



HAL
open science

Tout condamné à mort aura la tête tranchée

Jean-François Brégi

► **To cite this version:**

Jean-François Brégi. Tout condamné à mort aura la tête tranchée. Revue Lexsociété, 2024, Revue LexSociété. hal-04567810

HAL Id: hal-04567810

<https://hal.science/hal-04567810v1>

Submitted on 7 May 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Tout condamné à mort aura la tête tranchée

in L. REVERSO & C. TZUTZUIANO (dir.), *Souveraineté et peine de mort*, Université de Toulon, 2021

JEAN-FRANÇOIS BRÉGI
Professeur d'Histoire du droit
Université Côte d'Azur

Largement improvisé, le contenu de cette communication est né d'un souvenir douloureux, celui du très célèbre article 12 de notre ancien Code pénal : *Tout condamné à mort aura la tête tranchée*. Certes, à cet égard, le texte publié au mois de février 1810 n'innove pas. Le Code des 25 septembre et 6 octobre 1791, qui l'avait précédé, tout en affirmant que « la peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés »¹, le disait déjà dans son article 3, oubliant au demeurant de préciser, dans sa hâte de bien faire, de quel type de condamnation il s'agissait : « tout condamné aura la tête tranchée ». C'était sans doute un peu trop.

Née de considérations, qui se veulent tout à la fois humanitaires et égalitaires, fortement imprégnées de bons sentiments, dans un moment où l'abolition apparaît sur le point de l'emporter², cette disposition, pour le moins lapidaire, de la loi criminelle, *Tout condamné à mort aura la tête tranchée*, présentait l'immense avantage de poser en termes crus, pour ne pas dire en raccourci, le lien qui unit la peine de mort à la souveraineté. La publicité donnée aux arrêts criminels³, et surtout le lieu où sont exécutés les condamnés, en l'occurrence la place publique⁴, la *res publica* initiale, espace d'exercice par excellence de la souveraineté, rajoutent encore à la force de ce lien.

Devenue, dans le même temps, par la magie du verbe constitutionnel, « une, indivisible, inaliénable et imprescriptible », la souveraineté, désormais,

¹ Article 2. Une disposition que le code de 1810, article 13, s'empressait, à l'évidence, d'oublier s'agissant des parricides, lesquels devaient avoir le poing droit coupé immédiatement avant d'être « exécutés à mort ». Le même supplice était également prévu pour les régicides, article 86 : « L'attentat ou le complot contre la vie ou contre la personne de l'Empereur, est crime de lèse-majesté ; ce crime est puni comme parricide, et emporte de plus la confiscation des biens ». « Il est évident – notait cependant Émile Garçon, dans son *Code Pénal Annoté*, Sirey, 1901, p. 71 – que cette aggravation de peine ne peut pas être étendue hors des cas limitativement fixés par la loi ».

² Le principe de l'abolition est discuté devant l'assemblée nationale constituante à partir du 30 mai 1791, à l'initiative de Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau. Robespierre, notamment, se montre favorable à l'abolition.

³ Code pénal de 1810, article 36 : « Tous arrêts qui porteront la peine de mort, de travaux forcés à perpétuité et à temps, la déportation, la détention, la réclusion, la dégradation civique et le bannissement, seront imprimés par extrait. Ils seront affichés dans la ville centrale du département, dans celle où l'arrêt aura été rendu, dans la commune du lieu où le délit aura été commis, dans celle où se fera l'exécution et dans celle du domicile du condamné ».

⁴ Code pénal de 1791, article 5 ; Code pénal de 1810, article 26.

appartient à la Nation, et « aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice »⁵. Expression d'une puissance hautement supérieure, d'autant plus supérieure qu'elle apparaît insusceptible d'appropriation privée, la souveraineté, telle qu'elle est pensée par les Constituants, transforme, de façon radicale, la nature de la peine en général, et de la peine de mort en particulier. À l'égalité des droits ne peut que correspondre l'égalité des peines. L'une n'était, à vrai dire, que la conséquence inéluctable de l'autre.

Il existe, en effet, et cette observation relève du truisme, une connexion étroite entre peine et souveraineté. Le roi, le peuple, la nation ou leurs représentants ne possèdent le droit de punir, dont celui d'infliger la mort, la peine capitale, que parce qu'ils sont souverains ou parce qu'ils sont directement investis d'un mandat du souverain⁶. Pouvoir tutélaire, la souveraineté confère à son titulaire, non seulement, le droit d'être obéi, mais encore, le devoir de punir ceux qui contreviennent à ses ordres. Obéir et punir, on le sait, sont deux formes d'un même concept. L'étymologie ne laisse aucun doute à ce sujet. Souverain, souveraineté sont des dérivés du latin *superanus*, littéralement ce qui est au-dessus, non seulement le souverain terrestre, mais aussi celui qui se trouve dans les cieux, Dieu, l'Être suprême, la divinité, dans ce qu'elle a de plus absolu.

Au sein des sociétés que nous qualifions d'archaïques, celui qui enfreint les règles qui président au fonctionnement du groupe n'encourt pas uniquement une sanction humaine. Il encourt avant tout la réprobation éternelle des forces occultes du sacré, non seulement la colère des hommes, mais encore, et surtout, la colère des dieux. « Non, l'avenir n'est à personne ! Sire ! L'avenir est à Dieu »⁷. Bien qu'appliqués par les hommes, les droits de l'Orient ancien apparaissent directement inspirés par les dieux qui, parfois, participent directement à la solution du procès, comme lorsque celle-ci dépend du résultat d'une ordalie ou du recours aux oracles. Dans la Bible, qui est un livre de droit,

⁵ Constitution du 3 septembre 1791, titre III, article 1^{er}.

⁶ Le seigneur, qui n'était que suzerain, n'avait le droit d'infliger la mort que lorsqu'il détenait la haute justice, laquelle, en théorie, lui avait été seulement concédée par le roi. Il en était de même, à Rome, à l'époque impériale, des gouverneurs de province, qui ne pouvaient infliger la mort que dans la mesure où l'empereur les avait expressément autorisés à le faire, en leur conférant le *ius gladii*: v. *infra*, n. 32.

⁷ VICTOR HUGO, « Napoléon II », vers 37-38, août 1832, *Les chants du crépuscule*, V, II, Paris, 1835.

la peine de mort, telle que Dieu la conçoit, devient essentiellement personnelle, parce qu'elle est une condition de la rédemption : « On ne fera pas mourir les pères pour les enfants ; on ne fera pas non plus mourir les enfants pour les pères »⁸.

Plus près de nous, même largement modernisée, informatisée souvent, dématérialisée parfois, la procédure, en général, et la procédure pénale, en particulier, supposent toujours l'accomplissement de rites, de solennités, un cérémonial précis, quasi-religieux, une sacralité, sans lesquels le procès, et partant la condamnation qui en résulte perdent toute légitimité. Bien qu'ils se soient laïcisés en même temps qu'ils se spécialisaient, nos protocoles judiciaires restent, en grande partie, fondés sur cette idée qu'il existe une justice immanente, une transcendance, laquelle, par l'observance des formes, garantit l'efficacité de la justice des hommes. Les lois non écrites des dieux ont été et demeureront toujours.

Tant qu'elle est appliquée en France, la peine de mort relève de cette transcendance, expression ultime et, sans aucun doute, la plus douloureuse, de la souveraineté, analysée comme une parcelle de la supériorité originelle, celle qui vient naturellement du ciel⁹. Mais la peine de mort n'est pas la seule à rappeler l'origine divine de la souveraineté. Tel est également le cas, et à l'opposé de la peine capitale, du droit de grâce, autre attribut régalien qui, précisément, permet de rendre la vie à ceux qui l'ont légalement perdue.

Il existe, toutefois, au niveau des principes, une différence fondamentale entre peine de mort et droit de grâce, qui relève de la nature de la souveraineté dont l'une et l'autre sont issues. Alors que la peine de mort exprime une souveraineté tourmentée, le droit de grâce semble, au contraire, mais avec des nuances, exprimer une souveraineté beaucoup plus apaisée.

⁸ *Deutéronome*, 24, 16.

⁹ Les dispositions relatives aux corps des suppliciés le confirment. Code pénal de 1810, article 14 : « Les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles, si elles les réclament, à la charge par elles de les faire inhumer sans aucun appareil ». Pour la doctrine, ce texte n'interdisait cependant pas les funérailles religieuses, mais uniquement les funérailles solennelles et les manifestations publiques. Un décret du 18 juin 1811, article 3, paragraphe 4, prévoyait que « si le corps n'est pas réclamé, l'inhumation a lieu aux frais de la commune ».

I – La peine de mort est l’expression d’une souveraineté tourmentée, je dirai presque d’une vindicte, la *vindicatio* des anciens Latins, d’une vengeance, mais d’une vengeance socialisée, civilisée au sens propre du mot, parce qu’étant aux mains du souverain ou de ses préposés, qui seuls peuvent la prononcer, elle intègre le cadre légal de la cité, cesse d’être une affaire privée, pour devenir une affaire publique et surtout politique. La chose est vraie en droit romain. Elle l’est toujours lors de la Révolution française.

I-1 – En droit romain, la peine de mort s’analyse comme un châtiment destiné à rétribuer les crimes les plus graves, considérés comme autant de délits publics, parce qu’ils compromettent les équilibres fondamentaux de la cité. À la différence des délits privés, dont la sanction relève de la réparation, les délits publics appellent un châtiment qui, lorsqu’il est capital, tend à l’élimination du coupable.

Au sens littéral, les châtiments capitaux sont ceux qui touchent à la tête, *caput*. Il s’agit, par conséquent, de la peine de mort, dont l’administration par le fer, par le feu, par l’eau, par la corde, voire à la suite d’une chute, accompagnée ou non de tourments accessoires, varie selon la nature du crime et la personnalité du délinquant : décapitation¹⁰, bûcher, noyade¹¹, pendaison, strangulation, crucifixion¹², précipitation¹³. La peine de mort n’est cependant pas le seul châtiment capital connu des Romains, qui lui ajoutent la mort civile, la déportation ou l’exil, la réduction en esclavage et la condamnation à un travail perpétuel.

À toutes les époques de l’histoire de Rome, la condamnation à mort s’analyse comme un acte de souveraineté, que ce soit à l’époque ancienne, à l’époque classique ou sous l’empire.

¹⁰ Par la hache d’un licteur.

¹¹ En vertu de la *lex Pompeia de parricidiis*, le meurtrier, préalablement battu de verges jusqu’au sang, était ensuite enfermé dans un sac soigneusement cousu avec un chien, un coq, un singe et une vipère, puis jeté dans la mer ou dans un fleuve : Modestin, *Digeste*, 48, 9, 9, pr ; *Institutes Justinien*, 4, 18, 6.

¹² Employée contre les voleurs et les vagabonds.

¹³ Normalement réservée aux esclaves délinquants, condamnés à être précipité du haut de la roche Tarpéienne, dont le sol était garni de pointes acérées, qui assuraient à ce supplice un effet certain.

I-1-1 – L'époque ancienne est, en quelque sorte naturellement, celle sur laquelle nous demeurons le moins bien renseignés. Nonobstant les incertitudes qui altèrent encore la période, il semble toutefois acquis que les Romains ont admis très tôt le principe selon lequel toute agrégation de personnes, formant un milieu social défini, possède le droit de punir ceux de ses membres qui se rendent coupables d'une atteinte grave envers la communauté, dont ils compromettent la pérennité¹⁴. Ainsi s'explique, par exemple, le pouvoir juridictionnel du *paterfamilias*, qui juge et punit, avec le concours des parents les plus proches, et parfois d'un conseil d'Anciens, les infractions que peuvent commettre tous les membres de la *gens*, placés sous sa puissance¹⁵. Il en est de même du collège des pontifes, dont le chef, le *Pontifex maximus*, détient une véritable juridiction pénale, qu'il exerce sur l'ensemble des individus soumis à son autorité sacerdotale, et qui comprend notamment le pouvoir d'infliger la peine de mort dans un certain nombre d'hypothèses¹⁶.

Longtemps, la connaissance des infractions les plus graves et donc le pouvoir de prononcer la peine de mort appartient aux rois. Pomponius, lorsqu'il évoque l'origine des magistratures républicaines, nous laisse supposer que les rois disposaient d'une véritable souveraineté judiciaire, qui les autorisait à prononcer la peine de mort sans appel¹⁷. Au témoignage de Denys d'Halicarnasse, Romulus lui-même aurait conféré aux rois le soin de juger les crimes les plus graves en conséquence de leurs prérogatives sacerdotales¹⁸. Droit et religion sont étroitement liés.

Mais si les rois ont eu, sans aucun doute, le pouvoir de juger, ce pouvoir, surtout lorsqu'il s'agissait d'infliger la mort, n'était pas pour autant absolu. D'abord les

¹⁴ CHARLES MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4^{ème} éd., Bruxelles 1876, t. 1^{er}, p. 54. Ce réflexe est au demeurant commun à la plupart des civilisations dites primitives.

¹⁵ Dont principalement les faits de trahison envers la *gens* : Denys d'Halicarnasse, IX, 22 ; Tite-Live, VI, 20 ; X, 23 ; XXXIX, 19 ; Pline, *Histoire naturelle*, XIX, 1, 2 ; XXXIII, 1, 6 ; Suétone, *Tibère*, 1.

¹⁶ Il ne s'agit donc pas d'une simple juridiction disciplinaire. La peine de mort semble avoir essentiellement frappé les vestales infidèles : v., par exemple, Cicéron, *Des lois*, II, 9. Il paraît également possible que les jugements du grand pontife, qu'ils soient de condamnation ou d'acquiescement, aient été susceptibles d'appel devant le peuple : v. Charles Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1^{er}, p. 45, n. 10.

¹⁷ *Digeste*, I, 2, 2, 16.

¹⁸ *Antiquités romaines*, 2, 14, 1.

rois ont très tôt délégué la recherche des infractions les plus graves à des personnages particuliers, les *quaestores parricidii*, dont le rôle était précisément de *quaerere*, c'est-à-dire de rechercher¹⁹, d'informer contre les auteurs de crimes capitaux, et de se charger, éventuellement, de leur exécution. Il est, ensuite et surtout, infiniment probable que, bien qu'il statue un dernier ressort, le roi ne jugeait pas seul et que les représentants des principales *gentes*, et donc du sénat, ne manquaient pas d'intervenir à ses côtés chaque fois que leurs intérêts fondamentaux se trouvaient en cause, comme lorsqu'il fallait décider d'exclure l'un des leurs du territoire civique ou de lui infliger la peine capitale.

Avec l'avènement de la république, la justice criminelle passe des rois aux consuls, qui l'exercent en vertu de leur *imperium*. Dans la mesure, cependant, où les consuls ne sont titulaires que d'un mandat temporaire, leurs décisions les plus sévères sont toujours susceptibles d'être remises en cause par le peuple, par la voie de la *provocatio ad populum*, c'est-à-dire de l'appel au peuple, dont Pomponius nous explique qu'il avait été établi par une loi « afin que les consuls ne disposent pas de la totalité des pouvoirs accordés aux rois »²⁰.

Deux théories ont été émises sur le sujet. La première, qui trouve sa source dans l'historiographie classique, à la suite des travaux gigantesques de Théodore Mommsen au XIX^e siècle, est celle qui reste la plus largement enseignée. Elle affirme que la *provocatio* est une institution ancienne, ancrée dans la tradition républicaine de Rome, et de portée absolument générale. La seconde, plus récente, mais datée tout de même du milieu du XX^e siècle, est celle d'un autre historien allemand, Wolfgang Kunkel, qui soutient, au contraire, que l'appel au peuple n'aurait été inventé qu'à une date relativement récente et qu'il n'aurait jamais eu le champ d'application qu'on lui prête²¹.

Pour Mommsen et ses successeurs, la *provocatio ad populum*, contemporaine du coup d'état oligarchique ayant abouti à la chute de la monarchie, constitue le symbole même de la liberté républicaine. La loi Valeria de *provocatione*, due à l'initiative du consul Valerius Publicola, aurait, en effet, en 509 ou 508, autorisé tout homme libre condamné à la peine capitale par l'un ou l'autre des

¹⁹ Ulpian, *Digeste*, I, 13, 1, 1

²⁰ *Digeste*, I, 2, 2, 16.

²¹ WOLFGANG KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 1962.

consuls dans l'exercice de ses pouvoirs civils, à saisir les comices curiates²², qui représentent alors l'ensemble du corps civique, afin que le peuple assemblé décide, en dernier ressort, de sa vie ou de sa mort. La loi Aternia Tarpeia aurait, ensuite, en 454, étendu le domaine de la *provocatio*, en permettant aux condamnés à une peine d'amende supérieure à un certain taux d'en appeler devant les comices tributes.

Dès la fin du IV^e siècle, vers 300 avant J.-C., les consuls, pour ne plus prendre le risque politique de voir leurs décisions réformées par les assemblées populaires, auraient alors décidé, d'abord, de confier le jugement des crimes à un certain nombre de leurs subordonnés, dont des questeurs, qui décidaient à l'issue d'un débat public, puis de confier directement aux comices le jugement des crimes publics. Saisies à l'initiative des consuls ou de leurs représentants²³, les comices statuent à la fois sur la culpabilité et sur la peine. Le procès se déroule, en principe, en trois séances, tenues à quelques jours d'intervalle, au cours desquelles le consul ou ses délégués soutenaient l'accusation et le prévenu présentait librement les moyens de sa défense. À l'issue de la troisième audience, ou *tertia accusatio*, le prévenu, qui persistait dans ses dénégations, était réputé en avoir tacitement appelé au peuple, lequel disposait alors d'un délai plus ou moins long pour rendre sa décision, qui pouvait être de condamner, conformément à l'ordre du magistrat, ou d'absoudre, en suivant les arguments de la défense. L'accusé conservait, cependant, la faculté d'échapper aux conséquences d'une éventuelle condamnation, en choisissant de s'exiler volontairement, avant le vote de l'assemblée²⁴.

La position de Wolfgang Kunkel apparaît radicalement différente. Son analyse procède de plusieurs constatations. La principale est que la liste des affaires débattues devant les comices ne laisse apparaître que des procès de nature politique²⁵, haute trahison, abus de pouvoirs, ou infractions graves aux normes religieuses. En apparence, la procédure comitiale n'était donc jamais employée pour les crimes de droit commun, dès lors qu'ils avaient fait l'objet de poursuites

²² En l'occurrence réunies à son de trompe (comices calates).

²³ *Quaestores parricidii*, en cas de meurtre d'un homme libre ; *duoviri perduellionis*, dans les hypothèses de trahison.

²⁴ V., par exemple, Tite-Live, 4, 40-41.

²⁵ Telle que cette liste été établie à la fin du XIX^e siècle, notamment par AUGUSTE BOUCHE-LECLERCQ, *Manuel des institutions romaines*, Paris, 1886, pp. 451-452, n. 5.

et de condamnations régulières. Assurément très lourde, sa mise en œuvre se serait, en outre, révélée totalement démesurée, confrontée aux réalités de la délinquance ordinaire. La *provocatio*, enfin, qui consistait à soumettre à la vindicte du peuple la quasi-totalité des procès criminels, se situerait à contre-courant de l'histoire judiciaire de Rome, dont l'évolution et les progrès avaient été précisément d'interdire la vengeance privée et de soumettre les crimes au seul jugement des autorités publiques. Bref, telle que l'avait décrite Mommsen, la *provocatio* était de l'ordre de la légende.

La vérité se situe sans doute entre les deux. Tout porte, en effet, à croire qu'un délai relativement important s'est écoulé entre la création du consulat et le vote de la loi qui interdisait aux consuls de condamner à mort un citoyen romain sans l'ordre du peuple. Débarrassée de l'imaginaire républicain, le droit d'en appeler directement au peuple des principales condamnations criminelles n'est certainement pas contemporain du coup d'état oligarchique de 509, mais on ne peut, également, le dater du début du II^e siècle, époque au cours de laquelle le jugement de certains crimes commence à être renvoyé à des commissions spécialement créées à cet effet. Des indices concordants permettent, par conséquent, de situer au milieu du IV^e siècle, l'institution de la *provocatio*, au moment où la disparition des *quaestores parricidii* laisse aux seuls consuls la responsabilité des condamnations capitales et où, surtout, les lois licinio-sextiennes accentuent le caractère démocratique de leur recrutement²⁶. La création, l'année suivante, en 366, d'un magistrat nouveau, le préteur, sorte de vice-consul, spécialement chargé de la justice dans la ville, ajoute encore à ces arguments.

I-1-2 – L'époque classique transforme et, d'une certaine façon, pacifie la justice criminelle de Rome. Des commissions spécialisées, composées d'un jury de notables et d'un magistrat qui dirige les débats, les *quaestiones perpetuae*, devant lesquelles la procédure est fondamentalement accusatoire, assurent désormais le jugement des crimes, dont la loi leur attribue connaissance. Pour autant, le pouvoir de ces commissions, qui ne prononcent presque jamais de condamnation à mort, ne s'exerce que dans la Ville.

²⁶ On sait, en effet, qu'en 367 avant J.-C., les tribuns de la plèbe, Caius Licinius Stolon et Lucius Sextius Lateranus, après avoir bloqué pendant 5 ans l'élection des nouveaux consuls, firent voter une loi au terme de laquelle l'un des deux consuls serait obligatoirement plébéien.

Hors de Rome, au contraire, tant que l'accusé n'est pas citoyen romain, la procédure reste inquisitoire. Gouverneurs de provinces et magistrats exerçant en Italie disposent de la plus entière liberté d'action, que ce soit au stade de l'instruction ou du jugement. Parce qu'il se fonde sur leur *imperium* militaire, et par conséquent l'indispensable défense de la patrie en danger, leur pouvoir de coercition ne connaît pratiquement aucune limite. Les gouverneurs peuvent faire usage de la torture, appliquée non seulement aux esclaves, mais encore aux individus libres, prononcer la peine de mort en dernier ressort, et veiller à son application immédiate.

Seuls les citoyens romains échappent au pouvoir de coercition des gouverneurs, qui ne peuvent ni les faire fouetter, ni même les emprisonner, les citoyens soupçonnés de crimes devant obligatoirement être renvoyés aux juridictions de Rome afin d'y être jugés. On connaît au moins deux exemples précis de cette situation. Le premier nous est décrit par Cicéron, dans le *De Suppliciis*, qui est le cinquième discours prononcé contre Verrès. Au cours de son mandat, Verrès aurait fait arrêter un certain Gavius, comme étant un esclave révolté, alors que celui-ci se prétendait citoyen romain. Soumis à la torture, puis supplicié, Gavius n'avait cessé d'affirmer sa citoyenneté, sans que Verrès ne consente à la vérifier. Pour Cicéron, c'était bien évidemment là la preuve de l'un des nombreux abus de pouvoir commis par son adversaire.

Le second, bien plus célèbre, est celui de Saint Paul. Paul de Tarse, arrêté en 58 à Jérusalem, comparait devant le procureur de Judée, Antonius Felix, qui décide de le maintenir en résidence surveillée à Césarée, et laisse à son successeur, Porcius Festus, le soin de le juger. En 60, lors de l'audience sur le fond, Paul, qui déclare en appeler à César, en sa qualité de citoyen romain, est aussitôt renvoyé à Rome, où il jouit d'une liberté à peu près totale jusqu'en 64 ou 66.

I-1-3 – L'époque impériale modernise et unifie la procédure pénale romaine. Régime hybride, entre monarchie inavouée et république conservatrice, le principat, sans innover totalement, n'en a pas moins profondément renouvelé la matière. Il le fait d'abord au niveau des peines, qu'il ne rend pas moins rigoureuses, mais qu'il tente de rendre strictement personnelles. C'est ainsi que la peine capitale, lorsqu'elle touche le père, n'atteint plus son fils²⁷. Hadrien qui,

²⁷ Ulpian, *Digeste*, I, 6, 7.

conformément à la coutume, ordonne de surseoir à l'exécution d'une femme libre, condamnée à mort, jusqu'à son accouchement, décide que l'enfant qu'elle porte sera libre de naissance, et que demeure légitime l'enfant né au cours du mariage, dont la mère a été ensuite condamnée au bannissement²⁸.

Pour le reste, la justice de l'empereur apparaît fondamentalement arbitraire, au sens propre, parce qu'en sa qualité de souverain, le prince se trouve délié des lois, *princeps a legibus solutus est*²⁹, et qu'il peut donc arbitrer à sa volonté les délits et les peines. L'empereur, qui n'est tenu ni par la définition légale des crimes, ni par celle des sanctions, peut les augmenter ou diminuer à sa guise. Maître des condamnations et des grâces³⁰, il est désormais seul compétent pour infliger la peine de mort sur tout le territoire de l'empire.

L'empereur surtout délègue sa justice. Les présidents des provinces impériales ne jugent qu'au nom de l'empereur, qu'ils consultent fréquemment à propos des décisions qu'ils doivent prendre, ou sur la manière de conduire la politique criminelle de l'empire³¹. Les gouverneurs des provinces sénatoriales, bien qu'ils ne soient pas fonctionnaires, sont très souvent investis d'une délégation spéciale, qui augmente sensiblement leurs pouvoirs. L'empereur leur confère notamment le *jus gladii*, c'est-à-dire le droit de prononcer des condamnations à mort³². Au III^e siècle, tous les gouverneurs possèdent le *jus gladii*, à condition qu'ils soient de rang sénatorial³³.

Le Bas-Empire, dont la plupart des historiens situent le commencement avec la création de la tétrarchie en 286 et 293, accélère la disparition des dernières traditions républicaines, que remplace une réalité monarchique, directement inspirée de l'Orient hellénistique. L'empereur divinisé, portant diadème et vêtements de pourpre, concentre, en sa seule personne, tous les pouvoirs de l'État, exécutif, législatif, et judiciaire. Le système de l'*anquisitio* remplace la

²⁸ Ulpian, *Digeste*, I, 5, 18.

²⁹ Ulpian, *Digeste*, I, 3, 31.

³⁰ Lesquelles ne constituent, en principe, qu'un privilège accordé à titre individuel : Ulpian, *Digeste*, I, 4, 1, 2.

³¹ La correspondance de Plinius-le-Jeune, alors gouverneur de Bithynie, en Asie mineure, avec Trajan, en fournit plus d'un exemple, notamment sur la conduite qui doit être adoptée vis-à-vis des chrétiens.

³² Le *jus gladii* relève en effet de l'*imperium* : Ulpian, *Digeste*, 2, 1, 3.

³³ Ulpian, *Digeste*, I, 18, 6, 8, ne fait cependant pas état de cette condition.

procédure pénale accusatoire des siècles passés. La torture, autrefois réservée aux esclaves et aux provinciaux, « à l'égard desquels tout était permis »³⁴, puis généralisée en matière de crime de lèse-majesté, devient un procédé si courant que, dès l'époque de Dioclétien, la loi recommande aux juges de ne pas commencer par-là l'instruction des affaires criminelles, mais de rechercher d'abord quelques indices rendant possibles la culpabilité du ou des suspects³⁵. De façon à limiter les abus, sans doute plus fréquents encore en matière pénale qu'en matière civile, la règle veut bientôt que l'accusé qui avoue ne bénéficie pas du droit d'appel³⁶.

Mais curieusement, alors qu'on aurait pu croire à une multiplication du nombre des condamnations à mort, le Bas-Empire privilégie l'emprisonnement, dont il fait une peine à part entière, et qu'il entoure d'un certain nombre de garanties. Une constitution d'Honorius et de Théodose, de l'année 409, oblige les juges à visiter les prisonniers tous les dimanches, afin de s'assurer de la manière dont ils sont traités. La loi demande aux juges de veiller à ce que les détenus bénéficient d'une nourriture suffisante³⁷, et soient régulièrement conduits aux bains, « mais sous bonne garde »³⁸.

La souveraineté déclinait au fur et à mesure que l'empire se fissurait. Les frasques de la Révolution furent, au contraire, celles d'une souveraineté exaltée.

I-2 – La Révolution française présente, naturellement, un tout autre tableau. Alors que la justice des Romains avait été le résultat d'une longue évolution, sur le terrain judiciaire au moins, la Révolution est avant tout une réaction.

Telle qu'elle existe sous l'Ancien régime, la peine de mort, qui est toujours administrée publiquement, relève du spectacle, afin de servir d'exemple et de

³⁴ ADHEMAR ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11^{ème} éd., Sirey, Paris, 1912, p. 39.

³⁵ *Code Justinien*, 9, 41, 8, 1. La torture ne s'applique cependant pas aux *honestiores*, à partir du grade de décurion, *Code Justinien*, 9, 41, 11 (année 290), et aux soldats, *Code Justinien*, 9, 41, 8, à moins que les uns et les autres ne soient soupçonnés de lèse-majesté, *Code Justinien*, 9, 41, 16 (année 376).

³⁶ Sorte de CRPC avant l'heure : v. *Code Justinien*, 7, 65, 2 (année 344) ; *Sentences de Paul*, 5, 35, 2.

³⁷ Au moins deux à trois livres de pain par jour.

³⁸ *Code Justinien*, 1, 4, 9.

« donner de la terreur aux méchants »³⁹. L'exécution se déroule dans les quarante-huit heures qui suivent la réception du refus de grâce du condamné, « au lieu accoutumé le plus proche de celui où le crime a été commis », habituellement sur une estrade, ou échafaud, dressée sur la place principale de la ville où elle a lieu⁴⁰. L'exécution terminée, le cadavre du supplicié est, en principe, exposé sur un gibet, dont la situation élevée facilite également la vue. Le plus souvent, le condamné à mort est appliqué à la question avant son exécution. Le but de la question préalable est de lui faire avouer le nom de ses éventuels complices, dans la mesure où il n'aurait pas agi seul.

La mort est, en général, infligée par la corde, sur la potence. Les gentilshommes échappent à la pendaison, au profit de la décollation par l'épée ou par la hache⁴¹. Les crimes les plus atroces, assassinat prémédité, vol sur les grands chemins ou dans les maisons, avec effraction et violences, sont punis de la roue⁴². Les sacrilèges énormes et les crimes contre nature sont effacés par le feu⁴³. Les régicides sont écartelés⁴⁴. Parfois, les parlements cumulent les peines, comme lorsque le condamné est d'abord roué, avant d'être « jeté au feu tout vivant »⁴⁵. Parfois, ils en adoucissent l'exécution, au moyen d'un *retentum*, c'est-à-dire une note secrète portée au bas de leur arrêt, qui autorise le bourreau à épargner des

³⁹ EMMANUEL DE PASTORET, *Des lois pénales*, Buisson éd., Paris, 1790, t. 2, 4^{ème} partie, chap. 21 « Abus fait de la peine de mort dans la jurisprudence française », pp. 120-133, ne dénombre pas moins de 115 cas dans lesquels la peine de mort était susceptible d'être appliquée en 1789.

⁴⁰ À Paris, place de Grève ou place de l'Estrapade.

⁴¹ Il arrive cependant qu'un criminel noble ou ecclésiastique soit préalablement dégradé de sa condition et pendu. Tel était notamment le cas des ministres et officiers du roi coupables de détournement des deniers publics ou de concussion, dont plusieurs furent exécutés par pendaison, puis exposés à Montfaucon.

⁴² Attaché sur une roue ou sur une croix, face vers le ciel, le condamné avait les membres brisés à coups de barre, jusqu'à ce que mort s'en suive. En pratique, la durée du supplice variait en fonction de la gravité du crime, de quelques coups pour un vol à main armée, à l'issue desquels le bourreau était autorisé à étrangler, à une ou deux heures dans l'hypothèse d'un homicide prémédité, comme ce fut le cas pour Calas. Les femmes, pour des raisons de décence, ne sont jamais condamnées au supplice de la roue, mais à être pendues.

⁴³ Soit directement par le bûcher, soit indirectement lorsque le coupable était condamné à être pendu ou roué, puis son corps jeté au feu. Les cendres du condamné étaient alors dispersées au vent.

⁴⁴ L'écartèlement, avec exposition des restes aux quatre portes de la ville, est, en principe, prévu en cas de haute trahison ou de parricide. Il n'est, en pratique, employé qu'à l'encontre des régicides.

⁴⁵ POTHIER, *Traité de procédure criminelle*, 5, 2, 6.

souffrances au condamné, notamment en l'étranglant de manière discrète, avant que son cadavre ne soit livré au supplice⁴⁶. Dans certains cas, on ajoute à la peine de mort, une mutilation comme d'avoir le poing coupé, la lèvre fendue, la langue coupée ou percée d'un fer chaud. Dans d'autres, on oblige le condamné à faire amende honorable avant son exécution.

Critiqué de toutes parts, ce système injuste et cruel ne pouvait survivre au renouvellement des idées. Louis XVI lui-même avait vainement tenté de l'abolir.

Agitée devant l'assemblée législative le 30 mai 1791, la question de la peine de mort, dont l'utilisation est en nette régression depuis 1770, le parlement de Paris ne prononce plus aucune condamnation à mort depuis 1788⁴⁷, est l'objet de longs débats. Le projet qui tend à son abolition, porté par Le Pelletier de Saint-Fargeau, et que soutient Robespierre, est cependant rejeté le 1^{er} juin par la quasi-unanimité des députés, convaincus que, désormais, dans un monde éclairé par la raison, la peine de mort ne sera appliquée que de manière purement exceptionnelle. Le 3 juin, se rangeant à un avis depuis longtemps exprimé par Joseph Guillotin⁴⁸, et partagé par Mirabeau, les Constituants adoptent le futur

⁴⁶ Principalement lorsqu'il doit être livré au feu, et aussi roué au bout d'un certain temps, déterminé par le *retentum* : v. MERLIN, *Répertoire*. L'usage du *retentum* ne se limite cependant pas à la matière pénale. C'est ainsi, par exemple, que le Parlement de Paris n'accepta d'enregistrer l'ordonnance de Moulins, le 23 décembre 1566, qu'après avoir inséré un *retentum* dans ses registres secrets : v. SYLVIE DAUBRESSE, *Le Parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, Droz, Genève, 2005, p. 259.

⁴⁷ V., notamment, JEAN-MARIE CARBASSE, *La peine de mort*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2011, p. 70-71.

⁴⁸ Médecin avant d'être député, JOSEPH IGNACE GUILLOTIN avait, dès la fin de l'année 1789, soulevé devant l'assemblée le problème de l'administration de la peine de mort. Ses positions égalitaires sont résumées dans une motion du 1^{er} décembre 1789. « 1° Les délits du même genre seront punis par le même genre de peine, quels que soient le rang et l'état du coupable. 2° Dans tous les cas où la loi prononcera la peine de mort contre un accusé, le supplice sera le même, quelle que soit la nature du délit dont il se sera rendu coupable ; le coupable sera décapité ; il le sera par l'effet d'un simple mécanisme. 3° Le crime étant personnel, le supplice quelconque d'un coupable n'imprimera aucune flétrissure à sa famille. L'honneur de ceux qui lui appartiennent ne sera nullement taché, et tous continueront d'être également admissibles à toutes sortes de professions, d'emplois et de dignités. 4° Nul ne pourra reprocher à un citoyen le supplice quelconque d'un de ses parents. Celui qui osera le faire sera publiquement réprimandé par le juge. La sentence qui interviendra sera affichée à la porte du délinquant. De plus, elle sera et demeurera affichée au pilori pendant trois mois. 5° La confiscation des biens des condamnés ne

article 3 du titre 1^{er} de la loi des 25 septembre et 6 octobre : « Tout condamné à mort aura la tête tranchée ». Restait à savoir par quel moyen. Guillotin souhaitait que ce soit « par l'effet d'un simple mécanisme », à l'exemple des machines à décapiter, qui existaient déjà en Écosse et en Italie, et dont on prétendait qu'elles étaient d'origine romaine.

Consulté sur l'efficacité du procédé par le comité de législation de la nouvelle assemblée, le docteur Louis⁴⁹ dépose, le 7 mars 1792, son *avis motivé sur le mode de la décollation*⁵⁰, dont un décret des 20 et 25 mars 1792 approuve le principe, d'autant plus volontiers que plusieurs condamnés sont en attente d'être exécutés⁵¹. Bien que freinés par des considérations budgétaires, les travaux, supervisés par Louis, aboutissent rapidement⁵². Le 17 avril, l'appareil, équipé

pourra jamais être prononcée en aucun cas. 6° Le cadavre d'un homme supplicié sera délivré à sa famille, si elle le demande. Dans tous les cas, il sera admis à la sépulture ordinaire, et il ne sera fait sur le registre aucune mention du genre de mort ». Le 20 janvier 1790, les propositions 1, 3, 5 et 6 étaient adoptées par l'assemblée, et soumises le lendemain à la signature du roi. Les propositions 2 et 4 étaient momentanément ajournées.

⁴⁹ Professeur de physiologie, médecin et chirurgien reconnu, inspecteur général des hôpitaux militaires du royaume et secrétaire perpétuel de l'académie de chirurgie, le docteur Louis fut notamment le maître de François Foedéré, dont il inspire le traité de médecine légale. Il joue également, en tant que médecin légiste, un rôle fondamental dans la réhabilitation de Calas, en démontrant que Marc-Antoine Calas avait pu se suicider par strangulation, bien que ses pieds touchassent terre au moment de sa mort.

⁵⁰ Selon les *Mémoires* apocryphes d'HENRI SANSON, t. 3, Paris, 1862, p. 400-404, une réunion préparatoire aurait été organisée par le docteur Louis, le 2 mars 1792 aux Tuileries, à laquelle assistaient Guillotin, l'exécuteur et Louis XVI, qui aurait personnellement recommandé l'emploi d'une lame oblique dans la future machine.

⁵¹ « L'assemblée nationale, considérant que l'incertitude sur le mode d'exécution de l'art. 3 du tit. 1 c. pen. suspend la punition de plusieurs criminels qui sont condamnés à mort ; qu'il est très instant de faire cesser ces inconvénients qui pourraient avoir des suites fâcheuses ; que l'humanité exige que la peine de mort soit la moins douloureuse possible dans son exécution, décrète que l'art. 3 du tit. 1 c. pen. sera exécuté suivant la manière indiquée et le mode adopté par la consultation signée du secrétaire perpétuel de l'académie de chirurgie, laquelle demeure annexée au présent décret ; en conséquence autorise le pouvoir exécutif à faire les dépenses nécessaires pour parvenir à ce mode d'exécution, de manière qu'il soit uniforme dans tout le royaume ».

⁵² Fin mars, la réalisation du projet est confiée au charpentier du roi, Guidon, dont le devis est aussitôt jugé exorbitant, et auquel on ne laisse finalement que la construction des échafauds destinés à soutenir l'appareil. Le mécanicien Schmidt, également consulté, finit par emporter le marché. N'ayant pas songé à faire breveter son modèle, Schmidt ne construira que les toutes

d'une bascule et d'un tranchoir placé en oblique, est essayé sur des cadavres. Le 25 avril 1792, dressé sur la place de Grève, il est utilisé pour la première fois à l'encontre un condamné de droit commun⁵³. Selon les commentaires de l'époque, l'outil s'était révélé à la fois rapide et efficace. « Un souffle d'air frais sur la nuque ».

La peine de mort, qui consiste « dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercée aucune torture contre les condamnés »⁵⁴, doit être exécutée « dans la ville où le jury d'accusation a été convoqué »⁵⁵. Elle ne s'accompagne d'un cérémonial particulier que lorsqu'elle est prononcée contre les assassins, les incendiaires, les empoisonneurs ou les parricides. Les premiers sont conduits au lieu de l'exécution « revêtus d'une chemise rouge. Le parricide aura la tête et le visage voilé d'une étoffe noire ; il ne sera découvert qu'au moment de l'exécution »⁵⁶.

On sait quel usage la Convention fit de ces dispositions, en même temps qu'elle abolissait le droit de grâce, autrefois reconnu au roi souverain. La tempête révolutionnaire, il est vrai, ne pouvait guère s'accommoder d'un droit qui relevait, à l'évidence, d'une souveraineté apaisée.

II – Le droit de grâce est l'expression d'une souveraineté apaisée. Certes la grâce, à la différence de l'amnistie, de la réhabilitation ou de la révision, n'efface ni le fait, ni la condamnation, laquelle, au moins en droit français, continue de figurer au casier judiciaire de celui qui en bénéficie. Mais, la grâce, bien qu'elle ne fasse disparaître ni la peine, ni la culpabilité, est, sans conteste, l'expression d'une souveraineté apaisée, car elle autorise le pardon, qui est symbole de force et d'autorité maîtrisées. Pour autant, la grâce n'absout pas, et paradoxalement le droit de grâce apparaît, historiquement, bien moins répandu que celui de

premières machines, d'abord essayées sur des bottes de paille, puis sur des moutons. Les autres seront ensuite contrefaites dans différents ateliers au hasard des commandes.

⁵³ Pour exécuter un dénommé Nicolas Pelletier, condamné à mort, le 24 janvier, par le deuxième tribunal criminel de Paris, pour un vol d'assignats avec agression.

⁵⁴ Loi des 25 septembre-6 octobre 1791, I, 1, 2.

⁵⁵ Loi des 25 septembre-6 octobre 1791, I, 1, 5.

⁵⁶ Loi des 25 septembre-6 octobre 1791, I, 1, 4.

prononcer la peine capitale. Entre châtier et absoudre, les lois humaines, hélas, n'ont jamais hésité.

C'est ainsi, notamment, que la très démocratique Athènes ignore la grâce, parce que, étant l'expression de la volonté du peuple, la peine de mort, une fois prononcée, est toujours définitive. Le peuple souverain ne peut, en effet, avoir d'autre juge que lui-même. Le condamné conservait, toutefois, la possibilité, d'échapper à son sort, en abandonnant sa patrie, solution qui, si elle lui permettait de conserver la vie, n'en apparaissait pas moins moralement méprisable. L'exemple de Socrate qui, précisément, refuse de se soustraire aux lois, en quittant le sol d'Athènes, est, à cet égard, tristement célèbre⁵⁷.

Controversé à Rome, le droit de grâce, reconnu au chef de l'État, semble, au contraire, devenir, au XIX^e siècle l'un des piliers de nos institutions contemporaines, au moins jusqu'à ce que la loi n° 81-908, du 9 octobre 1981, *portant abolition de la peine de mort*, ne vienne gommer ce que ce droit avait de plus spectaculaire, la faculté pour un homme de disposer seul de la vie d'un autre homme.

II-1 – En droit romain, la grâce relève de plusieurs occurrences, l'*intercessio*, d'abord, l'*indulgentia*, ensuite, dès lors que l'empereur concentre entre ses mains la totalité des pouvoirs de la république.

II-1-1 – L'*intercessio*, dont l'origine se confond avec celles des institutions républicaines de Rome, n'est pas la grâce à proprement parler. Conséquence de la collégialité, l'*intercessio* consiste dans le droit reconnu à l'un des consuls en exercice de s'opposer aux décisions de l'autre, et par conséquent de les priver de toute existence légale. L'*intercessio* appartient également aux tribuns qui, placés directement sous la protection des dieux⁵⁸, peuvent, par ce moyen, anéantir toutes les décisions des magistrats de la cité, et notamment paralyser l'action des consuls⁵⁹. À ce titre, l'*intercessio* se distingue de la *prohibitio*, moins efficace, qui consiste à s'opposer, de façon préventive, à l'action d'un autre magistrat.

⁵⁷ V. PLATON, *Criton*, 51-53.

⁵⁸ Tite-Live, III, 55, 7 ; III, 56, 7 ; DENYS D'HALICARNASSE, VI, 89, 3.

⁵⁹ Le seul moyen de défense contre un tribun est alors de lui opposer l'*intercessio* d'un autre tribun.

Par extension, l'*intercessio* autorise bientôt tous les magistrats d'un même collège à s'opposer, *par potestas*, à l'exécution d'une décision prise par un autre membre de ce collège, et ensuite, à partir de la loi *Villia*, en 180 avant J.-C., à tout magistrat supérieur de remettre en cause, par sa *maior potestas*, l'acte d'un magistrat appartenant à un collège inférieur.

Quoique ses résultats soient extrêmement forts, en empêchant l'acte attaqué de produire ses effets, ce qui est également le cas de la grâce, la procédure d'*intercessio* obéit à des conditions rigoureuses. L'*intercessio*, tout d'abord, n'intervient jamais d'office. Elle suppose une *appellatio* préalable, formée dans un délai très bref⁶⁰. Cette *appellatio*, ensuite, reste un privilège de citoyenneté. Seul un citoyen romain, lésé par la décision d'un magistrat, est autorisé à solliciter l'intervention d'un autre magistrat de rang égal ou supérieur, qui demeure libre de censurer ou non la décision de son collègue.

Recevable, en théorie, à l'encontre de tout acte de coercition ou d'exécution, l'*intercessio* apparaît toutefois impossible à l'encontre de la décision rendue par un juge, quand bien même celui-ci aurait prononcé sciemment une sentence qu'il savait injuste. Le juge, « qui fait sien le procès », en répond personnellement, comme coupable d'un quasi-délit, au moyen d'une action *in factum*, destinée à réparer les conséquences de sa décision, qui continue néanmoins d'exister⁶¹. Il en est de même, en matière pénale, où le recours à l'*intercessio* apparaît également impossible dans le cadre des procès qui relèvent de la compétence des *quaestiones perpetuae*⁶². Le droit d'intercession apparaissait, en outre, illusoire, lorsqu'il s'agissait d'un acte sur lequel il était matériellement impossible de revenir, comme l'exécution d'un condamné à mort⁶³.

⁶⁰ Deux jours, au second siècle avant notre ère.

⁶¹ GAIUS, *Digeste*, 44, 7, 5, 4. Ce n'est qu'au début du bas-empire que de tels jugements sont déclarés nuls de plein droit : *Code Justinien*, 7, 64, 7 (an. 285).

⁶² Un passage du discours de Cicéron contre Vatinius est formel en ce sens. Vatinius, accusé en vertu de la loi Licinia Junia et cité à comparaître au bout de trente jours, avait fait appel aux tribuns. Cicéron le lui reproche comme un acte absolument inusité. Le tribun, dit-il, n'a pas le pouvoir d'arrêter cette instance : ni le droit, ni la coutume ne l'y autorisent.

⁶³ On notera, cependant, que lorsqu'un procès capital relevait des comices, l'accusé pouvait toujours, comme à Athènes, se soustraire à une éventuelle condamnation à mort, en lui préférant l'exil, tant que cette dernière n'était pas définitive.

Largement affaiblie, sinon supprimée, par Sylla, à l'aube du 1^{er} siècle avant J.-C., l'*intercessio* tribunicienne, l'est encore davantage avec le début de l'empire, où elle ne peut pas être exercée à l'encontre de l'empereur et de l'ensemble des fonctionnaires impériaux.

II-2-2 – Sous l'empire, alors que l'*intercessio*, désormais entièrement entre les mains de l'empereur, se transforme progressivement droit d'appel⁶⁴, le droit de grâce, qui s'en sépare, n'est que l'une des conséquences du transfert de la souveraineté dont, par l'effet de la prétendue loi royale, le peuple l'aurait entièrement investi. *Quod principi placuit legis habet vigorem*⁶⁵. La grâce, ou *indulgentia*, qui se distingue de l'abolition, laquelle se rapproche de l'amnistie⁶⁶, est le résultat de la bonté personnelle de l'empereur.

Par l'effet de son *indulgentia*, qu'elle soit générale ou spéciale⁶⁷, l'empereur peut décider d'interrompre un procès criminel⁶⁸, ou d'interdire les poursuites contre celui qui commis un délit, non par intention, mais par ignorance⁶⁹. Comme l'abolition, l'indulgence de l'empereur doit être refusée lorsque le crime est particulièrement grave ou touche aux intérêts de l'État. Elle doit l'être également aux accusateurs de mauvaise foi⁷⁰, ainsi qu'aux récidivistes⁷¹.

⁶⁴ Il arrive encore, au 1^{er} siècle de notre ère, que les empereurs, titulaires de la puissance tribunicienne usent de l'*intercessio* contre des sénatus-consultes. Leur droit apparaît, à cet égard, incomparablement plus efficace que celui des tribuns : d'abord parce qu'il est viager au lieu d'être annal ; ensuite parce qu'il s'exerce sur l'ensemble de l'empire et non pas uniquement à Rome et dans sa banlieue. À nouveau restreint par un sénatus-consulte en 56, l'*intercessio* des magistrats disparaît totalement à l'époque d'Ulpie, qui ne l'évoque même pas dans ses commentaires. L'*intercessio* impériale se transforme à son tour, au fur et à mesure que se développe la procédure d'appel, les empereurs se réservant non seulement d'annuler les décrets des magistrats, mais aussi celui de les réformer.

⁶⁵ ULPYEN, *Digeste*, I, 4, 1, *pr.*

⁶⁶ Soit qu'elle suspende les poursuites définitivement ou pendant un certain temps : *Code Justinien*, 9, 43, 1. L'abolition, qui doit être demandée, suppose l'accord des parties et ne peut être obtenue que *cognita causa* : *Code Justinien*, 9, 44, 2 ; 9, 42, 2. Elle n'est pas possible en cas de mauvaise foi ou pour certains crimes particulièrement graves : *Code Justinien*, 9, 42, 3. L'accusateur, qui laisse périliter des poursuites, nonobstant son engagement, et sans solliciter l'*abolitio*, encourt une condamnation : *Code Justinien*, 9, 45, 1.

⁶⁷ *Code Justinien*, 9, 51, 5.

⁶⁸ *Code Justinien*, 9, 22, 9.

⁶⁹ *Code Justinien*, 9, 23, 5 ; 9, 24, 1, 6.

⁷⁰ *Code Justinien*, 9, 46, 9.

⁷¹ *Code Justinien*, I, 4, 3.

Bien qu'elle dispense de tout ou partie de la peine, l'*indulgentia* n'efface ni le crime, ni l'infamie qui suit le crime, et n'empêche donc pas la reprise des poursuites par l'effet d'une accusation ultérieure⁷². Sauf disposition expresse⁷³, la grâce de l'empereur, et spécialement l'*indulgentia generalis*⁷⁴, ne remet pas davantage en cause les confiscations qui ont été effectuées avant ou pendant la condamnation, lesquelles restent acquises au trésor⁷⁵. Il en est de même du changement d'état, qui est la conséquence de la condamnation, que la faveur du prince ne saurait également remettre en cause. C'est ainsi que le fils de famille, libéré de la puissance paternelle, à la suite de sa condamnation à la déportation dans une île, n'est pas réintégré dans la puissance de son père, après avoir bénéficié de la grâce de l'empereur⁷⁶. De même, un esclave condamné aux mines, puis gracié, ne peut pas être restitué à son ancien maître, puisqu'il appartient désormais au fisc⁷⁷. Seul le condamné, qui a obtenu de l'empereur une grâce complète, doit être rétabli dans l'exact état où il se trouvait avant sa condamnation, aussi bien en ce qui concerne son patrimoine, que son honneur⁷⁸.

Prolongés par la pratique des indulgences ecclésiastiques, plénières ou partielles⁷⁹, ces principes sont encore, pour une large part, ceux des lettres de grâce de l'époque royale⁸⁰. La Révolution, considérant que la souveraineté appartenait désormais, tout entière, à la nation, tenta certes d'abolir le droit de grâce, mais en vain.

⁷² *Code Justinien*, 9, 43, 3 et 2.

⁷³ *Code Justinien*, 9, 51, 2 ; 49, 51, 3.

⁷⁴ *Code Justinien*, 9, 51, 7. Il en va, en revanche, différemment des indulgences spéciales qui, selon la nature des clauses qui y sont attachées, peuvent permettre la reprise des actions en justice commencées avant la condamnation : *Code Justinien*, 9, 51, 11 ; 9, 51, 12.

⁷⁵ *Code Justinien*, 9, 49, 4 ; 9, 51, 5. A partir de 426 au moins, les biens d'un condamné gracié reviennent, pour partie, à ses enfants : *Code Justinien*, 9, 49, 10, 4.

⁷⁶ *Code Justinien*, 9, 51, 6.

⁷⁷ *Code Justinien*, 9, 51, 8.

⁷⁸ *Code Justinien*, 9, 51, 13, 4.

⁷⁹ Lesquelles entraînaient la remise totale ou partielle de la pénitence publique imposée au pécheur. Les abus du système furent violemment dénoncés par Luther au XVI^e siècle.

⁸⁰ Les lettres de grâce, qui sont la conséquence de la souveraineté absolue du roi, ne peuvent notamment pas avoir lieu pour les crimes les plus graves, lèse-majesté, hérésie, faux monnayage, auxquels s'ajoutent les crimes visés par le titre 16, article 4, de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670.

II-2 – Attribut régalien par excellence, le droit de grâce n’avait certainement plus sa place dans le droit de la Révolution. Il la retrouve pourtant dès l’instauration du consulat, pour se maintenir intact, ou à peu près, jusqu’à nos jours.

II-2-1 – La Révolution n’avait que faire de la grâce, dont l’existence même constituait une injure au pouvoir souverain de la nation. Bien que favorable au maintien du droit de grâce, Montesquieu l’avait pressenti : « La clémence est la qualité distinctive des monarchies ; dans les républiques, où l’on a pour principes les vertus, elle est moins nécessaire »⁸¹. Une partie des criminalistes souhaite sa suppression. Dans sa *Théorie des peines*, Bentham écrit : « Si la peine est nécessaire, on ne doit pas la remettre ; si elle n’est pas nécessaire, on ne doit pas la prononcer ». L’article 3 de la déclaration des droits du 26 août 1789, en affirmant « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation », rendait, au demeurant, obsolètes les fondements de la grâce monarchique.

Le Pelletier de Saint-Fargeau, qui avait été l’éphémère champion de l’abolition de la peine de mort, fut également celui de la disparition du droit de grâce, que supprimait non seulement l’article 1^{er} du chapitre V, titre III, de la constitution du 3 septembre 1791⁸², mais aussi l’article 13 du titre 7 de la 1^{ère} partie du code pénal du 25 septembre 1791 : « L’usage de tous actes tendant à empêcher ou à suspendre l’exercice de la justice criminelle, l’usage des lettres de grâce, de rémission, d’abolition, de pardon et de commutation de peine, sont abolis pour tout crime poursuivi par voie de jurés ». Comme dans l’antique Athènes, le peuple souverain ne pouvait avoir d’autre juge que lui-même.

Ce n’était, cependant, là qu’un passage. De la même façon qu’il devint rapidement impossible de considérer que seule une loi pouvait décider de la nécessité publique en matière d’expropriation⁸³, il apparaissait vraisemblable de

⁸¹ *Esprit des lois*, 6, 21.

⁸² « Le Pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif ni par le roi ».

⁸³ Une situation qui résultait de l’article 17 de la déclaration des droits, « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment », et à laquelle les lois des 16 septembre 1807, *sur le dessèchement des marais*, et 8 mars 1810, *sur les expropriations pour cause d’utilité publique*, finirent par mettre un terme.

croire que le retour au césarisme conduirait nécessairement au rétablissement du droit de grâce. Dans les faits, le problème s'avérait plus complexe. On connaît, certes, l'expression fameuse de Bonaparte : « la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie »⁸⁴. Pour autant, cette affirmation ne signifiait nullement que le premier consul ait pu prendre, aussitôt, le risque politique d'un retour immédiat aux anciennes pratiques de la monarchie, dont la grâce faisait incontestablement partie. Les difficultés auxquelles conduisait l'application mathématique du code pénal de 1791 eurent toutefois raison de ces hésitations, l'opinion dominante étant désormais que les lois s'avérant, parfois, trop rigoureuses, il appartenait au chef de l'État d'en modérer les effets. Le sénatus-consulte du 14 thermidor an X disposait, par conséquent, dans son article 86, en réalité un article croupion, rejeté tout à la fin du texte constitutionnel⁸⁵ : « Le premier consul a droit de faire grâce », un droit, qu'au demeurant, il ne pouvait pas exercer sans concertation préalable⁸⁶.

Du premier consul, devenu empereur des français, en 1804, le droit de grâce, dont un arrêté avait, auparavant, étendu le bénéfice « aux condamnés pour désertion qui se sont faits remarquer par leur bonne conduite »⁸⁷, passait successivement au roi, en juin 1814⁸⁸, à l'empereur en avril 1815⁸⁹, avant de revenir au roi, en août 1830⁹⁰. La république ne changea rien, ou très peu.

II-2-2 – La république s'est, dès 1848, attribué le droit de grâce, dont, sous diverses conditions, elle a confié la responsabilité à son président, qu'elle élève

⁸⁴ Laquelle aurait été prononcée plusieurs fois, et figure notamment dans une *Déclaration consulaire* du 25 décembre 1799 (4 nivôse an VIII).

⁸⁵ Dans un titre X, *droit de faire grâce*, qui ne contenait qu'un seul article.

⁸⁶ « Il l'exerce après avoir entendu, dans un conseil privé, le grand juge, deux ministres, deux sénateurs, deux conseillers d'État et deux juges du tribunal de cassation ».

⁸⁷ Arrêté du 19 vendémiaire an XII (12 octobre 1803). La question de la grâce des déserteurs paraît avoir fortement agité le début du XIX^e siècle, puisqu'elle donne lieu, le 25 janvier 1807, à un avis du conseil d'État, puis à deux décrets des 23 décembre 1811 et 14 juin 1813, à une ordonnance des 6 et 19 février 1818, une autre des 14 et 30 octobre 1818, et, enfin, à un nouvel avis du conseil d'État des 8 et 17 janvier 1823.

⁸⁸ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, article 67 : « Le roi a le droit de faire grâce et celui de commuer les peines ».

⁸⁹ Acte additionnel aux constitutions de l'empire du 22 avril 1815, article 57 : « L'empereur a le droit de faire grâce, même en matière correctionnelle, et d'accorder des amnisties ».

⁹⁰ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, article 58 : « Le roi a le droit de faire grâce et celui de commuer les peines ».

ainsi au rang de monarque républicain. Les termes de l'article 55 de la constitution du 4 novembre 1848 attestent toutefois les précautions prises à cet égard. « Il (le président) a le droit de faire grâce, mais il ne peut exercer ce droit qu'après avoir pris l'avis du Conseil d'État. Les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi. Le président de la République, les ministres, ainsi que toutes autres personnes condamnées par la Haute Cour de justice, ne peuvent être graciés que par l'Assemblée nationale ». La constitution bonapartiste, du 14 janvier 1852, se contente, en revanche, d'affirmer, article 9, le président de la République « a le droit de faire grâce ». Moins d'une année plus tard, le sénatus-consulte du 25 décembre 1852, *portant interprétation et modification de la constitution*, disposait, dans son article 1^{er}, « L'empereur a le droit de faire grâce et d'accorder des amnisties »⁹¹.

D'une certaine façon, les lois constitutionnelles de 1875 marquent, en la matière, un retour à la seconde république. La loi du 25 février 1875, *sur l'organisation des pouvoirs publics*, prévoit, en effet, article 3, paragraphe 2, « Il (le président de la République) a le droit de faire grâce ; les amnisties ne peuvent être accordées que par la loi ». Le projet, rédigé en vertu de la loi constitutionnelle du 10 juin 1940, qui ne fut jamais promulgué, le confirmait à son tour : « Le président de la République ... a le droit de grâce »⁹².

Bien que préparant un régime d'assemblée, dans lequel la souveraineté appartiendrait au peuple, le projet de constitution du 19 avril 1946, maintenait paradoxalement l'existence de la grâce, dont, par exception, elle attribuait l'exercice, non plus au président de la République, mais au Conseil supérieur de la magistrature⁹³. La constitution du 27 octobre 1946 restitue le droit de grâce au président de la République, qui ne peut, toutefois, l'exercer qu'en Conseil supérieur de la magistrature⁹⁴.

Proche d'instituer une monarchie élective, celle du 4 octobre 1958, dans son premier état, prévoyait, article 17, « Le Président de la République a le droit de faire grâce ». La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, sur la

⁹¹ Le même texte devient l'article 16 du sénatus-consulte du 21 mai 1870, *fixant la Constitution de l'Empire*.

⁹² Article 16, 2°.

⁹³ Article 113 : « Le Conseil supérieur de la magistrature exerce le droit de grâce ».

⁹⁴ Article 35. L'amnistie, pour sa part, ne pouvait être accordée que par une loi : article 19.

modernisation des institutions, tout en renforçant, en théorie du moins, les pouvoirs du parlement, amendait légèrement le texte de l'article 17 : « Le Président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel »⁹⁵.

Si, dans la pratique, son champ apparaît très large et s'applique bien plus volontiers aux peines privatives de liberté qu'à la peine capitale, l'histoire de la grâce républicaine demeure incontestablement liée à celle de la peine de mort⁹⁶. Adversaire déclaré de la peine capitale, Armand Fallières gracie systématiquement tous les condamnés à mort entre 1906 et 1909⁹⁷. Las, le courant abolitionniste des premières années du siècle ne put résister au choc de deux guerres mondiales. Entre juillet 1940 et août 1944, Philippe Pétain refuse sa grâce à une cinquantaine de condamnés de droit commun, dont cinq femmes. Au début de la quatrième république, Vincent Auriol autorise cent cinquante-trois exécutions capitales, dont une vingtaine seulement concernent des faits de collaboration. Sous la présidence de René Coty, alors que la guerre d'Algérie multiplie le nombre des condamnations à mort⁹⁸, une quarantaine de délinquants de droit commun sont condamnés à la peine capitale, dont quinze sont exécutés et vingt sont graciés⁹⁹.

Le général de Gaulle qui, en son temps, avait accepté de commuer en détention à perpétuité la condamnation à mort de Philippe Pétain, prononce, en 1962, la grâce d'Edmond Jouhaud, mais refuse son pardon à Bastien-Thiry¹⁰⁰. S'agissant des condamnés à mort de droit commun, le général en gracie dix-huit, mais en

⁹⁵ Sous le régime de l'actuel article 17 de la constitution, la grâce, qui se demande, est prononcée par décret du président de la république, contresigné du premier ministre et du ministre de la justice. Quoique ce décret ne soit pas publié, la grâce a un effet immédiat. Le rejet d'une demande de grâce intervient, en revanche, sans forme, sous la seule signature du chef de l'Etat.

⁹⁶ On trouve à l'adresse <http://cewamale.free.fr/Geneami/condamnations.html> une liste très complète, mais non exhaustive, des condamnations à mort prononcées en France entre janvier 1870 et septembre 1781, avec en marge la suite qui a été réservée à ces condamnations, soit qu'elles aient été exécutées, soit que le condamné ait été gracié, soit qu'une autre peine ait été substituée à la peine de mort à la suite d'un pourvoi.

⁹⁷ C'est, au demeurant, sous son mandat qu'est discuté, après une première tentative en juillet 1906 (suppression des crédits accordés au bourreau), à la fin de l'année 1908, un projet de loi tendant à l'abolition de la peine de mort.

⁹⁸ Les tribunaux militaires d'Algérie auraient alors prononcé environ mille cinq cents condamnations à mort, dont deux cents furent exécutées.

⁹⁹ La condamnation des autres étant cassée par la Cour de cassation.

¹⁰⁰ Qui reste le dernier condamné à mort à avoir été fusillé, le 11 mars 1963.

laisse exécuter douze. Son successeur, Georges Pompidou, qui accorde systématiquement sa grâce jusqu'en 1972¹⁰¹, la refuse à Claude Buffet et à Roger Bontemps, mais l'accorde à Guy Chauffour, accusé de faits similaires¹⁰². Valéry Giscard d'Estaing, après avoir usé deux fois de son droit de grâce au début de son septennat¹⁰³, ne gracie pas Christian Ranucci, guillotiné le 28 juillet 1976, à l'âge de 22 ans, pas plus qu'il ne gracie Jérôme Carrein et Hamida Djandoubi, exécutés les 23 juin et 10 septembre 1977, alors qu'il avait pourtant accepté de gracier, le 8 janvier 1977, Marcellin Horneich et Joseph Keller, condamnés à mort le 25 juin 1976, par la cour d'assises de Toulouse, pour des faits d'une particulière cruauté¹⁰⁴.

La versatilité avec laquelle, pour des raisons diverses, certains ont usé de ce pouvoir régalien, « la loterie des grâces », a d'ailleurs très vraisemblablement, aidé, de manière bien involontaire, à l'abolition de la peine capitale. Comme le dira plus tard Guy Chauffour, « on ne voit rien mais on entend tout... la terre ne tourne plus pour moi ».

Tout condamné à mort aura la tête tranchée...

¹⁰¹ Cinq condamnés à mort sont graciés entre 1969 et 1972

¹⁰² Georges Pompidou refusera également la grâce d'Ali Ben Yanès, exécuté le 12 mai 1973, mais acceptera de gracier quatre nouveaux condamnés à mort dans les deux dernières années de son mandat.

¹⁰³ En faveur de Bruno Triplet, condamné à mort alors qu'il était mineur au moment des faits, et de Moussa Benzgara, un ancien harki.

¹⁰⁴ Quinze personnes seront encore condamnées à mort après l'exécution d'Hamida Jandoubi : trois au cours de l'automne 1977, puis une en 1979, et onze en 1980 et 1981 (dont la dernière par contumace). Toutes ont eu soit leur pourvoi en cassation accepté, soit leur peine convertie à la suite de l'abolition de la peine capitale, à l'exception de Philippe Maurice, condamné, le 28 octobre 1980, par la cour d'assises de Paris, dont le recours en grâce sera instruit et accepté par François Mitterrand après l'élection présidentielle de mai 1981.