

Utopie religieuse et procès pénal L'héritage historique : V-XV^e siècles

Gérard D. GUYON

Université de Bordeaux I

RÉSUMÉ.— Le procès pénal est inséparable d'une histoire où le sacré, à côté de la vengeance, est un élément constituant de nature utopique. L'héritage chrétien s'ajoute au sacrifice – contrat initial et aux conséquences de l'impiété antique. Les techniques probatoires, l'aveu surtout, ainsi que les peines, y reçoivent une sacralisation totale. Le procès aboutit à une certitude probatoire, dans la souffrance. Le caractère sacerdotal du juge le conduit à être l'instrument coercitif d'une recherche incessante de l'universelle unanimité.

Il convient d'abord d'écarter tout malentendu. La question posée ne relève pas de l'existence ou non d'une législation religieuse et d'une justice pénale qui seraient directement issues, dans notre exemple, du christianisme. En effet, l'accord est à peu près réalisé sur ce point ¹. Il y a certes, dès le IV^e siècle et la progressive constitution de l'Empire romain chrétien, des influences religieuses profondes qui touchent, en particulier, certains domaines de la vie juridique et judiciaire (famille, mariage, droit pénal). De même, on trouve une très importante construction éthique chez les Pères de l'Église ², puis plus spécialement médiévale. Mais la nature de la foi chrétienne, les valeurs de l'Évangile, le fait que l'Église ne se limite pas à des préceptes (*les préceptes tuent*, dit saint Paul) et ne cherche pas seulement à imposer des lois ; tout cela, empêche la formation et l'existence d'un véritable droit chrétien. Dans aucune législation, en aucun

¹ Biondo-Biondi, *Il diritto romano-cristiano*, Milan, 1952-1954. On complétera très utilement ces trois volumes, à l'interprétation parfois contestable, par J. Gaudemet « La législation religieuse de Constantin », *R.H.E.F.*, XXXIII, 1947, p. 25-61. Le droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du III au V^e siècle, IRMAE, I, 3b, Milan, 1978. « Les relations entre le pouvoir politique et les communautés religieuses d'après le code théodosien », *Atti dell'Accademia romanistica Costantiniana*, IV, Pérouse, 1981, p. 433-446. Cl. Dupont, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin*, t. 1, *Les infractions*, t. 2, *les Peines*, Lille, 1953 et 1955.

² B. Altaner, *Précis de Patrologie*, Mulhouse, 1961, particulièrement sur l'histoire religieuse et culturelle, p. 52-53 et le droit et la formation des institutions, p. 69-73 ; J. Quasten, *Initiation aux Pères de l'Eglise*, 3 vol., Paris, 1955-1962.

temps, il n'y a eu totale concordance et surtout confusion entre les principes religieux chrétiens et les valeurs du droit laïque³.

Ceci posé, la Justice et spécialement le procès pénal, non seulement se situent dans un système général très ancien, où le sacré⁴ apparaît – à côté de la vengeance⁵ – comme un élément essentiel, sinon même constituant (idée du sacrifice, du châtement, de l'expiation) ; mais aussi dans une perspective religieuse plus particulière, héritée du christianisme et fortement exprimée entre le V et le XV^e siècle, dans le droit canonique et les institutions ecclésiastiques⁶.

On peut, semble-t-il, étudier le procès pénal dans cette optique et constater qu'il s'organise autour d'une vision juridique idéale, d'ordre utopique. La Justice y connaît des institutions et un fonctionnement procédural ambivalents au regard des dogmes de la foi et des pratiques réelles. Elle est surtout profondément marquée par un esprit religieux, une utopie chrétienne dont les héritages sont parfois encore visibles dans certains aspects du procès pénal contemporain.

L'expression utopie chrétienne⁷ est utilisée pour montrer que cette vision de la justice pénale et cette organisation du procès ne sont pas seulement directement issues de l'Église elle-même, de ses règles et de ses organes. Elles empruntent plutôt à un modèle inhérent à l'univers total, que constituent le religieux et le pouvoir qu'il met en œuvre. Le résultat pénal est un ensemble de certitudes processuelles faites de dogmatisme et d'efficacité liés entre eux⁸ et censés aboutir au travers du procès, correcteur des comportements fautifs, à l'universelle unanimité.

³ P. Valdrini, J. Vernay, J.-P. Durand, O. Echappé, *Droit canonique*, Paris, 1989. Les empereurs d'Orient se comportèrent souvent en législateurs chrétiens, par exemple le titre « *de summa trinitate et de fide catholica* », du code de Justinien (C. J. I. 1).

⁴ E. Castelli, H. Brouillard, P. Ricoeur, *Le sacré, études et recherches*, Paris, 1974. M. Mauss, « Les fonctions sociales du sacré », in *Œuvres*, I, Paris, 1968, p. 21-36 et sur le système sacrificiel, p. 266-272. P. Brown, *La société et le sacré dans l'antiquité tardive*, Paris, 1965. C. Gioffredi, « Sulla concezione romana della pena », *Studi E. Voltera*, II, Rome, 1971, p. 335.

⁵ Cf. les études récentes sur les origines du contrôle social de la violence et ses exceptions, N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, p. 319-327 et les travaux de J. Verdier et alii, *La vengeance : études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, 4 vol., Paris, 1980-1984, (le système vindicatoire, t. I). J.-M. Carbasse, « La peine en droit français », in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, LVI, Bruxelles, 1991, p. 158-159.

⁶ G. Le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, *L'âge classique (1140-1378), Sources et théorie du droit*, (H.I.E.O., tome VII), 1965, p. 11-14. L. Waelkens, « La peine dans le droit canonique », in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, LVII, Bruxelles, 1989, p. 377-380.

⁷ J. Servier, *Histoire de l'utopie*, Paris, 1967, p. 56-58. J. Séguy, « Du culturel au cultuel », *Annales E.S.C.*, 1974, p. 1280-1290 ; sur la dialectique de l'adaptation et du refus de l'Église et du Monde, Kolakowski, *Chrétiens sans église*, Paris, 1969. H. Desroches, *L'homme et ses religions*, Paris, 1972. Selon S. Goyard-Fabre, « Le procès révélateur du droit », *Rev. de la recherche juridique*, 1983, p. 144, le procès pénal révèle les « requêtes méta-logique d'un ordre du droit ».

⁸ P. Legendre, *L'amour du censeur, Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, 1974, p. 50-55. D. Salas, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, 1992, p. 48 et la note 71.

Nous voudrions donc mettre l'accent sur ce soubassement historique chrétien général qui culmine dans une conception quasi-sacerdotale du juge pénal. Celle-ci est héritée des ministères sacrés et dérive d'une imprégnation forte de la nature même de l'autorité politique⁹. Ce fondement s'exprime d'abord, plus précisément, dans les énoncés majeurs relatifs à la procédure, aux techniques probatoires héritées des Pénitentiels monastiques – par exemple, la pratique de la confession/aveu. On y trouve la formation de la culpabilité individuelle définie autour de quatre principes initiaux d'expiation, de pardon, de réparation et de réconciliation¹⁰. Le domaine des peines correspond également à une nouvelle morale du châtement qui fait une part, bientôt exclusive, soit à la mort cathartique et chrétienne¹¹, soit à l'enfermement cellulaire qui connaît un premier mode de réalisation, très tôt dans le Moyen Âge, dans les communautés monastiques. Cette dernière peine se fortifie des exemples du *Murus* des tribunaux de l'Inquisition et met en relation les composantes toujours actuelles de l'isolement, du travail régénérateur, de leurs effets sur la conscience fautive, vaincue, contrite et finalement pardonnée et restaurée dans ses droits et capacités.

I — LA QUESTION LIMINAIRE DE LA PLURALITÉ DU LEGS RELIGIEUX DANS LE PROCÈS PÉNAL

Depuis déjà un certain temps, les ouvrages consacrés au droit pénal¹² font une place au sacré, au religieux, à côté de la vengeance et des compositions légales tarifées coutumièrement ou par le pouvoir. En particulier, pour tout ce qui ressort de la justice criminelle. Ainsi par exemple, les travaux de M. Mauss, R. Girard pour les ethno-anthropologues ; L. Gernet et J.-P. Vernant pour la Grèce ; M. Meslin ou D. Sabatucci, J.-M. David et D. Briquel pour la Rome antique¹³.

Ces études soulignent l'existence d'un sacrifice-contrat, dans le fonctionnement judiciaire, qui rétablit les équilibres sociaux troublés par un acte criminel grave. Les indivi-

⁹ J. Krynen, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII-XVème siècle*, Paris, 1993, p. 167 et s.

¹⁰ G. Rosaloto, *Le sacrifice*, Paris 1987, p. 103.

¹¹ On peut consulter les pages consacrées à la mort dans Ph. Aries, G. Duby, *Histoire de la vie privée*, Paris, 1985-1986. Ph. Aries, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident*, Paris, 1975, *L'homme devant la mort*, Paris, 1977. F. Lebrun, *Les hommes et la mort en Anjou au 17 et 18ème siècles*, Paris, 1971. Sur la peine de mort, J. Imbert, *La peine de mort*, Paris, 1972 ; P. Savey-Casard, *La peine de mort, esquisse historique et juridique*, Genève, 1968. R. Merle, « Les théologiens devant la peine de mort », *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960.

¹² A. Laingui, A. Lebigre, *Histoire du droit pénal, Histoire de la procédure pénale*, 2 vol., Paris (1979-1980), p. 122-123. A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, Paris, 1985. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, p. 13, avec des références bibliographiques, p. 16-17.

¹³ L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, 1968, p. 157-174 (quelques rapports entre la pénalité et la religion dans la Grèce ancienne), p. 175-211 (sur l'exécution capitale). Du même, *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1982, p. 15-27. E. Karabelias, « La peine dans Athènes classique », in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, LV, Bruxelles, 1991, p. 77-132. Les articles de J. M. David et D. Briquel, *Du châtement dans la cité, supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, E.F.R., Rome, 1984, p. 131-175 et 225-240.

des coupables se rachètent ainsi, par le moyen de l'expiation qui est au cœur de toute pénalité, de la malédiction sociale consécutive à leur faute. Ils accomplissent leur peine et rentrent alors dans la communauté. Mais il peut arriver que leur acte est inexpiable, tellement grave, qu'il ne reste pas d'autre solution que de retrancher totalement celui qui l'a commis. Le procès pénal est alors le lieu où s'opère le consentement à cette mise à mort. Opération délicate, rituelle, sacrée. Elle met en jeu des procédures (mots ou actes) qui font reposer sur la mort ou l'expulsion d'un seul individu, la résolution du drame collectif en jeu.

L'interrogation, en premier lieu du droit pénal romain ¹⁴ montre que, à côté d'une législation civile sans égale pour son temps et même bien au-delà, il n'a pas fait l'objet de grandes théories, ni même de mesures législatives d'ensemble. C'est seulement avec le *De poenis* de Modestin – mort en 238 – que l'on trouve une conception unitaire du droit romain. Enfin, il a été plus fortement que tout le reste du droit profondément marqué par la religion et la pratique.

Le procès pénal, bien après la Rome primitive, continue d'utiliser des rites religieux nombreux. La flagellation est par exemple un rite apotropaïque, servant à la fois à détourner la colère des dieux et à expulser le mal présent dans l'âme du coupable. Les rites du *culleus* (sac), pour les parricides ¹⁵, enferment le coupable dans une outre en peau de bête avec un coq, un chien, un singe, un serpent. Jeté dans le Tibre, il signifie une volonté d'expulsion totale, très métaphorique dans ses rites mêmes. L'existence d'une terminologie juridique empreinte de religieux est très visible. Le mot *supplicium* a le double sens de prière aux dieux et de sacrifice du coupable. Le mot latin *crimen* vient de *cernere*, c'est-à-dire séparer, passer au crible. Dans la *sacratio*, la sacerté, le *sacer* peut être tué par quiconque et celui-ci est alors un interprète de la volonté des dieux. Enfin, la *ploratio*, ou imprécation rituelle est destinée à proclamer solennellement l'état du coupable. C'est aussi une sorte de chant cathartique dont il reste des formes méditerranéennes encore actuelles (Corse et Sardaigne).

La piété romaine ¹⁶ explique, jusque tardivement sous l'Empire, l'existence de nombreux procès concernant la pratique religieuse et les violations, délibérées ou non, qui pouvaient y intervenir. Ainsi, dans le culte des morts, occasion de rupture grave de la *pax deorum* ¹⁷. De même, les délits contre la religion officielle de Rome, nombreux jusqu'à la Rome chrétienne et au-delà, lors de l'éphémère renaissance des rites traditionnels sous l'Empereur Julien, sont des atteintes à la sûreté de l'État. Mais ces procès ne

¹⁴ Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, Paris, 1907, I, p. 1 et s ; II, p. 229 et s. G. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Turin, 1970. M. Humbert, « La peine en droit romain », in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, LV, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵ A. Magdelain, « Parricidas », Du châtement dans la cité ; supplices corporels et peine de mort dans le monde antique », E.F.R., *op. cit.*, p. 549 et s.

¹⁶ M. Meslin, *L'homme romain*, Paris, 1978, p. 197-217.

¹⁷ M. Humbert, « La peine en droit romain », in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, *op. cit.*, p. 138. J. Scheid, « Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine », in *Le délit religieux dans la cité antique*, E.F.R., Rome, 1981, p. 117-171.

font pas apparaître une quelconque motivation subjective. Toute la répression est centrée sur une notion totalement objective de l'impiété¹⁸.

L'héritage chrétien général est circonscrit tout d'abord à la date où commence son influence décisive sur le plan politique, juridique et social. Dès le IV^e siècle, avec l'édit de Milan en 313 et après l'édit de Thessalonique en 380, le christianisme impose d'abord un sens communautaire nouveau qui comporte des obligations juridiques, pénales, de plus en plus strictes.

Le pouvoir impérial du Bas-Empire se sert de la justice pénale pour lutter, à la fois, contre une immoralité particulière et collective croissante et des désordres économiques et financiers multipliés. Mais surtout, le procès pénal est un instrument qui a reçu une légitimité nouvelle très forte du fait du christianisme. Il met en œuvre des procédures et des sanctions qui poursuivent une finalité, non plus judiciaire ou même politique au sens strict, mais religieuse, globale. Le procès est le point culminant d'un appareil d'État qui impose une orthodoxie et une orthopraxie rigoureuses.

La légitimité provient, tout d'abord, de ce que le procès pénal est posé différemment au regard de sa nature et de sa fonction. A partir du moment où l'Église est reconnue officiellement par l'État romain, elle devient un partenaire, un allié du pouvoir. Cela l'amène à justifier et à célébrer la justesse des interventions pénales du législateur et du juge. Les formules de saint Cyprien et de saint Jérôme ne laissent aucun doute : « le prince est obligé d'empêcher les vols... de ne pas laisser vivre les parricides, les parjures », « celui qui frappe les méchants dans leur vice et porte un instrument de mort pour tuer les scélérats incorrigibles, celui-là est Ministre de Dieu », « les chairs putrides doivent être coupées »¹⁹.

Nécessité d'une autorité légitime et grande sévérité pénale sont liées. La peine de mort reçoit pendant toute la période de l'Empire chrétien un supplément de force, son territoire d'application devient beaucoup plus large. Pour ce qui concerne l'Empire d'occident, cela s'achève à la fin du V^e siècle avec la chute de Rome. Mais on trouve, par contre, des pratiques d'une extrême dureté, dans le cumul romano-byzantin-chrétien oriental : temps pendant lequel l'Église a été totalement absorbée par le pouvoir politique et où la théocratie impériale règne sans partage²⁰.

Il y a donc, autour du V^e siècle, un moment décisif pour le procès pénal. Les procédures proviennent des règles en vigueur devant les tribunaux du Bas-Empire (*cognitio extraordinem*), mais les rites chrétiens les recouvrent peu à peu, particulièrement dans le

¹⁸ On peut faire une comparaison avec la condamnation d'*atimie*, en Grèce, c'est-à-dire la privation des éléments constitutifs de la personne (*timé*) et qui aboutit finalement à celle de la citoyenneté. E. Karabelias, « La peine dans Athènes classique », in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, *op. cit.* p. 119. Sur les liens étroits entre pouvoir politique et foi qui marquent la fin du paganisme et l'installation du christianisme, le livre capital de P. Chuvin, *Chronique des derniers païens*, Paris, 1991, p. 24-30, 45, 76, 138.

¹⁹ E. Patlagean, « Byzance et le blason pénal du corps », *Du châtimement dans la cité*, *op. cit.*, p. 405-426. Il s'agit d'une doctrine commune dont les emprunts sont bien visibles (Épître de Pierre, II, 13, 14, Évangile de Jean, XIX). Toutefois, saint Augustin et saint Ambroise font prévaloir des solutions plus modérées.

²⁰ Cf. sur le « totalitarisme » byzantin, le colloque de Bruxelles, 1990, « Le souverain à Byzance », *Revue internationale d'études byzantines*, *Byzantion*, n° 61, Bruxelles, 1991.

domaine des preuves et des peines. Les éléments probatoires techniques hérités du droit romain connaissent un début de déclin (l'écrit-libelle), au profit du témoignage. L'usage des supplices reçoit un supplément de légitimité en raison d'une conception de la souffrance associée à la culpabilité, à la contrition selon la foi chrétienne. La peine de mort est excessivement utilisée, dans une perspective de pieuse cruauté sous des formes (peine du feu surtout) valorisées par cette même finalité religieuse. Ce sont surtout ces aspects qui aboutissent à une véritable consécration des techniques de preuves, devenues de véritables modèles grâce à des exemples cléricaux, principalement monastiques, qui pèsent lourdement sur l'ensemble du procès pénal entre le VIII^e et le XIV^e siècle.

II. — LA CONSÉCRATION RELIGIEUSE DES TECHNIQUES PROBATOIRES

Le droit romain a laissé un legs procédural en matière de preuves étayé sur des distinctions classiques : preuves savantes (écrits), preuves testimoniales, indices, présomptions ; ou encore relatives aux modes de sanctions, aux peines²¹. Toute cette classification et cette casuistique qui donnent au juge un arsenal de références proviennent de la procédure romano-canonique des tribunaux ecclésiastiques et des travaux des docteurs savants, glossateurs et postglossateurs. Les jurés des « questiones », puis plus tard, au Bas-Empire, les juges impériaux forment leur conviction librement²². Mais à côté de cet héritage juridique, le complétant, lui conférant même un sens nouveau (en raison d'influence religieuse, moralisatrice ou dans une simple christianisation formelle et superficielle), on peut noter une consécration, une sacralisation d'ordre technique. Elle est manifeste dans deux domaines, celui de l'aveu et celui des témoignages et des preuves irrationnelles.

*Le domaine de l'aveu*²³

Tout d'abord, peut-on vraiment dire, à partir du V^e siècle, qu'il y a des preuves « laïques » et des preuves religieuses ? La distinction est floue. Dans la stricte théologie chrétienne venue des conceptions vétéro-testamentaires, tout est religion. Aucun pouvoir, aucune institution, aucune matière, acte, pensée ne peuvent être autrement que sous le regard et l'autorité du jugement de Dieu. Le sacré recouvre ainsi de plus en plus la sphère probatoire, tantôt par l'apparition d'un sens nouveau donné à la preuve, tantôt par transformation formelle des rites.

²¹ Voir pour le régime des preuves et les conditions de l'accusation, L. Mer, *L'accusation dans la procédure pénale du Bas-Empire*, thèse droit, Rennes, 1953 ; Y. Thomas, « *Confessus pro judicatio*, L'aveu civil et pénal à Rome », *L'aveu, l'Antiquité et le Moyen Âge*, E.F.R., t. 88, p. 89-117 ; les articles de J. Ph. Lévy, R. C. Van Caenegem et M. Boulet-Sautel dans *La Preuve*, Rec. Soc. J. Bodin, XVII, Bruxelles, 1963.

²² M. Humbert, « La peine en droit romain », *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, *op. cit.*, p. 149.

²³ Mise au point dans J. M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, *op. cit.* p. 163-164.

L'aveu toutefois n'est pas une preuve centrale dans la procédure romaine. De même, il ne prend une place décisive qu'après avoir reçu le sceau de la redoutable efficacité inquisitoriale des tribunaux d'exception créés expressément pour lutter contre les hérésies en 1199, puis codifiés par le quatrième Concile de Latran en 1215²⁴. Mais il est clair que l'héritage religieux y est des plus constitutifs après le XIII^e siècle et davantage encore entre le XVI^e et le XVIII^e siècle.

L'aveu judiciaire procède sans doute de la *confessio pro judicato* du droit romain, mais plus encore des pratiques venues des Pénitentiels, sorte de manuels à l'usage des confesseurs, catalogues de classification, listes d'incriminations (fautes) et de pénalités (pénitences) correspondantes²⁵. Ces confessions-aveux viennent des monastères irlandais. Elles s'appliquent, dans le cadre monastique, à des communautés fermées, éprises de rigueur morale et d'une recherche de l'idéal de vie chrétienne. A l'origine, ces aveux se sont d'abord adressés à la communauté rassemblée – cela prendra le nom, après la réforme bénédictine colombanienne²⁶ de « chapitre des coupes ». Celle-ci est juge, sous la direction de l'Abbé, comme l'étaient les premières assemblées lors du christianisme primitif, dans la procédure nommée *denunciatio evangelica*.²⁷ Toutefois, cette modélisation à partir des exemples pénitentiels monastiques donne à l'aveu une signification nouvelle qui s'accroît et acquiert toute sa plénitude lors de la transformation de la procédure accusatoire en procédure inquisitoriale au cours du XIV^e siècle.

En premier lieu, l'aveu reçoit dans la souffrance, la douleur, une valeur et une crédibilité ajoutées. Selon les définitions des Pères de l'Église, lecteurs et interprètes de l'Écriture, du Nouveau Testament, la douleur du chrétien est rapportée à celle du Christ souffrant qui sert en quelque sorte d'entraînement²⁸. Ce qui sera déterminant aussi, nous le verrons, dans la conception et le traitement de la culpabilité.

Souffrir est bon, juste. La confession ne peut se faire que dans un aveu des fautes douloureux et par là même rédempteur. Cet effet est aussi d'ordre médicinal. Il annonce la correction, la conversion qui s'opérera dans la peine. Sans doute, la contrition, la syn-dérèse (reproche secret que fait la conscience de quelque crime qu'on a commis et qui

²⁴ Dans une bibliographie immense et très contrastée, on peut retenir pour notre point de vue, *Le credo, la morale et l'Inquisition*, Cahiers de Fanjeaux, 6, Toulouse, 1981. H. Maison-neuve, *Études sur les origines de l'Inquisition*, Paris, 1960. On aura une vue plus spéciale dans A. Pales-Gobilliard, « Pénalités inquisitoires au XIV^e siècle », in *Crises et réformes de l'Église grégorienne à la Préréforme*, 115^e congrès nat. Soc. Savantes, Avignon, 1990, C. T. S. H., 1991, p. 143-154.

²⁵ C. Vogel, *Le pécheur et la pénitence dans l'Église ancienne*, Paris, 1982 ; du même, *Le pécheur et la pénitence au Moyen Âge*, Paris, 1982, et surtout P. Legendre, « Aux sources de la culture occidentale. L'ancien droit de la pénitence », *Écrits juridiques du Moyen Âge occidental*, Paris, 1988, p. 575-595. La pénitence constitue l'enveloppe générale, le moule du système canonique (p. 581), sur le sens anthropologique de la pénitence (p. 593) et la constance religieuse des cultures (p. 594).

²⁶ *La Regula coenobialis* de Colomban contient une tarification des peines et l'apogée de cette littérature va du IX au XI^e siècle.

²⁷ J. Gaudemet, *L'Église dans l'Empire romain, IV, V^eme siècle*, H.I.E.O., t. III, Paris, 1958, p. 230-232.

²⁸ Par exemple, Origène, « L'exhortation au martyre », in Eusèbe, *Histoire ecclésiastique*, (Sources chrétiennes), Paris, 1952, 6, 2, 2-6. J. Quasten, *Initiation aux Pères de l'Église*, t. II, *op. cit.*, p. 8-90. Les écrits de Tertullien sur la discipline, la morale, l'ascèse dans le traité *Ad Martyras* et *De poenitentia* (J. Quasten, II, 344-345, 355-356) ; Cyprien, *De mortalitate* : la mort est le repos après la lutte et la souffrance de la vie, (J. Quasten, II, 422-423).

tourmente sans cesse), le remords sont aussi nécessaires, mais cette contrainte, *vexatio*, qui entoure l'aveu, explique que l'on accepte et justifie de plus en plus que « la confession se fait dans les tourments »²⁹, que la torture (légalisée officiellement, dans la procédure de l'Inquisition elle-même en 1252) est de plus en plus utilisée. Les usages du droit romain, (la torture réservée aux procès concernant les esclaves, les personnes viles) sont bien sûr présents et redécouverts, ainsi que d'autres, lors de la renaissance du droit romain opérée par les docteurs bolognais qui concerne aussi le domaine pénal (cf. la glose *interrogare* de Bartole, sur le Digeste, par exemple)³⁰. Les canonistes sont cependant de différents avis et la torture, c'est certain, n'est pas une institution canonique³¹. Mais il semble que l'explication qui joint l'introduction de la torture, la pénétration du droit savant et la procédure inquisitoire est trop large. La logique même de l'aveu et celle du système des enquêtes suffit largement à expliquer et le rôle de la confession judiciaire et celui de la souffrance qui l'accompagne sous la forme de la *question*.

L'on sait que depuis toujours, la place du corps est au centre du rituel judiciaire – comme caution aussi. L'expression : « caution corps pour corps »³² est très nette, même si elle a parfois un caractère simplement comminatoire. Lorsque les accusés devront répondre « par leur bouche », dans le secret de la prison et pas « seulement ouïe », c'est-à-dire entendus à l'audience publique, la transformation procédurale sera achevée. Il y a, à cet égard, au cours du XIV^e siècle, un ensemble de dispositions qui donnent au juge des pouvoirs de plus en plus étendus et qui montrent un durcissement de l'attitude des juridictions pénales par rapport aux siècles précédents. Les violences physiques judiciaires sont de plus en plus fréquentes, alors qu'auparavant, sauf pour les crimes graves, le prisonnier ne devait pas être soumis à la torture (*question*), « car on luy ferait grief et tort »³³.

L'esprit qui anime les juridictions attachées à la poursuite de l'hérésie a alors pénétré très profondément les mécanismes de l'instruction dans le procès criminel. Par exemple, l'ancienne distinction entre l'information et l'enquête n'existe plus (l'*inquisitio generalis* et l'*inquisitio specialis* du droit canonique). Tous les actes deviennent secrets et le moment, appelé *temps de grâce* – dans la justice de l'Inquisition – mais aussi temps de dénonciation et de crainte, devient celui d'un emprisonnement de plus en plus fréquent qui permet des rapports juge-inculpé fondés sur un ensemble de contraintes toujours plus nombreuses et perfectionnées. Elles peuvent prendre la forme du jeûne, de l'isolement absolu et même de la torture. Là aussi, la légitimité opère dans un cadre quasi-religieux,

²⁹ Jean de Mille, *Praxis criminalis persequendi*, 1541, traduct. et éd. A. Lebigre, Moulins, 1983, p. 25-28.

³⁰ Bartole, *ad Digeste*, XLIII, XVIII, I, 21, n° 1 et 2. Bibliographie dans J. M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, *op. cit.*, p. 163-164. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, Milan, 1952, (Studi sul processo criminale, p. 54, n° 6). B. Durand, « Preuves légales et indices, "ad Torturam" », "l'exemple du Conseil Souverain du Roussillon" », *R. H. D.*, 1976, p. 636-637.

³¹ P. Fournier, *Les officialités au Moyen Âge*, Paris, 1880. Le décret de Gratien condamne la torture (*Dec. Grat.*, 4, c. XXIII, 95), même si l'Église paraît en légitimer un usage très modéré (Cf. *Summa Rufini*, éd. Schulte, p. 246 - *Summa Stephani Tornacensis* (Etienne de Tournai), éd. Schulte, p. 203).

³² A. Porteau-Bitker, « L'emprisonnement sous caution », in *Les sûretés personnelles*, Rec. Soc.J. Bodin, XXIX, Bruxelles, 1971, p. 58-81. Y. Bongert, *Histoire du droit pénal*, Paris, 1966, p. 219.

³³ Boutillier, *Somme rurale*, éd. Charondas Le Caron, 1621, L. I. 4.

celui d'un dialogue confessoratoire dramatique entre deux protagonistes, dans lequel seule la souffrance apporte sincérité et garantie d'efficacité et de vérité³⁴. Ainsi, l'enquête, la mise en détention et les épreuves morales, psychologiques et physiques interviennent à titre de système de conviction pour le juge³⁵.

Il s'agit, on le constate, à la fin du Moyen Âge et pour les siècles suivants, d'un procès qui pose désormais, au nom de la vérité sur le crime, des questions de plus en plus étendues à l'accusé. On ne se préoccupe plus seulement de déterminer les circonstances, l'imputabilité, pour leur appliquer une peine. C'est devenu un interrogatoire en profondeur sur ce qui l'a conduit à son acte et l'on veut aussi mesurer le plus précisément possible le risque et la correction à lui appliquer.

Cette appréciation, ce jugement sont de véritables diagnostics. Ils sont des héritages de la pratique, mais beaucoup plus encore, de la logique des tribunaux de l'Inquisition destinés à extirper des opinions et des comportements hérétiques. Cela dépasse de très loin ce que l'on entend par investigations pénales. Ces techniques nouvellement consacrées par cette logique religieuse ont une fonction opératoire précise. Elles reposent sur le secret, une subtilité et sacralisation des preuves, la diligence dans la conduite du procès sous l'autorité du juge et le rôle bientôt majeur de l'écrit.

*La christianisation de l'irrationnel probatoire*³⁶

Cette christianisation prend, en premier lieu, la forme de rites surajoutés. Cela est visible dans les corrections apportées aux preuves irrationnelles venues des coutumes germaniques, ordalies, duel judiciaire³⁷. Cette influence, au demeurant assez faible – quoique un peu plus marquée lors de l'éphémère renaissance juridique de l'Empire carolingien, a pour but aussi de modérer des épreuves souvent dangereuses pour les parties en cause. Mais d'une part, les cultures et mentalités jusqu'au XII et même XIII^e siècle acceptent de telles pratiques comme normales et ne mettent que tardivement en cause leur efficacité probatoire³⁸ ; d'autre part, ce caractère religieux nouveau, chrétien, ne

³⁴ Déjà dans la conception romaine de la torture, la souffrance infligée à l'esclave est gage de vérité, Th. Mommsen, *Droit pénal romain, op. cit.*, I, p. 405.

³⁵ G. D. Guyon, « L'information criminelle et la détention avant jugement du Moyen Âge au XVIII^e siècle », VII^e congrès de l'Assoc. Fr. de droit pénal, Bordeaux, 1984, *Les cahiers du droit*, 1985, p. 48-75.

³⁶ Il y a aussi, à côté de la christianisation proprement dite, à travers tout le Moyen Âge le problème non moins essentiel de la « dé-paganisation ». Cf. K. F. Werner, « Le rôle de l'aristocratie dans la christianisation au nord-est de la Gaule », Colloque de Nanterre, 1974, in P. Riché, *La christianisation des pays entre Loire et Rhin (IV-VII^e siècle)*, Paris, 1993, p. 36. Ajouter « La conversione al cristianismo nell'Europa dell'alto medioevo », in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo*, XIV, Spolète, 1967.

³⁷ M. Boulet-Sautel, « Aperçu sur le système des preuves dans la France coutumière du Moyen Âge », in *La Preuve*, Rec. Soc. J. Bodin, *op. cit.*, p. 275-325. J. Gaudemet, « Les ordalies au Moyen Âge », *ibidem*, p. 133 et s., et les synthèses les plus récentes de A. Laingui, A. Lebigre, *Histoire de la procédure pénale, op. cit.*, p. 36-38 et J. M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal, op. cit.*, p. 162 et s.

³⁸ P. A. Sigal, *L'homme et le miracle dans la France médiévale (XI-XII^e siècle)*, Paris, 1990.

pouvait qu'assez mal coïncider avec des pratiques profondément ancrées, à la fois dans l'univers du panthéon germanique ancien et dans des usages judiciaires et guerriers accordés à la violence ambiante et à son rapport avec la criminalité et son traitement ³⁹.

Dans cette perspective, il ne semble pas que la distinction classique, par exemple, en matière de serment entre *purgatio canonica* et *purgatio vulgaris* soit très judicieuse ⁴⁰. On sait que le serment, dès les origines les plus anciennes du christianisme, fait l'objet d'une suspicion et même d'un rejet : « que ton oui soit oui, ton non, non ; tout ce qui est de plus vient du Malin » (Matthieu, VI, 37). Le serment s'explique surtout par une conception globale de l'existence, d'un univers où le surnaturel en fait partie intégrante et même le conditionne et l'informe ⁴¹. Le surnaturel fonde les rapports de causalité et l'on est en présence d'un déterminisme très strict. Il importe avant tout à la structure même de la société, à son édifice et harmonie, que l'équilibre garanti par les dieux (ou Dieu) ne soit pas remis en cause. Pourtant, il y a aussi des éléments sociaux dans les preuves irrationnelles. Le serment, les ordalies sont des traductions métaphoriques d'un sentiment social à l'égard de la personne soupçonnée. Ils sont une représentation, une expression des désirs, des sentiments, des volontés du corps social et le juge n'est pas sans jouer un rôle essentiel dans l'examen du rapport entre la norme sociale et la conformité de l'individu accusé. C'est le juge qui interprète les symptômes révélant la culpabilité ou l'innocence.

Enfin, cela sera également visible dans le rituel logique du procès pénal, au fur et à mesure de sa complexité savante, de la séparation croissante de deux univers distincts – celui des parties et celui des juges (écrits incompréhensibles, secret des enquêtes, de l'instruction et même des débats) –, particulièrement après les ordonnances de 1539 et 1670 ⁴². On est ainsi en présence de pratiques qui peuvent ébranler la conscience de l'accusé et l'amener à accepter le verdict surnaturel de culpabilité, atteindre la croyance en son innocence et détruire finalement sa personnalité.

C'est pourquoi, la christianisation reste en fait marginale. Elle n'atteint pas en profondeur la nature de ces preuves. Ce n'est pas en prêtant serment sur des reliques, des Évangiles, voire des cloches (!), ou par des jeûnes (l'accusé est nourri seulement d'eau, de sel et de pain azyme) ou en mettant un anneau béni, une croix dans l'eau bouillante que l'on transforme fondamentalement ces épreuves. Peut-être plus significatif cependant est le sens nouveau apporté au duel judiciaire. On constate d'abord une certaine séparation entre magie et religion. Les précautions liminaires (par exemple, pour éviter que les combattants ne recèlent des amulettes qui les protégeraient des coups) montrent plus qu'un simple transfert de formalisme et la mise en place de gestes chrétiens ou christia-

³⁹ P. Ourliac, « Le duel judiciaire dans le Sud-Ouest », in *Mélanges R. Monier, Revue du Nord*, XL, 1958, p. 345 et s. H. Mercier, « Le jugement de Dieu ou duel judiciaire au Moyen Âge en Bourgogne-Romandie », in *M. S. H. D. B.*, 1948, p. 207-215. G. D. Guyon, « La procédure du duel judiciaire dans l'ancien droit coutumier bordelais », *Mélanges R. Aubenas*, Montpellier, 1974, p. 385-409. Les manuels des folkloristes pourraient sans doute apporter de notables renseignements.

⁴⁰ Ch. Leitmaier, *Die Kirche und die Gottesurteile, eine Rechtshistorische Studie*, Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten, II, Wien, 1953, p. 55.

⁴¹ Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire, essai de sociologie juridique*, Paris, 1963, p. 102-107.

⁴² A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, Paris, (1882), 1969, p. 108, 135 et s.

nisés⁴³. Il y a un sens chrétien nouveau donné au combat judiciaire lui-même. « Dieu combat avec l'innocent ». C'est un élément qui se surajoute à la signification ancienne dans laquelle la divinité faisait connaître simplement son avis par l'intermédiaire des éléments naturels (eau, feu) ou d'un acte de pure force. Comme on l'a bien montré en ce qui concerne les écrouelles et le pouvoir thaumaturgique des rois⁴⁴, ce « miracle » (et la victoire de l'innocent dans le combat judiciaire en est un), est compris de deux façons : l'une populaire : le roi est guérisseur parce qu'il est soutenu par Dieu ; l'autre savante qui nous intéresse ici : le roi en tant que tel est inséré dans un ordre providentiel qui lui donne même la possibilité de faire des miracles. Ainsi, le procès, au travers du jugement de Dieu dans le duel judiciaire, peut être analysé sous ces deux mêmes angles⁴⁵. Le Dieu qui combat est un thème populaire, sans cesse présent tout au long de l'histoire du christianisme ; de même, le caractère instrumental du procès dans l'ordre providentiel divin laisse naturellement place à l'intervention de Dieu. C'est un chaînon dans la construction qui aboutit à la certitude probatoire et à la Vérité finale en Dieu.

Il reste tout de même que l'ensemble est très fortement empreint des mentalités, du code de l'honneur et des rituels des défis guerriers aristocratiques⁴⁶. Quant au témoignage, on doit aussi y relever deux points intéressants. En premier lieu, la persistance de la valeur essentielle de la proclamation orale. Ce qui sort de la bouche du témoin. Ce n'est pas seulement à cause de la faiblesse, voire de la quasi-disparition de l'écrit dans la société entre le V et le XI^e siècle⁴⁷. C'est aussi parce que, dans le christianisme même, à côté d'un héritage de faits, écrits, commentés, interprétés (les Écritures-la religion du Livre), le message de la Foi repose avant tout sur des témoignages humains, oraux, sur une tradition (*paradosis*) de la parole, vécue comme véhicule singulier, premier, et porteur d'une signification et autorité exceptionnelles. S'y ajoute sans doute également la proclamation testimoniale des martyrs, témoins souffrants et saints. La notion de *testes de credulitate* prend ici tout son sens.

Ensuite, même si l'addition des témoignages, modèle très répandu, (où l'accusateur et l'accusé amènent chacun de nombreux co-jureurs, compurgeurs, *nodatores* qui viennent s'associer à leur serment) révèle le poids social de telles pratiques ; elles apparais-

⁴³ Sur les formules, le rituel, E. Kaufman, *Die Erfolgshaftung*, Frankfurt/Main, 1958, p. 50.

⁴⁴ M. Bloch, *Les rois thaumaturges - Étude sur le pouvoir surnaturel attribué à la puissance royale, particulièrement en France et en Angleterre*, Paris, 1961, 2^e éd. *passim*.

⁴⁵ Reste la question, qu'il ne faut pas éluder, de la place de la transaction dans la vie judiciaire médiévale, même après la fin du XIII^e siècle, par exemple dans le duel judiciaire, B. Guenée, *Tribunaux et gens de justice à la fin du Moyen Âge, (vers 1380 - vers 1550)*, Paris, 1963, p. 81, 431, 901. J. Chiffolleau, *Les justices du Pape. Délinquance et criminalité dans la région d'Avignon au XVI^e siècle*, Paris, 1984, p. 279-280. C. Gauvard, « De grace especial ». *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, 1991.

⁴⁶ Cf. L'imaginaire littéraire autour du duel judiciaire, F. C. Riedel, *Crime and Punishment in the old French Romances*, New-York, 1935. G. Cohen, « Le duel judiciaire chez Chrétien de Troyes », *Annales de l'Université de Paris*, 1933, p. 510-527. M. de Riquer, *El combate imaginario, « las cartas de batalla de Joanot Martorel »*, Barcelone, 1972. Pour l'évolution du duel, H. Morel, « La fin du duel judiciaire en France et la naissance du point d'honneur », *R. H. D.*, 1964, p. 574 et s.

⁴⁷ P. Guilhiermoz, « La persistance du caractère oral dans la procédure française », *N. R. H. D.*, 1889, p. 10.

sent, dans l'univers chrétien, dotées d'une signification plus précise, là encore liée à la notion de *communauté de témoins*. On y trouve un héritage de la première Église, des assemblées de chrétiens des trois premiers siècles et la poursuite d'un but particulièrement utopique, parfois jusqu'à l'encratisme, le refus total du monde⁴⁸. Ce groupe, cette Église, c'est enfin, plus globalement, le rappel de l'existence des fidèles, des baptisés. Ils forment une communauté dans laquelle la foi est un lien dominant tous les autres et cela jusque très tardivement, certainement pendant tout le Moyen Âge⁴⁹. Le travail des théologiens et des canonistes autour du témoignage⁵⁰ (hiérarchie des preuves, témoins reprochables, place des indices, adminicules, etc...) rompt certes cette conception restrictivement humaine de la preuve testimoniale. Il fait partie d'une autre logique ultrarationnelle, étroitement prédéterminée elle aussi. Le juge se trouve alors totalement lié par un système dans lequel, preuve complète, demi-preuve, quart de preuve ont leur correspondance stricte dans la culpabilité prononcée, complète, mitigée, insuffisante et jusque dans la peine elle-même. Le mécanisme qui conduit à la certitude judiciaire s'est seulement déplacé. Mais la Vérité inéluctable et intangible est aussi au bout de cette « sacralisation » renouvelée des techniques probatoires.

Les procès concernant les animaux, au demeurant assez mal connus⁵¹ et dans lesquels rarement, et d'une manière insuffisante, sauf anecdotique, ont été étudiées les composantes religieuses et anthropologiques, constituent un exemple, a *contrario*, éclairant.

Les cas sont peu nombreux relativement, sans doute, à leur fréquence réelle. Ils s'accompagnent de rites étranges, incongrus, scandaleux mêmes, mais porteurs de signification à la fois religieuse et pénale. Lorsque la justice pénale s'intéresse aux animaux, c'est la plupart du temps à des animaux domestiques (porcs, chiens, ovins, parfois abeilles). Donc situés dans une proximité relative vis-à-vis de l'homme. Ils sont jugés pour crimes dans des procès que l'on rencontre encore au XIII^e siècle. La cérémonie est symbolique dans l'accusation comme dans la peine. Parfois l'animal (porc par exemple) est revêtu d'habit⁵² pour que l'identification à l'être humain soit plus visible et, malgré une simplification inhérente aux parties en cause, la procédure est la plus proche pos-

⁴⁸ « Que vienne la grâce, que le monde périsse », *Didaché*, 10, 6. D'où l'importance de la *Koinonia*, (synthèse harmonieuse de liberté et de discipline », Tertullien, *Apol.*, 39, I). Voir notre article, « Recherches sur les origines des institutions chrétiennes, Ier-III^e siècle », in *Religion, Société et Politique*, Mélanges J. Ellul, Paris, 1982, p. 40-60.

⁴⁹ Selon P. Brown, *Genèse de l'Antiquité tardive*, Paris, 1972, p. 143, c'est dans la querelle des *Lapsi* (ceux qui avaient abjuré leur foi et voulaient revenir dans l'Église) que s'est mis en place le mécanisme d'intégration dans l'Église et la reconnaissance juridiquement fixée et sanctionnée de l'appartenance à la communauté des fidèles. Adde, *Les fonctions des saints dans le monde occidental (III^e-XIII^e siècle)*, E. F. R., Rome, 1991.

⁵⁰ J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge, depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle*, Lyon, 1939 et B. Schnapper, « "Testes inhabiles", Les témoins reprochables dans l'ancien droit pénal », in *T. V. R.*, 33, 165, p. 574-616.

⁵¹ Bibliographie rare, M. Rousseau, *Les procès d'animaux*, Namur, 1964, J. Vartier, *Les procès d'animaux du Moyen Âge à nos jours*, Paris, 1970. Dr L. Hernandez, *Les procès de bestialité aux XVI et XVII^e siècles*, Paris, 1920.

⁵² Cf. les exemples littéraires dans P. de Mandiargues ; J. Michelet, *Histoire sociale, Origines du droit français cherchées dans les formules et symboles du droit universel*, Paris, Calmann-Lévy, s. d., p. 273, 278, 280.

sible de celle qui est suivie pour un procès pénal ordinaire. Ces pratiques et formes posent deux types de question.

La première est bien claire. Depuis la haute antiquité, les cas abondent de condamnation d'objets (pierres tombant et tuant un passant, arbres) ou d'animaux. Dans des religions où domine l'animisme, rien d'étonnant. Ce qui l'est davantage, c'est la poursuite de ces procès, alors même que le christianisme s'est largement imposé.

La deuxième question conduit à un début de réponse. Elle est celle du rapport qui s'établit entre l'objet et l'acte criminel sur le plan de la responsabilité et qui transite lentement, mais continûment, jusqu'à l'individu de plus en plus identifié et isolé dans ses éléments psychologiques profonds. Pendant quelque temps encore, l'homme reste attaché en quelque sorte, par des liens étroits, à la chose, à l'animal, à ce qui a été l'objet, le moyen ou la victime de son acte. Ainsi la punition qui atteint la hache ou l'épée et le bras qui a porté le coup et finalement le meurtrier dans sa personne. Ainsi, le « partenaire » animal, complice, auteur, coauteur, lorsque le chien, dont on avait la garde, a tué. Ou encore, l'animal toujours, objet de certains crimes comme tous ceux qui touchent à la bestialité. Dans les procès qui s'y rapportent, l'animal et l'individu coupable sont parfois jugés ensemble, toujours tués ou brûlés vifs en même temps – encore au XVI^e siècle⁵³.

Ne faut-il pas aussi relever dans l'expression : le corps du délit, une image forte et significative au début du Moyen Âge. La « *cruentatio cadaveris* » est de cet ordre. Le corps de la victime est amené devant le tribunal, quelquefois par l'accusé lui-même et si le cadavre saigne, par exemple, la preuve de la culpabilité est faite.

Dans ces exemples, qui touchent à la fois au domaine des preuves⁵⁴ et à celui des peines, la corporalité semble l'emporter sur toute autre chose. Elle est le siège de la faute, du mal, elle est le lieu de la punition elle-même. « *Spiegelnde Strafe* » disent les juristes – peines réfléchissantes – faux talions qui voient mutiler les parties du corps qui

⁵³ Le souvenir de l'acte informe doit disparaître totalement et il ne doit rien rester, ni du procès, ni du corps du délit (*Dec. Gratien C. 15, Q I, p. c. 3* : « *Quia refricant memoriam facti* ». On trouve de nombreux cas, même tardifs, dans la théorie et la pratique des tribunaux. Bohier, *Decisiones burdegalenses*, Lyon, 1559, décision 316 (« *Atrocissimi delicti ac nephandissimi* », « *pecora tali flagitio contaminata indignam refricant facti memoriam* ». Farinacius et J. Clarus nous apprennent que non seulement on punit du dernier supplice ceux qui commettent ce crime, mais aussi « *simplex conatus punibilis licet crimen non fuerit consumatum* », in Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, éd. 1785, t. XVI, p. 336. Duret, *Traité des peines*, éd. 1583, f^o 41 vo et 42 vo : « *La beste doit estre mise à mort avec l'homme ou la femme par elle accostez, pour éviter à ce que si elle demeueroit en vie ainsi polluée et contaminée la seule mémoire en fut odieuse aux hommes* ». La condamnation a un effet rétroactif pour déclarer nulles les donations, testaments et toutes dispositions. Des exemples dans les jugements du parlement de Bordeaux en 1510, 1554 et 1594, cf. G. D. Guyon, « Doctrine et pratique répressives de la sexualité, autour de quelques arrêts du Parlement de Bordeaux au XVI^e siècle », *Trav. et Docum. d'hist. Instit. et Région. Univ. Bordeaux I*, 1985, n^o 3, p. 163,173. Th. Maes, « Les délits de mœurs dans le droit pénal coutumier de Malines », *Revue du Nord*, 1948.

⁵⁴ Par exemple, la femme violée vient devant ses juges avec ses habits déchirés; les coups et blessures pour lesquelles les plaies doivent encore saigner. H. Platelle, « La voie du sang », *Actes 99^eème congrès Soc. Savants Besançon*, 1974, Paris, 1974, I, p. 161-179. On trouve parfois quelques rares cas au XVII^e siècle, C. Plessis-Buisset, *Le criminel devant ses juges en Bretagne au XVI-XVII^eème siècles*, Paris, 1988, p. 265.

ont été l'instrument du délit (la main du voleur, le sexe pour les crimes sexuels). Mais on le voit, le lien est resté longtemps étroit sur ce point entre l'animal et l'homme. La dissociation opérée par l'héritage chrétien, quoique lente et tardive, en est d'autant plus marquante. Elle opère, *in fine*, une reconstitution du procès autour de la culpabilité individuelle⁵⁵, avec une nouvelle morale du châtement associée à une conception nouvelle et très chrétienne de la mort et de la prison.

III. — LE DOMAINE DES PEINES

La nouvelle morale du châtement est d'abord ce qui transforme la peine la plus ancienne, culmination traditionnelle de l'échelle des sanctions. La peine capitale est désormais comprise dans une conception chrétienne de la mort. La prison est issue de la réflexion et des usages des peines cellulaires des communautés monastiques durcis dans les diverses formes du *Murus* des tribunaux de l'Inquisition. La mort chrétienne est heureuse. Il y a quelque paradoxe et blasphème dans l'accolade de ces qualificatifs. Pourtant, c'est ici que le legs et même l'utopie chrétienne sont le plus net, le plus précoce, le plus durable.

La peine de mort

La peine de mort, on le sait⁵⁶, est vindicative et se réfère au talion (le « *sanguine dare poenam* » d'Ennius), pleinement commutative (vie pour vie), expiatoire. La mort rituelle (les katharmoi grecs) accompagne toujours la peine capitale sous différentes formes. Les supplices, variés et cruels, sont liés longtemps à une quasi-absence de morale du châtement et au contraire sont fondés sur la valeur et le sens implicite de la sanction, son analogie avec le crime et la nécessité d'une exemplarité forte, associée à une démonstration de la puissance de l'autorité⁵⁷.

Les élans de pieuse cruauté qui accompagnent la normalité rigoureuse du Bas-Empire chrétien portent principalement sur des exemples des justices orientales dans l'Empire byzantin plus sévères et autoritaires que dans la *Pars occidentalis*. Ils montrent d'abord une considérable extension de la peine de mort pour des délits nouveaux, économiques, religieux, civils. La peine de mort traduit aussi un certain déclasserement social, car elle porte surtout sur les « *humiliores* », les personnes de rang inférieur.

Après 313, il y a une élimination de la pendaison, de la peine d'amphithéâtre (*traditio ad bestias*), de la crucifixion – en raison des leçons des Évangiles. Au contraire, on remarque une multiplication de la peine du feu (*crematio*). Les réserves à son sujet sont pourtant nombreuses. Des Pères de l'Église argumentent contre elle et l'on sait que

⁵⁵ R. Metz, « La responsabilité pénale en droit canonique », in *La Responsabilité pénale*, trav. du colloque de philosophie pénale de Strasbourg, 1960, Paris, 1961, La question de la fréquence de la peine de mort a été très bien posée par P. Braun, « Variations sur la potence et le bourreau », in *Histoire du droit social*, (Mél. J. Imbert), Paris, 1989, p. 101 et la note 26.

⁵⁶ Cf. J. Imbert, *La peine de mort*, *op. cit.*, *passim* ; P. Savey-Casard, *La peine de mort, esquisse historique et juridique*, *op. cit.*, p. 21-34.

⁵⁷ E. Karabelias, « La peine dans Athènes classique », *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, *op. cit.*, p. 55.

de nombreux martyrs, au III^e siècle, redoutaient d'être brûlés, car ils craignaient de ne pas pouvoir renaître charnellement⁵⁸. Cependant, la croyance en l'Enfer se développe fortement au IV^e siècle. Les empereurs chrétiens y croient et condamnent au feu et ces sanctions se trouvent valorisées implicitement par un triple contenu : punitif, purificateur, et probatoire⁵⁹.

Dans le même temps, ces condamnations sont de plus en plus souvent extérieures au délit et un même méfait peut être puni par des supplices différents. De plus, on peut dire que tout le panorama judiciaire se cléricalise et que le procès pénal s'inscrit dans une perspective théologique et de discipline chrétienne. A cet égard, les supplices sont souvent des métaphores parfaitement claires et comprises par tous.

La peine de mort hérite, par conséquent, à partir du V^e siècle, en Occident, d'un supplément important de légitimité. La chute de Rome n'y change rien. Cette valeur nouvelle de la peine de mort est même confortée dans le legs coutumier des envahisseurs germains rapidement convertis et baptisés. Que la christianisation soit orthodoxe ou l'hérésie arienne, pour certaines ethnies, n'a pas d'importance. Ces caractères chrétiens désormais associés à la peine de mort seront durables, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, peut-être même sont-ils socialement encore opérants au cœur du XIX^e siècle.

Le christianisme donne à la peine capitale des caractères nouveaux. Dans les sociétés antérieures, la mort pénale est l'illustration nécessaire d'un pouvoir qui a besoin de cette manifestation extérieure, dans un ordre non encore réalisé. Elle est aussi, rappelons-le, le signe majeur par lequel la communauté tout entière s'exorcise de la malédiction et des châtiments qui risquent de peser sur elle et de l'anéantir⁶⁰.

Les idées chrétiennes reprennent bien sûr ces thèmes, mais dans des perspectives neuves. La mort est envisagée selon la leçon du message évangélique amplifié dans l'attente fiévreuse de la Parousie du I^{er} siècle, les réveils millénaristes ultérieurs. La vie n'est plus qu'un simple passage transitoire vers l'au-delà radieux de la contemplation de Dieu et du partage du bonheur en Dieu. La mort est devenue heureuse, bonheur, délivrance. Mourir devient la grande affaire du chrétien, dans la pédagogie de l'Église jusqu'au XVII^e siècle.⁶¹ La seule qu'il doit avoir à l'esprit constamment. Bien sûr, la mort et le cadavre sont des réalités courantes, non dissimulées, et les conditions matérielles et démographiques (forte mortalité, forte natalité) participent à cette exaltation du sens et rôle de la mort. C'est là un thème central des Pères de l'Église et de toute la littérature théologique, mystique, homilétique qui suivra.

⁵⁸ J. Delumeau, *La peur en Occident*, Paris, 1978, *passim*. Du même, *Une histoire du Paradis*, Paris, 1992, p. 45-48.

⁵⁹ Ces sanctions opèrent à l'intérieur d'une conception totale du droit. Celui-ci doit alors organiser la vie du chrétien et préparer le futur de l'au-delà. Il fait partie de l'ordre de la création de Dieu et il y a un ordre chrétien non seulement individuel, mais plus encore social. P. Andrieu-Guitrancourt, *Introduction sommaire à l'étude du droit en général et du droit canonique contemporain en particulier*, Paris, 1963, p. 19-22.

⁶⁰ Cf. le rapport de synthèse de J. Vanderlinden in *La Peine*, Rec. Soc. J. Bodin, *op. cit.*, p. 509.

⁶¹ Il ne faut pas oublier l'importance et la forme de l'image dans la dramaturgie de la mort médiévale. C. Raynaud, *Images et pouvoir au Moyen Âge*, Paris, 1993 ; le langage et la violence dans les enluminures, p. 194 ; les scènes d'exécutions, p. 197 ; les valeurs contenues dans l'image, p. 208. Ajouter, F. Garnier, *Le langage et l'image au Moyen Âge*, Paris, 2 vol., 1982-1989.

L'Église encourage donc finalement tout ce qui contribue à entretenir chez les hommes une présence et une familiarité souhaitables avec la mort. Par conséquent, la publicité, le caractère exceptionnel et dramatiquement théâtral des exécutions capitales, prennent un sens particulier dans une « culture de la mort » qui donne à la mort d'autrui, du condamné, une valeur d'exemple ⁶².

La mort du criminel rappelle ainsi doublement que l'on ne peut pas transgresser la loi et l'autorité du pouvoir impunément. La mort du criminel est aussi celle du pécheur. Le droit canonique pénal définit le droit de punir à partir de l'idée du mal. Celui-ci est punissable par Dieu, quelle que soit la forme sous laquelle il se manifeste. C'est un droit absolu. Le péché lui-même entraîne une peine et donc du mal naît la souffrance et à tout délit correspond une peine rétributive. Il y a, enfin, une coïncidence entre la responsabilité morale qui dérive du péché et la responsabilité pénale liée au délit ⁶³.

La leçon des Évangiles est parfaitement claire. Elle prouve que le plus grand criminel a toujours la possibilité de se racheter et de faire une bonne mort – celle du larron – ce qui inclut la mort pénale. Enfin, il y a, *a contrario*, le modèle de la mort du Christ, témoin souffrant, image toujours présente, associée pendant tout le Moyen Âge, aux pauvres, aux malheureux, aux criminels.

Cette complémentarité constitue un ensemble d'une grande cohérence religieuse. Elle atteint en profondeur les mentalités, la « culture pénale », et cet effet, à la fois cathartique et édifiant, du spectacle de la mort pénale, est la base fondamentale de la violence justicielle et de la peine de mort. Celle-ci, on peut le constater tout au long du Moyen Âge et même après, repose sur des règles précises, dans une sorte de dramaturgie ⁶⁴, où tout le monde connaît et apprécie la signification des différentes phases, où les spectateurs participent souvent très étroitement à la mise en scène elle-même, encouragent le condamné, prient et se repentent avec lui ⁶⁵, conspuent au contraire les principaux interprètes – bourreaux compris. Le tout évolue dans une atmosphère, une harmonie passionnelle et religieuse. Tout est fait, également, pour illustrer le caractère sacré de la vie. Elle n'appartient qu'à Dieu et on ne peut ni se tuer soi-même, ni tuer autrui impunément.

La prison pénale

La prison pénale appartient aussi à cet univers. Elle est en effet très marquée par « l'utopie chrétienne » sans doute, moins précocement utilisée, mais porteuse d'un

⁶² G. D. Guyon, « La justice pénale dans le théâtre religieux du XIV^e siècle, Les miracles de Notre-Dame par personnages », *R. H. D. F. E.*, 69, 1991, p. 485-486.

⁶³ A. Laingui, « Le droit pénal canonique source de l'ancien droit pénal laïc », Colloque d'Angers, 1985, in *Église et Pouvoirs*, Angers, 1987, p. 215, sur le couple pénitence et péché et le caractère intrinsèquement volontaire de la faute.

⁶⁴ G. D. Guyon, « La justice pénale dans le théâtre religieux », art. cit., p. 485.

⁶⁵ Cf. le plumeur du *Procès de Gilles de Rais*, éd. G. Bataille, Paris, 1965, p. 387-388. Les juges doivent donner au condamné toute possibilité de se confesser ; il peut alors être même enterré en terre chrétienne, cf. P. Braun, « Variations sur la potence et le bourreau », art. cit., p. 107-108 et les notes.

message dont les modes d'incarcération contemporains sont encore profondément tributaires. Il n'est pas sans intérêt de rappeler les éléments de la prison monastique sur laquelle Dom Mabillon a fait porter la toute première réflexion carcérale, dans la direction qui nous anime ⁶⁶. Cela est en définitive plus important que la question, au demeurant encore pendante, de la réalité de la prison et de son usage comme peine, avant la fin du Moyen Âge ⁶⁷.

Ce qu'il convient de souligner, c'est le sens initial donné à l'enfermement cellulaire hérité du christianisme et du monachisme, ainsi que la perspective utopique et la « totalité instrumentale » qui s'y trouve incluse, fortifiée par la logique et la pratique des tribunaux de l'Inquisition.

L'héritage monastique est d'abord moins pénal que disciplinaire ⁶⁸. Les grandes règles, bénédictine, colombienne, cistercienne ou clunisienne et les textes, ne consacrent que peu de dispositions à cette question. Mais elles sont très claires. Par exemple, les chapitres de la *Regula benedicti* XXIII « *de excommunicatione culparum* », XXIV « *qualis debet esse modus excommunicationis* », XXV « *de gravioribus culpiis* », XXVIII « *de his que saepius correpti emendare noluerint* ». La leçon est la suivante : d'abord l'obéissance doit être totale « Ils marchent au jugement et au commandement d'autrui » et non « *in suo arbitro* » (v, 23). Tout récalcitrant, « *murmurans* » (« *murmurans* ») ou qui viole la règle ou les ordres des Anciens sera admonesté une ou deux fois, en secret, puis publiquement ⁶⁹. S'il ne se corrige pas, il sera excommunié et puni d'un châtiment corporel (XXIII, 11,12). Les fautes graves encourent la privation de la table commune et de l'oratoire et de tout commerce des autres (travail et prière - XXV, 1 à 6). Cette exclusion est donc totale, interne. Elle empêche quiconque de communiquer avec le coupable : « *aut loqui cum eo vel mandatum ei dirigere, similem sortiatur excommunicationis vindictam* » (XXVI, 1-5). Des personnes nommées « *sympectes* » dans la *Regula Benedicti* littéralement « qui jouent avec » – c'est-à-dire des sortes de confidents, sont envoyées par l'Abbé pour amener le coupable à résipiscence.

⁶⁶ Dom J. Mabillon, « Réflexions sur les prisons des ordres religieux », in *Ouvrages posthumes*, éd. Dom V. Thuillier, 1724, t. II, p. 321-335.

⁶⁷ La règle du Digeste, « *Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* », (D., 48, 19, 8, 9). A. Porteau-Bitker, « L'emprisonnement au Moyen Âge », *R. H. D.*, 1968, p. 3950. Contra B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XIII au XVIIIème siècle, (docteurs savants et usages français)*, Paris, 1974. On trouve cependant au XVIème siècle des mesures qui s'inspirent précisément de la pénitence expiatoire et du travail obligatoire à perpétuité, cf. G. D. Guyon, « Doctrine et pratique répressive de la sexualité », art. cit., p. 175. Les travaux entrepris à la suite de M. Foucault, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, 1975, n'ont pas encore bien éclairé cette question de la prison laïque ; P. Deyon, *Le temps des prisons. Essai sur l'histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire*, Lille, 1975 ; M. Perrot, *L'impossible prison*, Paris, 1980 ; J. G. Petit, *La prison, le bagne et l'histoire*, Paris-Genève, 1984.

⁶⁸ Dom P. Delatte, *Commentaire sur la Règle de Saint-Benoît*, Paris, 1969, p. 41, 45. P. R. Molitor, *Aus der Rechtsgeschichte benediktinischen Verbands, Untersuchungen und Skizze*, 3 vol., Munster, 1928-1933, particulièrement le tome I. Dom P. Cousin, *Précis d'histoire monastique*, Senon, 1956, p. 183-223. P. Armangier, « Mentalité et culture. Aperçu sur la mentalité monastique au XIème siècle », *Annales E. S. C.*, 1972, p. 415-422.

⁶⁹ *Regula benedicti*, chap. XXIII, 11, 12.

Ce système est la base de toute l'organisation pénale et carcérale des communautés monastiques bénédictines et de leurs filiales. Il sert aussi de modèle à l'institution du *Murus* mis en place par les tribunaux de l'Inquisition⁷⁰. Cette prison est utilisée dans un cadre d'abord limité à la phase de l'enquête et de rassemblement des preuves, autour de la recherche de l'aveu, puis à partir de la fin du XV^e siècle, progressivement comme peine par les tribunaux royaux. La communauté monastique peut être en effet envisagée comme une structure religieuse totalement fermée. C'est une société idéale tout entière orientée vers le Salut de tous. La faute grave d'un seul membre est donc, à la fois, une perturbation de l'ordre interne disciplinaire, mais surtout elle remet en cause la réussite du but final. Elle met en péril le salut de la totalité qu'elle constitue. Dans aucun autre exemple, la clarté du message délictuel n'est aussi aveuglante : la faute d'un seul est la faute de tous – communion des saints et communication de la sanctification opèrent dans ce cadre pénal⁷¹.

Par voie de conséquence, l'exclusion, l'excommunication ne peuvent être qu'intérieures à la communauté, à son enceinte même. A cet égard, les monastères remplissent complètement les conditions de fonctionnement des sociétés utopiques, forteresses d'où l'on ne sort jamais et où les problèmes disciplinaires et pénaux sont traités à l'intérieur⁷². Les *Murus* du monastère et des prisons inquisitoriales sont aussi des lieux de châtiement où le coupable condamné est corrigé de plus en plus durement. La *Regula Benedicti* est très claire : « s'il ne s'amende pas, on lui infligera une correction plus rude, c'est-à-dire, on procédera contre lui par le châtiement des verges » (XXVIII, 4, 5). Le système carcéral mis au point par le quatrième concile de Latran de 1215 et complété ultérieurement au milieu du XIII^e siècle distingue un « *Murus largus*, *Murus strictus*, *Murus strictissimus* », c'est-à-dire un emprisonnement de plus en plus fermé et physiquement très dur (mains et pieds attachés, jour et nuit). Ces pratiques proviennent directement des usages monastiques.

Toutefois, ce n'est que le côté étroitement punitif. Il est le plus visible et le plus corporel, associé au jeûne et à l'abstinence. Il est complété par des mesures plus intéressantes du point de vue qui nous anime.

La Règle Bénédictine, ainsi que les prisons de l'Inquisition, font une place essentielle à une conception médicinale de la peine. Celle-ci est d'ailleurs dans la ligne canonique la plus classique⁷³ On y distingue les peines vindicatives, des peines médicales. Ceux qui ont failli sont des malades. La privation du commerce des autres est le signe du risque de la contagion. Le refus de faire participer à la prière, c'est-à-dire à l'activité fondamentale, constitutive même de la communauté (*orantes*) est aussi le risque d'un

⁷⁰ Sur la prison inquisitoriale, l'*in pace*, l'ouvrage des inquisiteurs N. Eymerich et F. Peña, *Le manuel des inquisiteurs*, Paris, 1973, p. 202-206.

⁷¹ L. Waelkens, « Le droit canonique », in *La Peine*, Rec. Soc.J. Bodin, *op. cit.*, p. 403. La peine est fondée sur la théorie de la *Communio*.

⁷² G. D. Guyon, « L'utopie et l'imaginaire juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, p. 261-275.

⁷³ A cet égard, le livre V des Décrétales de Grégoire IX et du Sixte forme un véritable code pénal de l'Église où sont rassemblés les textes relatifs à la peine/pénitence. Cf S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf Dekretalen Gregor IX*, Vatican, 1935 ; plus récemment R. Merle, *La pénitence et la peine, théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, 1985.

état, d'une folie, qui empêchent toute communication avec Dieu. Quant à la solitude du travail, elle comporte la plénitude de la malédiction qui l'accompagne depuis la faute d'Adam et le nécessaire partage de l'effort et de la peine pour toute la communauté en offrande à Dieu.

L'Abbé doit agir en sage médecin, « *circa deliquentes fratres ut sapiens medicus* » (XXVII, 1, 2). Il s'agit de soins empressés, car aucune âme ne doit être perdue. L'étude psychologique du délinquant, son accompagnement par des frères spécialement choisis pour leurs connaissances, leur expérience, leur solidité dans la foi et leur adresse à opérer la conversion du condamné sont au centre d'un vaste et complexe système d'enfermement. La peine, par conséquent, n'est pas limitée dans le temps. Elle est subordonnée à la vérification de la correction et de la guérison. Elle peut être perpétuelle.

On le voit, la prison se trouve en complet accord avec cette conception de la religion comme totalité. Tantôt utopie pratiquée, dans l'idéal religieux vécu des communautés monastiques, tantôt utopie simplement projetée comme un pouvoir dont l'empreinte sur l'ensemble du corps politique et social et le succès dépendent de la force de l'appareil religieux dans l'histoire, ou de l'accaparement de son idéologie par l'autorité politique ⁷⁴. On sort ici du procès pénal. Mais simplement ramenées à la dimension judiciaire, ces données éclairent aussi le lent travail autour de la formation de la culpabilité individuelle et de ses quatre principes ⁷⁵.

Sans renier tout des grandes philosophies épicurienne et stoïcienne, à l'exemple des souffrances expiatoires du Christ qui servent de modèle et d'entraînement, les ordres religieux se donnent des formes organisées de *refus* des plaisirs pouvant aller jusqu'à l'*acedia*, l'ascétisme le plus mystique qui établit une séparation de plus en plus radicale avec le monde extérieur. De même, le *pardon*, autre composante essentielle du rapport avec la faute est aussi envisagé dans l'exemple du sacrifice du Christ (pardon de l'humanité). Dans la pratique, il est obtenu par l'aveu des fautes, la confession et la contrition (remords). La *réparation* aussi consiste à reconnaître vis-à-vis d'autrui le dommage, le dol causé, à le corriger par son activité, son travail. La *réconciliation* enfin doit être progressive. Elle apparaît aujourd'hui au centre de la réinsertion moderne (sociale et économique avant tout). Elle est cependant beaucoup plus totale. Elle se situe dans une perspective religieuse, englobante, active du côté du fidèle. Elle est comme le pardon à l'égard de la faute d'autrui. La charité et l'amour en sont les moteurs, d'autant plus nécessaires que cette réconciliation est le signe de la justesse de l'intervention pénale. « *Quod iudex iudicat, Deus iudicat* ».

En reliant ensemble toutes ces données dispersées, ne peut-on pas mettre au jour une notion longtemps centrale dans la vérité judiciaire, point culminant du procès pénal ? La justice y est conçue comme un véritable champ institutionnel – juridique et social – où s'exerce la toute puissance divine. On y trouve une certitude probatoire et la victoire

⁷⁴ Restant dans le cadre chronologique du Moyen Âge, nous n'incluons pas les données héritées de la Réforme protestante, à savoir, en particulier, le rôle encore plus fort de l'introspection individuelle calviniste et la valorisation du Travail avec des théoriciens comme J. Howard, les premières expériences du travail carcéral dans les Provinces Unies vers 1630 et le Panoptique de J. Bentham.

⁷⁵ G. Rosalto, *Le sacrifice*, op. cit., p. 100-105.

finale du jugement de Dieu sous une forme procédurale. Le procès participe au Salut et il est entendu comme un instrument au service du droit divin positif et de la vérité de Dieu.

Ces caractères théologiquement exprimés tout au long du Moyen Âge sont encore suffisamment présents à la fin du XVIII^e siècle. Ils servent de point d'appui au long et vigoureux plaidoyer de Voltaire sur la Tolérance et la Vérité dans la Justice ⁷⁶. Même si la part de l'anti-cléricalisme du philosophe doit être explicitée et isolée, il reste l'invariant religieux, marque peut-être indélébile, sous des formes diverses, d'un pouvoir qui ne saurait exister sans ce rapport à l'utopie religieuse : le procès pénal comme instrument coercitif dans la recherche incessante de l'universelle unanimité ⁷⁷.

⁷⁶ Voltaire, *Traité de la Tolérance*, p. 563-650 ; *Relations de la mort du chevalier de la Barre*, p. 755-767 ; *Commentaires sur le livre des délits et des peines*, p. 769-807 ; *Avis au public sur les parricides*, p. 809-829, in *Mélanges* "Bibliothèque de la Pléiade", Paris, 1961.

⁷⁷ R. Trousson, « Église et religion en utopie », in *Utopie et voyages imaginaires*, Bruxelles, 1975, p. 383-399.