convaincue d'avoir réalisé les éléments constitutifs d'une infraction ? En souhaitant assurer une bonne justice n'avait-on pas réussi à multiplier les décisions scandaleuses parce que les jurés craignaient d'appliquer la loi ? La même remarque peut être formulée à propos des règles fixées dans la Constitution genevoise de 1796, instaurant quatre jurys appelés à se prononcer successivement sur une affaire criminelle. Quelle efficacité, quelle célérité pouvait-on réellement espérer d'un appareil si lourd ? Dès le début du XIX^e siècle, il devient évident qu'une bonne loi peut être avantageusement interprétée par des juges, lesquels ne peuvent être éliminés de l'équation judiciaire et doivent parfois exercer leur pouvoir d'appréciation.

Bibliographie

ALKALAY, MICHAEL, *Das materielle Strafrecht der Französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik*, thèse, Zurich 1984.

ALVAZZI DEL FRATE, PAOLO, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turin 2005.

BERGER, EMMANUEL, *La justice pénale sous la Révolution : Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes 2008.

CABANIS, ANDRE, *Le juge selon Montesquieu*, in *Mélanges en hommage à André Cabanis*, Toulouse 2015, 445-460.

CARBASSE, JEAN-MARIE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 5^e éd., Paris 2014.

CERUTTI, DAVIDE, *Le Code pénal français de 1810 : du juge automate au juge arbitre ? Aperçu historique et philosophique du rôle du juge en France et en Suisse*, in JEANCLOS, YVES (édit.), *La dimension historique de la peine 1810-2010*, Paris 2013, 261-276.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE, *Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code*, in DUNAND, JEAN-PHILIPPE / WINIGER, BENEDICT (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, 3-43.

FAJON, YAN-ERICK, *Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française (1748-1791)*, thèse, 2019, <https://tel.archives-ouvertes.fr/> (consulté le 27.06.2022).

GAU-CABEE, CAROLINE, *Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines*, in MASCALA, CORINNE (édit.), *A propos de la sanction*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse 2007, 39-61.

HALPÉRIN, JEAN-LOUIS, *Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire*, in JACOB, ROBERT (édit.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris 1996, 233-256.

HANISCH, TILL, *Justice et puissance de juger chez Montesquieu : Une étude contextualiste*, Paris 2015.

HUFTEAU, YVES-LOUIS, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris 1965.

LASCOUMES, PIERRE / PONCELA, PIERETTE / LENOËL, PIERRE, *Au nom de l'ordre : Une histoire politique du code pénal*, Paris 1989.

LESCAZE, BERNARD, *Crime et lumières, l'œuvre du pénaliste*, in NEUENSCHWANDER, MARC / LESCAZE, BERNARD / MÜTZENBERG, GABRIEL, *Un Genevois méconnu : Julien Dentand (1736-1817)*, Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, 1977, 163-185.

MANAI, DOMINIQUE, *Eugen Huber : Jurisconsulte charismatique* Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990.

MIERSCH, MATTHIAS, *Der sogenannte referé legislatif*, Baden-Baden 2000.

NEUENSCHWANDER, MARC, *Carrière et convictions*, in NEUENSCHWANDER, M / LESCAZE, BERNARD / MÜTZENBERG, GABRIEL, *Un Genevois méconnu : Julien Dentand (1736-1817)*, Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, 1977, 137-161.

PIRES, ALVARO P., *L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, in DEBLUYST CHRISTIAN / DIGNEFFE, FRANÇOISE / PIRES, ALVARO P., *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles 1998, 83-143.

PORRET, MICHEL, *Au lendemain de l'« affaire Rousseau ». La « justice pervertie ou les représentations de la justice patricienne chez quelques publicistes de Genève 1770-1793*, in BINZ, LOUIS ET AL., *Regards sur la Révolution genevoise 1792-1798*, Genève 1992, 119-150.

ROTH, ROBERT, *Réforme du droit pénal à Genève durant l'époque révolutionnaire*, in BINZ, LOUIS ET AL., *Regards sur la Révolution genevoise 1792-1798*, Genève 1992, 151-167.

Sources

Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803), Berne 1886- (cité : ASHR).

Archives parlementaires de 1787 à 1860 : Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série (1787 à 1799), Paris 1879-.

BECCARIA, CESARE, *Des délits et des peines* [1764], traduit par Alessandro Fontana et Xavier Tabet, Paris 2015.

Code pénal français (loi des 25 septembre-6 octobre 1791), in LASCOUMES, PIERRE / PONCELA, PIERETTE / LENOËL, PIERRE, *Au nom de l'ordre : Une histoire politique du code pénal*, Paris 1989, 357-370 (cité : CPF 1791).

Comptes rendus à l'Assemblée souveraine par les Cours de justice de la République de Genève, le dimanche 4 octobre 1795, l'an 4 de l'Egalité genevoise, cf. RIVOIRE, EMILE, *Bibliographie historique de Genève au XVIII^e siècle*, Genève 1897, no 5431 (cité : Comptes rendus 1795).

Constitution genevoise du 5 février 1794, in SCHWEIZER, RAINER J / ZELGER, ULRICH, *Documents constitutionnels de la Suisse de la fin du 18^{ème} siècle jusqu'à la deuxième moitié du 19^{ème} siècle*, Partie V : Genève, Berlin/Munich/Boston 2017, 211-230 (cité : Constitution 1794).

Constitution genevoise du 6 octobre 1796, in SCHWEIZER, RAINER J / ZELGER, ULRICH, *Documents constitutionnels de la Suisse de la fin du 18^{ème} siècle jusqu'à la deuxième moitié du 19^{ème} siècle*, Partie V : Genève, Berlin/Munich/Boston 2017, 231-326 (cité : Constitution 1796).

DENTAND, JULIEN, *Les neuf discours : Prononcés en différentes fois au Magnifique Conseil des Deux-Cent par monsieur Julien Dentand, ancien auditeur de la justice de Genève, relativement à l'exécution de l'article 42 de l'édit du 8 mai 1738*, Genève 1776 (cité : DENTAND, *Discours*).

DENTAND, JULIEN, *Essai de jurisprudence criminelle, tome premier*, Lausanne 1785 (cité : DENTAND, *Essai*).

DENTAND, JULIEN, *Catalogue des trente Loix ou Institutions, que le Citoyen Julien Dentand regarde comme indispensables pour faire jouir la République de Genève d'une paix solide, d'une prospérité constante & d'une véritable liberté*, Genève 1794, cf. RIVOIRE, EMILE, *Bibliographie historique de Genève au XVIII^e siècle*, Genève 1897, no 4953 (cité : DENTAND, *Catalogue*).

DENTAND, JULIEN, *Projet d'un code genevois*, Genève 1796, cf. RIVOIRE, EMILE, *Bibliographie historique de Genève au XVIII^e siècle*, Genève 1897, no 5548 (cité : DENTAND, *Projet*).

Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement (le 21 janvier 1801), in FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome premier*, Paris 1836, 463-523 (cité : Discours 1801).

Projet de code pénal, précédé d'un rapport, lu au Conseil législatif le 3 décembre 1795, par le comité rédacteur des loix permanentes, cf. RIVOIRE, EMILE, *Bibliographie historique de Genève au XVIII^e siècle*, Genève 1897, no 5471 (cité : Projet 3 décembre 1793).

Projet de loi, lu à l'Assemblée nationale, au nom du comité de législation criminelle, le 26 juin 1793 : code pénal : titre des délits privés : section première,

cf. RIVOIRE, EMILE, *Bibliographie historique de Genève au XVIII^e siècle*, Genève: 1897, no 3981 (cité : *Projet 26 juin 1793*).

Projet de loi, lu à l'Assemblée nationale, au nom du comité de législation criminelle, le 6 septembre 1793, cf. RIVOIRE, EMILE, *Bibliographie historique de Genève au XVIII^e siècle*, Genève 1897, no 4089 (cité : *Projet 6 septembre 1793*).

Registre du comité criminel (5 avril-23 août 1793), Archives d'Etat de Genève Justice A 5 (cité : *Registre 1793*).

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, Londres 1782.

SERVAN, JOSEPH MICHEL ANTOINE, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève 1767.

THOURET, JACQUES-GUILLAUME, *Analyse des idées principales sur la reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, & sur les bases de la Constitution*, Paris 1789.