

Le rhéteur et l'assassin. Remarques sur l'origine et l'usage des circonstances dans l'ancien droit pénal

Pascal Texier

▶ **To cite this version:**

Pascal Texier. Le rhéteur et l'assassin. Remarques sur l'origine et l'usage des circonstances dans l'ancien droit pénal. dir. J.-P. MARGUENAUD, M. MASSE et N. POULET-GIBOLECLERC,. Apprendre à douter ,Questions de droit, questions sur le droit Études offertes à Claude Lombois, p. 549-561, 2004. hal-01884184

HAL Id: hal-01884184
https://unilim.hal.science/hal-01884184

Submitted on 30 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le rhéteur et l'assassin

Remarques sur l'origine et l'usage des circonstances dans l'ancien droit pénal*

Voulant rompre avec l'arbitraire pénal de l'Ancien Régime et les rigidités du Code de 1791, le Code de 1810 introduit l'analyse des circonstances dans l'arsenal pénal français. Il ne faut pas cependant y voir une véritable innovation, puisque le Digeste évoquait déjà la nécessite d'établi la gravité des crimes à la lumière des sept « circonstances » que les anciens rhéteurs avaient identifiées. Le présent article s'efforce de repérer les divers usages que les juristes firent de cet enseignement de la rhétorique antique. Utilisées, en premier lieu, pour qualifier les crimes d'odieux ou de commis avec trahison, mais aussi pour aider le prêtre dans son travail de confession, les circonstances furent progressivement mises au service de la détermination de la sanction.

Au moment où le droit pénal français se sépare des circonstances atténuantes, il est sans doute utile de jeter un regard rétrospectif sur cette institution. Comme on le sait, elle permet au juge d'abaisser, suivant sa propre appréciation, le taux de la peine légalement encourue afin d'aménager le traitement pénal au mieux de l'intérêt du prévenu. Historiquement, cette pratique peut apparaître comme une conséquence de la rigidité du système mis en place par le code de 1791[1]. Les constituants avaient souhaité rompre avec l'arbitraire pénal de l'Ancien Régime et, pour cela, avaient opté pour des peines fixes, dans la droite ligne de principe de légalité des peines affirmé avec solennité par la *Déclaration des Droits de l'Homme* d'août 1789[2]. La rigidité du mécanisme était à peine écornée par la minoration de la sanction à raison de l'âge[3] et

* Ces quelques notes sont dédiées au recteur Claude Lombois qui compte parmi ceux qui me firent découvrir que le droit était bien autre chose qu'une simple technique. Une première version de ce texte a été publiée dans : « *Apprendre à douter », Études offertes à Claude Lombois*, dir. J.-P. MARGUENAUD, M. MASSE et N. POULET-GIBOLECLERC, Limoges, 2004, p. 549-561.

[1] Sur le Code de 1791, se reporter à Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, 1989.

[2] Art. 8.

[3] Le code de 1791 met en œuvre plusieurs types de circonstances tenant aux personnes (Titre V : « De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines ») ou aux conditions de réalisation de l'infraction (Titre II, sect. II, art. 4 : « La durée de la peine pour les

son augmentation fondée sur l'existence de circonstances aggravantes. Mais toutes ces hypothèses sont décrites avec tant de soin qu'on peut parler ici d'une véritable légalité des circonstances[4]. Les imperfections du procédé se révélèrent bien vite et les rédacteurs du code de 1810 redonnèrent au juge un espace de liberté qui n'en faisait plus tout à fait un « esclave de la loi ». Limitée à l'origine aux seuls délits, la mesure fut étendue aux crimes[5] avant que la récente réforme du Code pénal ne la fasse disparaître[6].

S'il appartient au Code pénal de 1810 de faire entrer, de manière systématique, dans notre droit positif la notion de circonstances atténuantes, l'analyse attentive des faits est une préoccupation beaucoup plus ancienne. Le Digeste affirme déjà que pour apprécier la gravité d'un crime, il convient d'analyser les comportements délictueux sous sept rapports différents : la cause, la personne, le lieu, le temps, la qualité, la quantité, et l'événement[7]. Cette démarche n'a pas été inventée par les juristes, ils ne font ici qu'appliquer l'enseignement des rhéteurs antiques[8] qui avaient mis au point des techniques narratives propres à emporter la conviction des auditeurs[9]. Le fait que les

---

crimes mentionnés aux 3 articles précédents sera augmentée de 4 années par chacune des circonstances suivantes qui s'y trouvera réunie… »). Comme on le voit, le code de 1791 instaure une véritable arithmétique circonstancielle.

[4] Voir en particulier, *ibid.*, titre II, sect. II, « Crimes et délits contre les propriétés ».

[5] L'histoire des circonstances atténuantes sera abordée dans un autre article : « Les circonstances atténuantes, chronique d'une mort annoncée », à paraître.

[6] En réalité le débat sur l'utilité des circonstances atténuantes est ancien : dès 1665, les Grands Jours d'Auvergne interdisent aux juges locaux de modifier les peines prévues par la loi ; mais c'est surtout au milieu du XIX[e] siècle que le débat est nourri tant par la doctrine que par le droit positif : bon nombre de législations étrangères en limitent sérieusement l'exercice (Allemagne, 1870 ; Italie, 1930 ; Danemark, 1933 ; Suisse, 1938...).

Par ailleurs, le débat sur les circonstances est souvent lié à la suppression des minima de peine, selon un schéma dont le Code pénal des Pays-Bas de 1881 paraît fournir le premier exemple. Voir W.-J. WINTGENS, *Code pénal des Pays-Bas (3 mars 1881)*, Paris, 1883, p. XI.

[7] *D*, 49, 19, 16, 1 :

> *Sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis : causa, personna, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu*.

[8] Pour mieux mesurer l'influence de la rhétorique antique dans l'histoire européenne on peut se reporter à Marc FUMAROLI, « Histoire de la rhétorique et destin de l'Europe », extrait de la leçon inaugurale au Collège de France, *Commentaire*, n° 39, 1989, publié à nouveau dans Yves HERSANT et Fabienne DURAND-BOGAERT, *Europes*, Paris, 2000, p. 902-908. Sur l'influence de la rhétorique sur le droit, voir les contributions rassemblées dans Victoria KAHN et Lorna HUTSON, *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*, New Haven, 2001.

[9] Selon la tradition, c'est au début du V[ème] siècle avant J.-C. que naît la rhétorique dans des circonstances qui doivent beaucoup au droit : peu après la chute des tyrans siciliens de Syracuse et d'Agrigente, des propriétés foncières font l'objet de contestations, soumises à des jurys populaires. Certains plaideurs se montrent tellement convaincants que Corax et Tisias décidèrent de consigner les procédés qu'ils avaient utilisés, afin de les enseigner à d'autres.

pénalistes soient allés chercher une procédure hors du champ juridique ne saurait surprendre. En effet le droit pénal n'a jamais fait l'objet d'enseignement spécifique dans les anciennes facultés de Droit ; il fallait donc que les praticiens s'abreuvent à d'autres sources. L'enseignement humaniste leur fournissait en abondance les procédures et les exemples dont il pouvait faire usage dans leur activité professionnelle. En outre, ce lieu commun rhétorique qualifié de « circonstance » rejoint la conception réaliste qui depuis Aristote domine notre droit[10]. Mais surtout, pour le juriste praticien, l'examen des circonstances offre, en phase d'instruction, une excellente *technique de qualification des crimes*, cependant qu'en phase de jugement, elle permet aussi d'en apprécier la gravité ; c'est pourquoi les juges s'emparèrent des circonstances rhétoriques pour en faire une *technique d'évaluation des crimes.*

Une technique de qualification des crimes

L'ancien droit pénal semble accorder peu d'attention à l'*animus nocandi,* mais en réalité, il cherche surtout à rendre l'intention objectivement analysable[11] et c'est pourquoi il accorde tant de place à l'analyse des circonstances entourant la commission du délit : c'est d'elles, le plus souvent, que dépendra la qualification juridique précise de l'acte incriminé. La présence de telles personnes ou de tels objets, le lieu où le temps de l'agression constitue autant d'indices permettant non seulement de découvrir l'auteur du méfait[12], mais aussi de qualifier l'homicide d'odieux ou de commis avec trahison ce qui permet de le distinguer de l'homicide simple[13]. On comprend dès lors quels terribles enjeux représente la connaissance précise des faits. Bien que nécessaire à la manifestation de la vérité, cette opération n'est pas neutre : de sa précision et de son éventuelle orientation, dépendra le sort de l'instance. Le juriste est ici confronté au classique problème de la narration, mais d'une narration technique qui doit obéir à des règles précises pour parvenir au résultat espéré.

---

[10] Antoine LECA, *La genèse du droit,* Aix-en-Provence, 2002, p. 39.

[11] Cette approche, qui met l'accent plus sur le résultat et l'approche objective des faits que sur leur dimension psychologique, est déjà présente chez Abélard, Ethique, 71 : *non enim homines de occultis, sed de manifestis iudicant.*

[12] C'est ce souci qui avait permis à Daniel de démasquer les accusateurs de la chaste Suzanne. *Dn*. 13 : Daniel demanda aux vieillards sous quel arbre ils avaient surpris les amants : l'un répondit « sub prino » et l'autre « sub cino ». L'anecdote est souvent rapportée en droit savant pour fonder en autorité l'examen des témoins : « examinatio testium non per lèges, serper Danielum introducta est », PLACENTIN, *Summa codicis*, réimpr., Turin, 1962, p. 152. Sur l'usage des circonstances dans l'interrogation des témoins, en droit médiéval se reporter à Y. MAUSEN, *Ueritatis Adjutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII*ème*-XIV*ème *siècles)*, thèse droit, Paris II, 2002, dactyl., p. 285-299.

[13] Philippe de BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvaisis*, § 827 : « Nul meurtre n'est sans trahison ».

L'apport de la rhétorique a été, sur ce point, déterminant. En effet, dès l'Antiquité, les rhéteurs avaient été confrontés à un problème proche de celui qui nous intéresse : comment exposer une affaire d'une manière telle qu'elle puisse emporter la conviction du juge ? Pour cela, il faut disposer d'une description si détaillée qu'elle ne laisse rien dans l'ombre, par où le doute pourrait s'insinuer.
C'est Hermagoras[14], le premier, qui divise l'objet de la rhétorique en deux parties[15] : la thèse et l'hypothèse ; si la première s'occupe de problèmes généraux, la seconde traite de questions concrètes ; selon cet auteur, pour résoudre chacun de ces points, il suffit de répondre à une série de sept interrogations ou « circonstances » que saint Augustin résumera ultérieurement de la manière suivante :

quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis.

Cicéron[16], pour sa part, avait présenté un schéma quelque peu différent, mais qui permet, lui aussi, d'aboutir à des descriptions détaillées ; il divise les circonstances en deux groupes, le premier étant consacré aux attributs de la personne et le second à ceux des actions[17] ; ces deux catégories se subdivisent à leur tour selon le schéma présenté tableau 1.

En réalité, le Moyen Âge a surtout connu l'œuvre de Cicéron à travers le commentaire de Victorinus[18] ; dans cet ouvrage, l'auteur simplifie et fusionne le schéma cicéronien et les questions d'Hermagoras ; par la suite, d'autres écrivains comme Boèce[19] retouchent la liste des circonstances pour en faire un hexamètre :

quis, quid, cur, quomodo, ubi, quando, quibus auxiliis.

---

[14] *De rhetorica,* C. HALM éd., *Rhetores latini minores,* Lipsiae, 1863, p. 141. Hermagoras de Temnos est un rhéteur grec de la fin du premier siècle avant J.-C. qui a enseigné son art à Rome et rédigé un traité de rhétorique en sept livres.

[15] Sur l'origine classique des circonstances, cf. D. W. ROBERTSON Jr., « A Note on the Classical Origin of "Circumstances" in the Medieval Confessional », *Studies in Philology*, 1946, nº 43, p. 6-14.

[16] Il existe d'autres formulations antiques des circonstances ; voir en particulier, *D*. 48, 19, 16,1, cité ci-dessus note n° 7, repris dans le Décret de Gratien, Decretum Grat., D. 4, de poen., c. 19.

[17] *De Inventione rhetorica*, I, 34 : *Omnes res argumentando confirmatur, aut ex eo, quod personis, aut ex eo, quod negotis est attributum*.
Les circonstances sont également mentionnées dans d'autres œuvres de Cicéron ; voir, par exemple, Partitiones oratoriae, 32 ; De Inventione, I, 29-30. On trouve un autre exposé des circonstances dans l'institution oratoire *de QUINTILIEN*, 5, 10, 20 et suiv.

[18] VICTORINUS, Q. Fabii Laurentii Victorini explanationum in rhetoricam M. Tulli Ciceronis libri duo, C. HALM éd., *Rhetores latini minores*, *ouvr.* cité, p. 206-207.

[19] BOETHIUS, *De differentiis topicis*, *P.L.*, t. 64, col. 1223.

Le caractère mnémotechnique[20] de cette phrase est évident et explique sans doute son extraordinaire postérité.

Tableau 1 : Les circonstances selon Cicéron, *De inventione*, I, 34-38

Attributs de la personne	*Nomen* *Naturam* *Victum* *Fortunam* *habitum* *affectionem* *studia* *consilia* *facta* *casus* *rationes*	
Attributs de l'action	Conduite de l'action	
	Circonstances	*Locus* *Tempus* *Modus* *Occasio* *Facultas*
	Conséquences	

Il n'est donc pas étonnant de le retrouver dans un nombre considérable d'œuvres médiévales, qu'il s'agisse de traités de théologie[21], de manuels de confesseurs[22], de

[20] L'usage des vers mnémotechniques est fréquent au Moyen Âge ; par exemple les circonstances susceptibles de donner lieu à des contradictions sont formulées de la manière suivante : *res, personna, gradus, locus, haec sint consona, tempus.* BERNARD DE PAVIE, *Summa Decretalium,* éd. LASPEYRES, Regesnburg, 1860, réimpr., Graz, 1956, p. 47. Voir aussi Y. MAUSEN, *ouvr. cité*, p. 603 et note 178.

[21] Th. d'AQUIN, *Summa...*, I[a] II[ae], *q.* 7, *a.* 1 et 3. Les facultés de Droit ne dispensant pas d'enseignement de droit pénal, c'est bien souvent la théologie morale qui nourrit la réflexion des pénalistes : A. LAINGUI, « L'Homme criminel dans l'ancien droit », *revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1983, p. 15-34 et du même *Le « De poenis temperandis » de Tiraqueau (1599)*, Paris, 1986, p.11.

sermons[23] ou d'ouvrages traitant de droit canonique[24]. L'un des exemples parmi les plus complets et sans doute les plus achevés de l'influence conjointe de Cicéron et de Victorinus se trouve dans la *Summa confessorum* rédigée par Thomas de Chobam[25]. Selon l'éditeur de ce texte, le révérend F. Broomfield, le texte de Chobam refléterait l'enseignement dispensé dans les facultés des arts[26] ; cette remarque est d'un intérêt considérable, car elle signifie que toute personne engagée dans le cursus universitaire, dont la faculté des arts constitue le premier degré, a donc été amenée à prendre connaissance, sous une forme ou sous une autre, de la théorie des circonstances. Quant aux juristes ils ne manquent pas d'apprendre, eux aussi, l'utilité des circonstances opportunément rappelée par un fragment du Digeste[27]. Plus largement, c'est donc l'ensemble des personnels des administrations laïques ou religieuses qui disposent de cet outil intellectuel.

Les applications pratiques furent très nombreuses[28], cela d'autant que le canon 21 du quatrième concile de Latran fait également référence à la notion de circonstances

---

[22] R. de SORBON, *De confessione,* XXV, cité par D. W. ROBERTSON Jr., « A Note on the Classical Origin of "Cicumstances" », *art. cité*, p. 7 ; voir également P. MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XII*ème*-XVI*ème *siècles*), p. 90, note 4, qui signale l'existence « de petits opuscules spéciaux [qui] présentent les questions à poser sur les circonstances des péchés » ; par leur format réduit, ils ont sans doute largement contribué à répandre l'usage de la formule.

[23] N. BERIOU, *Sermons aux clercs et sermons aux simples gens*, thèse de troisième cycle, Paris IV, 1980*,* multigr., sermon nº 7, p. 103.

[24] On trouvera les textes romains du Digeste et du Code dans le *Tractatus de penitencia,* au *Decret*, 3, 1 ; voir également GUILLAUME DURAND, *Repertorium aureum*, cité par P. MICHAUD-QUANTIN, « Textes pénitentiels languedociens », *Cahiers de Fanjeaux*, nº 6, p. 147-162, ici, p. 157-158.

[25] F. BROOMFIELD, *Thomae de Chobam Summa confessorum*, Louvain-Paris, 1968, q. II[a], *De circumstantiis in secularibus libris*, p. 48-61 de l'édition.

[26] *Ibid.*, p. LXVIII.

[27] *D*. 48, 19, 16.

[28] La décrétale *Quum causam* (Cpl. III 2 12. 10. ; X 2. 20. 37) invite à examiner les témoins *de causis vidilicet, personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine*. Cette énumération traduit, sans doute, un effort d'adaptation des circonstances rhétoriques à la situation particulière des témoignages. À propos de ce texte, Yves MAUSEN, *Ueritatis Adjutor*, *ouvr. cité,* p. 286 constate qu'Innocent II ne fait ici que recueillir des pratiques judiciaires bien établies, mais il lui reconnaît le mérite « d'avoir rendu les auteurs savants attentifs au contenu précis de l'examen ».

Même s'ils ne font pas explicitement référence à la lettre de la décrétale de nombreux registres d'enquête, le S*tyle des commissaires* (p. 257, art. 85) ou le *Coutumier d'Artois* (éd. TARDIF, Paris, 1883, p. 120, t. 51, § 6) insistent sur la nécessité d'interroger les témoins sur les « circonstances ».

lorsqu'il recommande aux confesseurs de s'intéresser aux *peccatoris circumstanciis*[29]. Bien que les termes du problème soient différents[30], les confesseurs du XIII^e^ siècle redécouvrent avec délices les arcanes de la rhétorique, car celle-ci leur fournit une grille permettant de décrire des faits ou des actions, avec une grande économie de moyens. Dès lors, les sept circonstances vont servir de fondement à de véritables enquêtes sur les tentations, mais au-delà de cet aspect purement opératif, un large mouvement de réflexion s'engage sur tout ce qui peut aggraver ou minorer la faute ; les effets de cette entreprise se font sentir au-delà du seul for interne et contribuent à façonner la pratique du for externe ; c'est sans doute ce qui explique qu'on en trouve des traces jusque dans le domaine juridique[31].

Les aveux des criminels jugés au Parlement de Paris[32] montrent que les interrogatoires étaient conduits selon un processus régulièrement suivi depuis 1332 au moins[33] ; les juges demandent aux prévenus ce qu'ils savent du crime : où, quand, comment, quelles étaient les personnes présentes, ce qu'elles faisaient et pourquoi ? On trouverait également une influence de la théorie des circonstances dans d'autres domaines, comme dans les « Styles » rédigés à l'usage des praticiens[34]. Cependant, toutes ses sources sont peu ou prou enserrées dans des règles procédurales qui finissent par déboucher sur des stéréotypes. Pour retrouver une certaine liberté narrative, c'est vers d'autres types de documents qu'il convient de se tourner.
À cet égard les lettres de rémission fournissent de bons exemples de ce que l'on pourrait appeler des narrations juridiques fluides. Il s'agit d'actes de grâce en matière

[29] Certains conciles provinciaux, tenus pour mettre en œuvre les décisions de 1215, reprennent mot pour mot le célèbre hexamètre ; c'est par exemple de cas du concile provincial de Trêves (a. 1227), MANSI, *Concilia*, *ouvr. cité*, t. XXIII, c. 29.

[30] Pour le rhéteur il s'agit de convaincre alors que pour le confesseur il faut comprendre.

[31] En l'absence de formation au droit pénal, c'est bien souvent dans les traités de théologie morale que les pénalistes vont puiser leurs informations : voir les observations de A. LAINGUI, *Le « De poenis…*, *ouvr. cité, p.* 11, qui relève les nombreux emprunts faits par Tiraqueau à Thomas d'Aquin.

[32] Certains de ces aveux, transcrits sur les quatre derniers cahiers de $X^{2A}4$, ont été publiés par M. LANGLOIS et Y. LANHERS, *Confessions et jugements de criminels au Parlement de Paris (1319-1350)*, Paris, 1971.

[33] Voir, par exemple, les aveux de Pierre le Vicomte, $X^{2A}4$, fol. 182-185 (1332, 27 mars - 3 juin), p. 51-58 de l'édition citée ci-dessus.

[34] Voir, par exemple, le *Style des commissaires du Parlement*, publié par P. GUILHIERMOZ, *Enquêtes et procès*, *ouvr. cité*, p. 235-264, ici p. 257-258, où le texte précise les circonstances que les commissaires doivent relever.

pénale[35] qui renferment, entre deux séries de clauses caractéristiques, un texte rédigé à partir des dires du requérant. Il y expose avec force détails comment il a été conduit à transgresser la norme et surtout pourquoi il convient que le prince se montre « piteable ». Dans la mesure où ces requêtes constituent des textes performatifs, elles doivent contenir tous les éléments propres à déterminer une certaine décision — ici l'octroi d'une grâce pénale au requérant —. Elles mettent en œuvre des stratégies de déculpabilisation[36] qui utilisent, à rebours, les circonstances pour démontrer le caractère non volontaire ou fortuit de la transgression.

Grâce à un tel outil le juriste pouvait, non seulement aider le *reus* dans l'élaboration de son aveu, mais il pouvait en outre déterminer avec précision la gravité de la faute ; en effet, les circonstances se révèlent également pertinentes en phase de jugement pour permettre au magistrat de décliner le quantum de la peine.

Une technique d'appréciation des crimes

Le souci de définition et de précision est peu présent dans l'ancien droit qui est avant tout dominé par la pratique[37], c'est pourquoi on chercherait en vain, dans les ouvrages de droit criminel publiés sous l'Ancien Régime, un exposé détaillé consacré aux circonstances ; cependant, malgré cette absence de systématisation, leur usage est constant en raison de l'arbitraire pénal puisque, sauf exception, le juge détermine la peine en fonction de l'analyse des faits et non par référence à des tarifs légaux[38].

---

[35] Sur les lettres de rémission, voir P. TEXIER, *La rémission des crimes. Genèse et développement,* Thèse Droit, Limoges, 1981, dactyl., p. 385 et les textes réunis par J. HOAREAU et P. TEXIER dans « Le pardon »*, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n° 3.

[36] P. TEXIER, « Doulant et courroucié : les avatars de la culpabilité dans les lettres de rémission du XIV^e^ siècle », Cahiers *de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n° 6, « La culpabilité », p. 781-494.

[37] Il faut, par exemple, attendre 1780, avec la publication des *lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, de Muyart de Vouglans pour trouver, dans un ouvrage de droit criminel, quelques considérations d'ordre générales sur la responsabilité pénale ; voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 2000, p. 221.

[38] Sur les peines arbitraires, voir B. SCHNAPPER, « les peines arbitraires du XIII^e^ au XVIII^e^ siècle », *TVR*, 1973, p. 237-277 et 1974, p. 81-112.

La pratique des peines arbitraire ne constitue pas seulement une caractéristique du droit médiéval, on la trouve également dans les ordonnances royales ; à titre d'exemple, citons quelques-unes des grandes ordonnances du XVI^e^ siècle contenant de telles dispositions : O. de Villers-Cotterêts : art. 1, 2, 36, 54, 56, 67, 68, 82, 96, 100, 101, 102, 127, 139, 142, 171, 184, 187 ; O. d'Orléans : 54, 65, 77, 94, 93, 110, 111, 115, 139 ; O. de Moulins : art. 31, 33. Sur l'usage des peines arbitraires dans la législation royale, voir A. ROUSSELET-PIMONT, *Le chancelier,*

L'arbitraire pénal impose au juge une bien lourde responsabilité puisqu'il doit souverainement déterminer la sanction. Pour l'aider dans sa tâche, il peut consulter de nombreux ouvrages. L'un des plus précoces et des plus détaillés est sans doute le *De peonis temperandis* de Tiraqueau. Publié en 1559[39] : il propose plus d'une soixantaine de causes dans lesquelles la peine peut être mitigée ou remise. Dans ce travail, l'auteur mêle allègrement, les excuses, les faits justificatifs ou de non-imputabilité. Cependant, malgré ses imperfections, le *de poenis* nous permet de rentrer dans le détail du raisonnement juridique, ce qui est d'un intérêt considérable, compte tenu de la quasi-absence de motivation des décisions criminelles dans l'ancien droit[40]. Le praticien peut en outre consulter l'une de ces innombrables[41] *pratiques criminelles* où il découvrira comment s'y prendre pour apprécier la gravité des faits incriminés et fixer la sanction. Si les plus anciens ouvrages de cette série, publiés dès le second quart XVI^e^ siècle[42], sont relativement peu explicites il est cependant remarquable de constater que c'est à propos de l'appréciation du crime[43] que les auteurs traitent des circonstances ; Masuer aborde le thème dans son titre 37, consacré aux peines, lorsqu'il s'interroge sur les « considérations qui amoindrissent ou aggravent un délit »[44], mais cette fois la référence à la vieille liste héritée des rhéteurs a disparu.

« vicaire et lieutenant général du roy sur le faict de la loy », d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, Guillaume Poyet et Michel de l'Hospital, thèse Droit, Paris II, 2001, dactyl. p. 557.

Le parlement de Paris est très attaché au maintien de ce système, car « souventes fois selon la qualité des personnes et delictz, elle [la sanction] pourroit estre moindre ou plus grande » : remontrances relatives à l'enregistrement de l'ordonnance sur les eaux et forêts, 11 février 1517, A.N., X^1A^, 1519, fol. 58 r°, cité par A. ROUSSELET-PIMONT, *ouvr. cité,* p. 560.

[39] Voir la traduction française donnée par A. LAINGUI, *Le « De poenis*…, ouvr. cité. On observera, p. 27-37, que dans sa préface Tiraqueau commence par affirmer que le juge est tenu par la rigueur de la loi avant de conclure, par la suite, que l'existence d'une cause permet au juge de s'en affranchir.

[40] Sur ce point, voir P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales. La motivation,* t. III, Limoges - 1998, Paris, 2000, p. 5-15.

[41] L'infatigable Dupin, lui-même, a renoncé à en dresser la liste, voir M DUPIN, *Profession d'avocat. Bibliothèque choisie des livres de Droit*, t. II, 5° éd., Paris, 1852, p. 354, sous le n° 1691.

[42] Pour s'en tenir à l'espace français, voir par exemple la *Practica forensis* de MASUER publiée à Paris en 1534 puis traduite en français par Antoine FONTANON (Paris, 1577).

[43] Marginalement, les circonstances peuvent aussi être utilisées pour affaiblir les preuves, par exemple, en matière de témoignage portant sur un vol avec effraction commis par une personne honorable.

[44] MASUER, Practica forensis, XXXVI, 30 ; cette démarche se retrouve chez JOUSSE, *Traité des crimes*, 1771 : XXV, II, IV, traite « des causes qui font diminuer la peine ».

C'est une démarche similaire que l'on trouve dans le *Procez criminel* de Brun de la Rochette qui détaille les « circonstances que le juge doit considérer »[45]. Après avoir établi l'intention malveillante, le juge étend son examen, au-delà du tort commis, pour prendre en considération l'âge, le sexe, la condition, les relations entre l'accusé et la victime, les capacités de discernement de l'accusé, et plus généralement toutes les circonstances entourant le crime. C'est donc l'analyse de ces circonstances conduite souverainement par le juge qui lui permettra de fixer une peine juste, c'est-à-dire, selon Muyart de Vouglans « proportionnée à la qualité du crime »[46] ; cette proposition se retrouve chez tous les pénalistes de l'âge classique[47], sans doute, parce que les futurs praticiens sont généralement rompus aux enseignements humanistes des collèges de jésuites ou d'oratoriens qui diffusent largement les principes de la rhétorique.

Cependant, les belles heures de cette discipline s'estompent et dès le XVII[e] siècle, le recours aux artifices oratoires — l'atticisme — fait l'objet de sévères remises en cause ; mais bien vite c'est la rhétorique classique, dans son ensemble, qui concentre l'essentiel des coups. Descartes critique lui aussi, mais reconnaît l'utilité d'un art de persuader qui trouve son expression dans une rhétorique renouvelée que l'on a coutume de dénommer « rhétorique cartésienne »[48] et qui concilie les préoccupations scientifiques avec l'héritage humaniste[49]. Mais il est un autre plan où l'apport de Descartes intéresse le juriste. La rhétorique antique partait de prémisses vraies pour aboutir à une chose simplement démontrée comme vraisemblable : l'accumulation de

---

[45] Claude BRUN de la ROCHETTE, *Le procez criminel divisé en deux livres*…, Rouen, 1650, p. 31, voir également p. 45, 46, 50, 54…

Dans le même sens, voir Thomas LAPLESSE, *Style criminel de Bretagne*, Rennes, 1745, t. II, p.71. :

> « Abstraction faicte de toute partialité et prévention [les juges] doivent…, la balance à la main, peser toutes les circonstances des délits et crimes, le temps, l'heure, le lieu, la qualité des personnes, leurs facultés, leur bonne ou mauvaise renomme, le sex., l'âge, et autres circonstances qui peuvent ou augmenter la peine, parce que les crimes [sont] différents par leurs circonstances, et qu'il n'y aurait pas de justice d'y établir une peine égale ».

[46] MUYART de VOUGLANS, *Mémoires sur les peines infamantes*, publiées à la suite des *Lois criminelles de France, dans leur ordre naturel,* Paris, 1780, p. 832.

[47] Par là on voit bien que l'idée de la modulation de la peine en fonction de la gravité du crime (et donc des circonstances) n'est pas réservée aux tenants de la tradition pénale, on la retrouve aussi chez les réformateurs : en réalité, c'est un lieu commun de la pensée pénale de l'ancien droit : Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal et de la procédure pénale*, p. 172.

[48] N. CORNU-THÉNARD, « L'avènement d'une rhétorique cartésienne », *droit*, n° 36, 2002, p. 99-114.

[49] Sur la remise en cause des lieux communs et de l'invention oratoire, voir P. FRANCE, *Rhétorique and Truth in France. Descartes to Diderot*, Oxford, 1972.

circonstances permettant d'établir un faisceau d'indices ; or, le philosophe rejette comme presque faux ce qui n'est que vraisemblable. Il refuse de voir dans la preuve un argument et dans le débat une voie d'accès à la vérité : il faut dépasser le vraisemblable pour atteindre au vrai[50]. Dès lors, on conçoit que les circonstances utilisées comme une technique permettant de cerner, par approximations successives, la réalité vraisemblable de la culpabilité ne suffisent plus. Cette culpabilité devra donc être établie désormais par d'autres moyens, soit en établissant la chaîne causale, soit en ayant recours aux vieilles « preuves légales »[51]. Pourtant cette évolution ne condamne pas définitivement les circonstances. Les juristes sont trop habitués à leur efficience pour les abandonner. Selon Darreau, « ce sont les circonstances qui déterminent la nature du délit »[52] : autrement dit, les circonstances vont permettre de distinguer les crimes simples des crimes aggravés et cela, pour mieux préciser le *quantum* de la juste sanction. Jusque vers 1750 les juristes sont hantés par le souci de dresser « l'entier catalogue des circonstances atténuantes et aggravantes du crime afin que chaque délit soit qualifié selon son étendue véritable »[53]. Cet effort de systématique ne doit rien à un désir de taxinomie ; en fait, il traduit le souci d'encadrer le jeu des circonstances et au-delà celui de l'arbitraire, préfigurant en quelque sorte l'avènement de la légalité[54].

La légalité pénale n'éclate pas soudainement dans le ciel azuré d'août 1789. Sous l'empire des théories cicéroniennes qui, dès le XVI^e^ siècle, prévalent sur la doctrine naturaliste d'Aristote, un Guy du Faur de Pibrac, avocat du roi, se fait une gloire « d'estre dit esclave, serf et captif de la loi »[55]. Progressivement l'attention du juriste passe du fait à la loi. Certains juristes du XVIII^e^ siècle intègrent aussi les critiques

[50] DESCARTES, *Discours de la méthode* II, Ht, VI, 18 *:* « ne recevoir.. une chose.. pour vraie que je ne la connaisse évidemment comme telle ».

[51] On observera que ce système, élaboré par la doctrine médiévale à partir des exigences du Code de Justinien (*CJ.*, 4, 19, 25), établit une hiérarchie des preuves en mettant l'accent sur celle qui permettent le mieux d'établir la réalité des faits (aveu conforté par des indices…) et en minorant celles qui n'aboutissent qu'à des présomptions (témoignage isolé…), même si l'arithmétique probatoire qui excita l'ironie de Voltaire vient finalement tempérer la rigueur cartésienne.

[52] DARREAU, v° « circonstances », dans GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*…, Paris, 1784, t. 3, p. 492-494, ici p. 492.

[53] Michel PORRET, *Le crime et ses circonstances*, Genève, 1995, p. 18. Voir par exemple, Jousse, *Traité de la justice criminelle,* Paris, 4 vol., 1771, ici, t. III, p. 185-843 et IV, p. 1-267 qui propose un catalogue exhaustif des crimes en distinguant le crime simple et les crimes aggravés du fait des circonstances ; c'est ainsi qu'il consacre 77 paragraphes au vol simple et 151 pour les vols aggravés.

[54] Michel PORRET, *Le crime et ses circonstances*, *ouvr. cit.*, *cité,* p. 118.

[55] Cité par M.-Fr. RENOUX-ZAGAME, « Royaume de la loi : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Histoire de la Justice*, n^o^, 11, 1998, p. 35-60, ici p. 38.

cartésiennes pour mieux nourrir leur réflexion issue pour partie des Lumières ; parmi ceux-ci, Darreau, le rédacteur de l'article « circonstances » du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Guyot, propose un argumentaire serré qui pose le problème en des termes nouveaux puisqu'il oppose équité et légalité[56] :

> « Mais souvent, rien de plus dangereux que de s'attacher uniquement aux circonstances au préjudice de la loi ; il est vrai que l'équité est le principal point de vue que l'on doit considérer : *in omnibus equitas maxime spectanda* ; mais sous prétexte de ne considérer que l'équité, on peut ouvrir la porte à une infinité d'abus que la rigueur de la loi aurait été seule capable seule de proscrire »[57].

On reconnaît ici la nomophilie des Lumières qui rejettent avec horreur l'arbitraire judiciaire de l'ancien droit pénal. Cependant la légalité ne fait pas disparaître totalement l'arbitraire[58], elle l'aménage et, par voie de conséquence, le recours aux circonstances demeure, mais limité. Darreau propose d'examiner d'abord la loi : si elle impose son exécution en toutes circonstances, l'équité, désormais subordonnée à la loi, ne peut adoucir la rigueur, faute de quoi « … ce que le souverain aurait établi pour empêcher les juges de se livrer à l'arbitraire, deviendrait inutile. ». En outre Darreau sait bien que la loi est encore bien loin de régner. En matière criminelle la légalité des incriminations et des peines est encore très imparfaite : tous les délits ne sont pas prévus par la loi pénale et lorsque la loi les saisit elle détermine parfois avec si peu de précision la sanction que le juge est obligé de recourir aux circonstances pour fixer le quantum de la peine[59].

---

[56] Comme rappelé ci-dessus, note n° 6, les Grands jours d'Auvergne avaient, en 1665, interdit aux juges locaux de modifier les sanctions prévues par la loi, mais plus que de proclamer la légalité des peines, il s'agissait surtout de rappeler aux tribunaux inférieurs qu'ils ne sauraient faire usage d'un tel pouvoir n'appartient qu'aux cours souveraines.

[57] DARREAU, v° « circonstances », *ouvr. cité.* À vrai dire Darreau n'est pas le premier à se poser ce genre de question. On en trouverait déjà l'écho dès les Olim. Thomas de Bordeille : accusé de meurtre n'est condamné qu'à treize années d'Outre-Mer au grand émoi de certains conseillers ; or l'enquête avait montré que Boson n'avait pas l'intention de tuer son adversaire qui était mort des suites des blessures reçues au cours de la rixe. Louis IX prit la décision contre l'avis des conseillers qui voulaient punir l'homicide d'une peine fixe afin d'éviter une trop grande différence de traitement entre des cas objectivement similaires, ce que conteste le roi, plus sensible aux circonstances. Voir *Olim*, t. I, p. 286, VIII, parlement de la Chandeleur 1268 : *et sicut pluribus de consilio videbatur, dominus rex misericorditer egit cum ipse Bosone*.

[58] Telle est encore la situation de nos jours : Cass. Crim., 5 octobre 1977, *Bull.*, n° 291, p. 740 : « Les juges répressifs disposent quant à l'application de la peine dans les limites fixées par la loi, d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte. »

[59] DARREAU, ouvr. cité :

> « Dans les cas où les peines sont arbitraires, et où il n'est question que d'examiner en quoi le délit et grave ou léger, les circonstances seules peuvent déterminer l'étendue de la punition ».

Malgré son caractère lacunaire, les auteurs s'efforcent à partir de 1750 de rationaliser l'esprit du droit pénal ; dans un premier temps, il s'agit de réunir dans un pseudo-code tous les principes de légalité épars « dans un si grand nombre de volumes qu'il est très difficile de les rassembler dans leur ordre naturel sur chaque objet »[60]. Au-delà de la compilation, il s'agit donc de dégager les principes qui fondent la loi pénale afin de donner un autre fondement à l'arbitraire judiciaire. Désormais, ce ne sont plus les circonstances factuelles qui doivent guider l'appréciation du juge, mais les principes légaux. Bien entendu l'état du droit rend presque impossible la réalisation du projet. Il faudra attendre, pour cela, la promulgation des premiers véritables codes criminels français de 1791 et 1810. Du moins la route est-elle ouverte vers la légalité pénale et, sur un autre plan, vers une subordination des circonstances à la loi, comme le souhaitait Darreau.

Pascal TEXIER
OMIJ (IAJ)

[60] Cl.-F. de LAVERDY, *Code pénal*, 1752, « Avis au lecteur », p. 1