

LA COUR D'ASSISES

BILAN D'UN HÉRITAGE DÉMOCRATIQUE



Collection Histoire de la justice

N° 13

La cour d'assises

Bilan d'un héritage
démocratique

Association française pour l'histoire de la justice

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© La Documentation française, Paris, 2001.

ISBN : 2-11-004721-6

Sommaire

Actes du colloque

La cour d'assises	5
Bilan d'un héritage démocratique	
<u>Juger en démocratie</u>	7
Denis Salas	
 Partie I	
Idéal démocratique et pratiques judiciaires	23
<u>Du tribunal criminel à la cour d'assises</u>	25
Renée Martinage	
<u>Le jugement des peines perpétuelles : le cas des assises d'Eure-et-Loir au XIX^e siècle</u>	41
Guillaume Mickeler	
<u>La cour d'assises pendant le régime de Vichy : une juridiction politiquement encombrante ?</u>	53
Alain Bancaud	
<u>La procédure criminelle entre permanence et réforme</u>	65
Bernard Fayolle	
 Partie II	
Souveraineté populaire et cultures politiques	93
<u>Remarques sur l'histoire du jury criminel</u>	95
Antonio Padoa Schioppa	
<u>Le jury criminel dans la tradition politique américaine</u>	101
Gwénaële Calvès	
<u>Tocqueville et la perspective libérale sur le jury</u>	111
Lucien Jaume	
<u>Souveraineté, citoyenneté, civisme : quelle légitimité pour le jury ?</u> ..	125
Marcel David	
<u>L'appel des arrêts des cours d'assises : le poids de l'histoire</u>	135
Jean-François Chassaing	
<u>La réforme de la cour d'assises dans la loi du 15 juin 2000 (encadré)</u>	144

Partie III	
Procès d'assises et rôle des acteurs	145
L'avocat en cour d'assises (XIX^e et XX^e siècles)	147
Yves Ozanam	
L'expertise ou l'art d'administrer les preuves au tournant du siècle . .	161
Frédéric Chauvaud	
Le criminel et son énigme : du « grand criminel » au « pâle criminel » . . .	173
Jean-Claude Monier	
Sanction symbolique ou rétribution pénale ?	
Réponse à Jean-Claude Monier	185
Michel Dubec	
L'homme de lettres aux assises : Gide, Mauriac, Giono	193
Thierry Pech	
Bibliographie relative à l'histoire des cours d'assises	213
Jean-Claude Farcy	

É t u d e s e t d o c u m e n t s

Articles	223
« La mandragore et le lys » : l'infamie du bourreau dans la France de l'époque moderne	223
Pascal Bastien	
Les victimes pendant l'Ancien Régime (XVI^e-XVII^e-XVIII^e siècles)	241
Benoît Garnot	
CŒuvre de justice et victimes	247
Jean-Pierre Allinne	
Au cœur des ténèbres. Sur l'œuvre de Casamayor	269
Denis Salas, Emmanuelle Verleyn	
Résumés/Abstracts	289
Notes de lecture	299

Actes du colloque

(Paris, Cour de cassation, 11-12 juin 1999)

La cour d'assises

Études recueillies
par l'Association française
pour l'histoire de la justice

Juger en démocratie

Denis Salas

Secrétaire général de l'AFHJ

Depuis quelques années, la réforme de la cour d'assises revient avec insistance à l'ordre du jour. Avancée il y a quatre ans, l'éventualité de faire appel de ses verdicts a réveillé une passion française qui oppose, à travers la question du jury, adversaires et défenseurs de la souveraineté populaire. Le second examen des affaires tournant, récemment voté par le Parlement, semble, dans ce contexte, une petite révolution¹. Un coup de sonde dans cette vieille institution démocratique devient nécessaire si l'on veut en mesurer toute la portée. Voilà pourquoi l'*Association française pour l'histoire de la justice* se propose, dans ce recueil, d'éclairer les principaux débats qui traversent notre cour d'assises depuis deux siècles. Un thème parcourt toutes les contributions présentées ici : l'histoire de cette juridiction est autant politique que judiciaire et peut-être, plus encore, judiciaire parce que politique. Logiquement, elle épouse les avancées et les reculs de notre démocratie depuis deux siècles. Traiter de cette question c'est toucher à la sociologie judiciaire et à la procédure criminelle mais aussi à notre conception de la République, aux rapports entre juges et politiques, aux alternances violentes de césarisme et de parlementarisme qui en jalonnent l'histoire. C'est explorer le travail de la démocratie dans le fonctionnement même de la justice. C'est suivre, en somme, l'idéal démocratique à l'épreuve des faits. D'autant que la réforme actuelle n'a rien d'une simple réforme de procédure. Au nom des droits individuels, elle heurte son principe fondateur, la souveraineté populaire. Elle nous impose de mettre en discussion le postulat d'une identité entre souveraineté populaire et infaillibilité du jury. Elle touche le cœur de notre culture politique.

Pour autant, la nécessité d'un droit de l'accusé à un second examen de sa cause est une évidence suspecte. Elle semble tout à la fois consensuelle et amnésique. Tout le monde y applaudit mais rares sont ceux qui songent à lui donner sa perspective. On ne comprend pas que le verdict d'une cour d'assises soit toujours souverain, indiscutable et immotivé. Mais sait-on bien, au moment de le réformer, au nom de quoi on l'a maintenu si longtemps ? De la tradition républicaine, disent certains, sans convaincre. D'autres, plus prag-

1. Un premier projet adopté par le Parlement en 1997 prévoyait en première instance un « tribunal d'assises » (avec cinq jurés et trois magistrats) dont les arrêts pourraient être contestés devant une cour d'assises (avec ses neuf jurés et trois magistrats professionnels). « L'appel tournant », c'est-à-dire la possibilité de faire juger en appel une affaire criminelle par une seconde cour d'assises, est prévu par la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits de victimes. Sans envisager une motivation des arrêts, le projet de 1997 (ce qui n'est pas repris par la loi actuelle) exigeait que la cour d'assises indique les « raisons » de sa décision, c'est-à-dire résume ses principaux arguments qui fondent sa conviction.

matiques, avancent le risque de paralysie d'un système judiciaire engorgé. Le temps n'est-il pas venu d'aller plus loin ? Et, surtout, de réinterpréter cet héritage démocratique. Non pour le vider de sa substance, mais pour le ressourcer, lui redonner sens, le sortir d'un mythe devant lequel on s'incline par confort ou que l'on ignore par stratégie. Lors de la discussion du projet de 1997, l'idée selon laquelle le peuple ne peut se « déjuger » faisait figure d'obstacle substantiel à l'introduction de l'appel. Cinq ans après, il vient d'être adopté par le Parlement sans réel débat dans l'opinion. Comment interpréter ce nouvel élan réformateur couronné de succès cette fois mais dans le plus grand silence ? Consomme-t-il la défaite de la souveraineté populaire, point d'aboutissement du trop fameux « déclin du jury », ou consacre-t-il l'ascension des droits de l'homme ?

Pour répondre à cette question, il faut reparcourir ce moment démocratique inouï qui confia jadis aux citoyens le soin de juger leurs semblables. Loin des combats autour du jury, on voit poindre l'émergence d'une nouvelle manière de juger. Derrière la suprématie de la loi et la volonté d'enfermer le juge dans son application, on entrevoit des questions majeures : comment juger dans un horizon d'égalité démocratique ? Au nom de quels critères prononcer la peine de mort ou une peine de perpétuité ? Cet homme-là n'est-il pas mon semblable, égal en droit, mon *alter ego* ? Ai-je bien le droit de le punir ? Jusqu'où puis-je aller ? Qu'est-ce que juger en intime conviction sans règles préétablies ? L'histoire de la cour d'assises, c'est cela aussi : un chemin, encore mal connu, par lequel une société a entrepris de juger ses conflits dans le sillage d'une démocratie au parcours accidenté.

La généalogie de la cour d'assises suppose de mettre en tension son identité paradoxale qui en fait une institution politique et une institution de jugement. Nos interrogations actuelles viennent du retrait d'une représentation politique surplombante – la « figure judiciaire de la Nation » – qui met à nu la fonctionnalité de la cour d'assises. Désormais, cette institution est lourde non d'un projet démocratique mais d'une attente de justice. Le nouveau regard de la société la reconfigure, la rend plus fragile, impose certains réaménagements et, surtout, révèle l'archéologie de l'institution. Au premier plan, l'alliance problématique entre l'appareil judiciaire et l'idéal démocratique la traverse encore. En profondeur, son héritage le plus invisible, tant il est combattu et ignoré par notre culture legaliste, est l'autonomie de la fonction de juger. Par delà le mythe démocratique qui la masquait, cette fonction réapparaît sur le devant de la scène. Le fait est là : nous demandons à nos cours d'assises avant tout de bien juger. Nous attendons du législateur d'en régler les procédures conformément à cette exigence. Le surgissement des normes du procès équitable (l'appel, la motivation) invite à repenser une institution dépouillée du prestige de la souveraineté, redevenue plus vulnérable, rendue à sa nature de médiation imparfaite.

Le jury, une défaite annoncée ?

On a souvent insisté sur ce moment séminal des années 1789 où la culture démocratique entre dans la justice et expulse les professions qui en étaient propriétaires. À cet instant, on assiste à une réappropriation sans précédent de la fonction de juger par la société civile. Le pouvoir de juger appartient aux citoyens – directement en matière criminelle – ou par leurs représentants élus dans les autres matières. Mais ce jury français n'est pas une transposition pure et simple du jury anglais. Il est très différent de l'idéal américain d'une démocratie de proximité où le jury (notamment le jury civil) est un véritable contrepoids au gouvernement fédéral². Pour les constituants, il est la souveraineté de la nation, la raison en marche, le libre examen des citoyens. Aucun des pouvoirs des juges anglais sur leur jury n'est retenu. Au contraire, une barrière étanche est dressée entre le fait (le jugement du jury sur la culpabilité) et le droit (la peine qu'en déduit le juge) pour mieux marquer la destitution du juge. Seul le jury incarne la nation indivisible. Le peuple fait la loi par ses députés et rend la justice par ses jurés, voilà l'essentiel. Il n'y a rien là d'un contre-pouvoir arraché par les barons anglais à la monarchie. Plutôt, un pouvoir de juger transfiguré, irradié par les lumières du peuple souverain.

Ce bel idéal démocratique ne résiste pas longtemps à la conjoncture politique et aux pesanteurs corporatistes. Avec ses « jurés patriotes » seuls aptes à juger révolutionnairement, la Convention inaugure une longue période où le « succès politique du jury a causé son malheur judiciaire »³. Cette instrumentalisation qui sera constante affaiblit incontestablement cette institution. Son ambition démocratique initiale n'y résiste guère. La réforme de la cour d'assises devient pour longtemps une suite d'aménagements pour gérer l'intrusion de profanes dans l'appareil judiciaire. Tantôt on supprime tout un pan de sa compétence (le jury d'accusation en 1810), tantôt on l'encadre (le « résumé » du président au jury à la fin des débats est en vigueur jusqu'en 1881) ; tantôt on modifie les règles de majorité pour rendre moins aisés les votes favorables à l'accusé. Plus radicales sont les correctionnalisations légales (celle de 1863 notamment) au moment où l'on voulait une répression moins aléatoire. Le déplacement est tel qu'une bonne part du contentieux pénal va durablement échapper au jury. Et quand il le faut, des juridictions d'exception sans jury répriment sans faiblesse les ennemis politiques du moment. Les sections spéciales de Vichy s'inscrivent dans cette tradition de contournement de la cour d'assises. Là aussi, il faut éviter qu'un débat aléatoire ne parasite l'urgence d'une condamnation à la peine capitale⁴.

Un fait durable surplombe cette période : les jurés gênent. Par leur opiniâtreté à ne pas appliquer la loi, d'abord ; ensuite, parce qu'ils désorganisent

2. Voir les contributions de Gwénaële Calvès et Antonio Padoa Schioppa ci-dessous.

3. Bernard Schnapper, « Le jury français aux XIX^e et XX^e siècles », *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Francfort, Max-Planck-Institut, 1987, pp. 165-239.

4. Voir l'interprétation d'Alain Bancaud ainsi que les « Journées régionales de Lyon » organisées par l'AFHJ en décembre 1999, *Les juridictions d'exception sous l'Occupation*, à paraître.

la répression en acquittant des coupables ; mais, surtout, ils incarnent un indomptable « pouvoir du nombre »⁵ aux yeux des tenants du gouvernement représentatif. Politiquement, cet aléa n'est guère acceptable. Voilà pourquoi, il importe d'en atténuer les effets en limitant l'impact du suffrage universel dans le recrutement du jury. Le compromis napoléonien sera l'antidote à ce virus démocratique entré dans une institution étatique. Il consiste à faire soigneusement choisir les jurés par les préfets tout en s'appuyant sur des magistrats aux « bons résultats répressifs ». La II^e République exclut du jury les domestiques et les illettrés. Le Second Empire le compose d'hommes d'ordre et de notables. Ce n'est qu'à partir de 1907 qu'on se met à indemniser les jurés salariés. Et il faut attendre 1978 pour que le jury soit tiré au sort à partir des listes électorales. L'essor si laborieux du jury s'explique par une double méfiance : à l'égard d'un suffrage qu'il faut circonscrire pour en limiter les effets et d'un pouvoir judiciaire constamment refusé depuis deux siècles.

Une souveraineté aussi vite proclamée qu'elle fut longue à se dessiner demande explication. Les politiques n'en sont pas les seuls adversaires. Certes, ils chercheront par tous les moyens à endiguer cette multitude démocratique incontrôlable dans une institution judiciaire par ailleurs largement asservie. Mais les juristes ne sont pas en reste. Nombre d'entre eux orchestrent le thème des « acquittements scandaleux » et de la « pitié dangereuse » des jurés. Les uns s'entendent pour dénoncer le mythe d'une séparation entre les faits et le droit sans cesse contournée. D'autres, dès les années 1900, en viennent à souhaiter soit la fin d'un jury incompatible avec la professionnalisation, soit sa fusion avec les magistrats pour atténuer les excès de sa culture populaire.

L'irruption des experts dans le prétoire au début du XX^e siècle semble sonner le glas du jury. L'oralité des débats sera quelque peu écrasée par les expertises savantes qui substituent la recherche de la vérité au libre jeu du débat contradictoire. Vient alors le temps des instructions longues et nourries d'expertises prescrites par le magistrat instructeur. La valeur ajoutée de l'audience paraît bien mince. On croit assister à la fin du jury quand Gabriel Tarde le condamne au nom du rationalisme scientifique⁶. D'autant que ses incohérences sont mieux connues par l'opinion publique à partir du moment où une presse de grand tirage couvre les procès d'assises. Critiqué par les magistrats et les experts, mal compris par l'opinion publique, suspect pour le politique, le jury vacille. Une première fois en 1932, les jurés sont associés aux magistrats pour prononcer les peines. Préparée par de nombreux projets législatifs antérieurs, la réforme de 1941 confirmée à la Libération introduit un échecvinage complet (délibération commune entre juges et jurés sur la culpabilité et la peine). Le jury perd sa souveraineté sur les faits même s'il conserve la majorité dans le vote et garde une influence sur la peine. L'étiage des taux des

5. Pierre Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, NRF-Gallimard, 1992, p. 452.

6. « Le juré est le premier venu ; si par hasard, il est suspect de quelque compétence judiciaire, on se hâte de le récuser... Son maître étant dans son incompetence, comment s'étonner de son insuffisance », cf. G. Tarde, *Philosophie pénale*, Paris, Cujas, 1890, p. 443. Voir sur cette question la contribution de Frédéric Chauvaud et le débat entre Jean-Claude Monier et Michel Dubec.

acquittements n'a cessé de baisser depuis : les taux avoisinant les 40 % n'étaient pas rares au XIX^e et au début du XX^e siècle ; ils oscillent entre 20 et 25 % dans les années 1930 pour atteindre environ 8 % aujourd'hui.

On a pu expliquer cette perte de position comme une victoire de la magistrature. Avec l'appui des politiques, elle serait parvenue à exproprier la société civile de l'institution judiciaire. On verrait alors la fin de l'idéal de 1791 car « toute l'histoire du pouvoir du jury illustre la revanche du magistrat sur le juré dont la loi de 1791 avait donné l'apparence de la toute-puissance »⁷ Nous en serions arrivés au résultat inverse au regard de l'idéal démocratique des révolutionnaires : contre les jurés et les avocats, la magistrature obtient l'étatisation de la justice criminelle à son profit. La preuve ? Les chiffres parlent d'eux-mêmes. La cour d'assises n'absorbe qu'une place résiduelle des affaires criminelles par rapport à ce qu'elle connaissait au siècle dernier. D'autant que des jurés, dépouillés de leur compétence sur la culpabilité et tirés au sort, pèsent bien moins lourd que les jurés notables du XIX^e siècle. Entre le capital d'influence des juges et le pouvoir majoritaire des jurés, le rapport de force s'est bel et bien inversé. Le fameux box des douze jurés ne serait plus qu'un décor glorieux et inhabité. Le jury serait devenu, comme le dit Bernard Schnapper en conclusion de son grand article, une « institution vénérable et délicieusement démodée » qui « a gagné en sérénité et en paix, une paix qui ressemble à celle des cimetières ».

Juges et jurés « dans la même barque »

Est-ce si sûr ? Le schéma est loin d'être aussi linéaire. Les magistrats ne forment pas un front uni. À l'égard du jury, les positions divergent, ne serait-ce qu'entre siège et parquet. Mais, surtout, le débat fait intervenir d'autres acteurs. Si l'on accepte l'idée (contestable) d'une compétition pour le contrôle de la juridiction, certaines victoires d'étape du jury ne doivent pas être négligées. Au fur et à mesure que les enquêtes sont mieux faites et que la culpabilité est moins douteuse, les jurés aspirent eux-mêmes à jouer un rôle plus important au moment du prononcé de la peine. On ne compte plus les avocats – si puissants politiquement sous la III^e République – qui ont soutenu leur cause⁸. Le combat pour supprimer l'interrogatoire initial de l'accusé du président des assises a été perdu. Mais la suppression de son « résumé » en 1881 est une victoire du jury. Le système de 1932 contribue à renforcer la position du jury sur le prononcé de la peine sans lui retirer sa maîtrise de la culpabilité. La réforme de 1941 est certes combattue par Maurice Garçon – nostalgique du temps où il plaidait devant douze jurés. Mais elle fait l'objet d'un consensus. Plus personne à l'époque ne comprend la séparation schizophrénique de 1791 entre le fait et le droit comme si la loi avait voulu organiser les conditions de son inapplication. La baisse spectaculaire du taux d'acquittement, à partir de 1941, n'est pas

7. Françoise Lombard, *Les jurés. Justice représentative et représentations de la justice*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 303.

8. Sur ces points, voir la contribution d'Yves Ozanam.

une preuve rétrospective du laxisme du jury mais la fin d'un système dont les conséquences confinaient à l'absurde. Si ses vertus s'essoufflent, le jury garde donc de solides défenseurs. Sans parler de la presse – le journal *Le Temps* très actif depuis le milieu du XIX^e siècle – qui devient un allié de poids surtout à l'époque où (antérieurement à la loi de 1881) les délits de presse échappaient aux assises.

De plus, l'opposition entre magistrats et jurés gagnerait à être moins durcie. Réelle dans les prises de positions politiques, elle l'est beaucoup moins dans la pratique judiciaire. Très tôt la séparation du fait et du droit a été très relative. Les magistrats, par exemple, ne demandent pas de deuxième délibération au jury comme ils en ont le droit (dès le tribunal criminel, comme le rappelle Renée Martinage). Une pratique constante au XIX^e autorise le président des assises à entrer dans la salle des délibérations où il pouvait discuter de l'échelle des peines. Est-ce forcément pour éviter les acquittements ? On ne peut naturellement pas l'exclure. N'est-ce pas tout autant pour éviter malentendus et incohérences ? On voit des juges qui comprennent les acquittements des jurés dès lors que les preuves sont insuffisantes ou les peines trop sévères⁹. N'est-ce pas plutôt un hommage qu'un dénigrement ? S'il n'y a pas égalité de position entre juges et jurés, il n'est pas certain que leurs relations soient tout entières infiltrées par des enjeux de pouvoir. Après tout, juger ce n'est pas si simple. Les enquêtes sont sommaires, l'erreur judiciaire est toujours possible et la loi n'est que d'un faible secours. Pourquoi ne pas créditer les acteurs d'une intention d'agir au nom du bien de la justice ? Un échange d'information peut être utile pour bien juger même si l'usage était de n'en rien dire.

De son côté, le juge connaît depuis la Révolution une mutation qui l'éloigne de plus en plus de l'exécutant muet de la volonté générale qu'y voyait Rousseau. Il individualise la peine à partir de 1832 et, même s'il ne se l'avoue pas à lui-même, devient un créateur de normes. Comment peut-il en être autrement dès lors qu'il doit juger même quand la loi est silencieuse, floue ou contradictoire ? Dans la même personne, un juge pacificateur et charismatique coexiste avec un autre, légaliste et logique. Le rapport du juge à la loi s'inverse sous l'effet de l'équité. Il se découvre partie prenante d'un *acte* de justice non pas seulement d'une *règle* juridique, *a fortiori* d'une règle écrite. Dans nombre de domaines, il s'autorise à questionner la loi à partir des conséquences si elles sont injustes : le plus bel exemple est l'élaboration par le Conseil d'État *contre le Code civil* d'un droit de la responsabilité pour risque afin de réparer les dommages subis par les victimes d'accidents¹⁰. Figure controversée, le juge Magnaud, célèbre pour ces décisions en équité au début du siècle, relit la loi en fonction d'une recherche du juste qu'il lui attribue. Au quotidien, les décisions les plus lourdes qu'un juge doit prendre – mettre quelqu'un en prison, retirer un enfant à ses parents – n'exige pas qu'il soit juriste

9. Ainsi ce compte rendu d'un président de cour d'assises en 1828 : « Les jurés connaissent la loi et, au lieu de la suivre, ils la jugent ; et comme ils trouvent ses dispositions trop sévères pour le cas, ils composent avec elle et *préfèrent ce qu'ils croient le bien à ce qu'ils savent être juste et légal* », in *La peine de mort et les travaux forcés à perpétuité devant la cour d'assises d'Eure-et-Loir de 1811 à 1900*, G. Mickeler, thèse dactylographiée, 1998, t. 1, p. 92. Je souligne.

10. C'est l'arrêt *Cames* (Conseil d'État, 1895), voir A. Girardet et D. Salas, « La question de l'équité », *L'équité du juge. Histoire de la justice*, n° 11, 1998.

mais plutôt une sagesse pratique éprouvée par la casuistique. Sans doute la loi n'est jamais perdue de vue. Mais la décision qui consiste à la singulariser à une sphère d'autonomie totale. L'argumentation n'intervient qu'*a posteriori* pour la mise en forme. Voilà ce qu'expérimente le juge. Et qui le rapproche singulièrement du jury.

Vu sous cet angle, l'association des juges et jurés aux assises n'a rien de choquant, bien au contraire. Ils traversent désormais la même épreuve qui consiste à se mettre à la place de l'autre pour le bien juger. Ils partagent l'expérience du mal, de la violence des hommes, de la périssabilité de la cité. Ensemble, comme l'avait bien vu Hegel, ils instaurent une médiation permettant à l'accusé de se reconnaître, de se juger, de se « transfuser » dans la conscience de son juge. Nul n'a approché mieux cette communauté de jugement que la parabole de la barque d'André Gide dans ses *Souvenirs de cour d'assises* : tous ceux qui jugent sont dans la même barque menacée par les naufragés qui s'accrochent à elle. Ils sont comme des rescapés d'un naufrage qui doivent trancher des mains pour ne pas chavirer. « On les enfonçait dans l'eau car en cherchant à les sauver on eût fait chavirer la barque pleine. »¹¹ Juger c'est cette stabilité au bord de l'abîme, ce mince espace hanté dans la mauvaise conscience où il faut tenir bon, ne pas basculer dans le puissant courant des conflits humains ; bref, une fragilité et une violence mêlées.

La fondation démocratique du pouvoir de juger

Quel enseignement tirer de cette histoire sommairement retracée ? Elle permet d'abord de s'interroger sur l'imaginaire politique de la cour d'assises. Maintenu contre vents et marées, le jury représente non une figure de la nation mais l'investissement croissant de la société démocratique dans l'institution judiciaire. Dès le début, les penseurs libéraux, singulièrement Tocqueville, ont bien pris la mesure de cet investissement au-delà des enjeux de pouvoir qu'il provoque. Il est avant tout une institution par laquelle une société s'arroe le pouvoir de « juger de son droit »¹², de trancher ses conflits, d'arbitrer selon des critères qui ne sont pas nécessairement ceux de la loi étatique. Sa souveraineté reflète l'appropriation démocratique de la fonction de juger – certains libéraux parlent du jury comme d'une « parole de la société » – à une époque où l'autorité judiciaire n'est qu'une branche de l'exécutif, où celui-ci dispose du parquet, où les juges sont imprégnés de positivisme juridique. Il forme un réel contrepoids démocratique face à la puissance étatique. Grâce au jury, on découvre qu'il n'y peut-être pas en France de pouvoir judiciaire mais qu'il existe une fonction de juger singulièrement autonome.

11. André Gide, *Souvenirs de la cour d'assises*, cité par Thierry Pech.

12. Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, pp. 379-405 et sa contribution ci dessous.

Mais Tocqueville invite à aller plus loin. Il s'oppose à Constant qui voit dans le jury un contre-pouvoir sur le modèle anglo-américain. Pour lui, comme le souligne Lucien Jaume, le jury ne s'oppose ni ne combat le judiciaire mais *fonde* le pouvoir de juger : « Le jury qui semble diminuer les droits de la magistrature fonde donc réellement son empire et il n'y a pas de pays où les juges soient aussi puissants que ceux où le peuple entre en partage de leurs privilèges. »¹³ Comment interpréter cet acte fondateur ? Et cette puissance inaugurale s'est-elle accrue par la suite ou est-elle au fond retombée comme un feu trop tôt, trop vite allumé ? Regardons simplement le rituel de la désignation des jurés au début d'un procès d'assises. Le président procède au tirage au sort des jurés en déposant les bulletins contenant leurs noms dans une urne. Il rappelle par ce geste l'élection d'une assemblée apte à délibérer, à voter une loi, celle du verdict. Quelque chose de la fondation de la démocratie s'y joue. Ce rituel nourrit l'apprentissage de la responsabilité personnelle, véritable fondement de la conscience civique. Les citoyens y sont acteurs. Nulle délégation à des représentants ne les décharge de leurs responsabilités. Ils sont pris à la gorge par une responsabilité directe, immédiate, totale. Au moment de l'appel des jurés et de leur éventuelle récusation, on assiste *in vivo* à la métamorphose d'un individu privé en citoyen. Ainsi commence une expérience où chacun *devient* intérieurement juge d'autrui, le « chacun d'une distribution juste » où Aristote voyait la définition même du juge. En conjuguant son identité individuelle avec l'altérité de la fonction, en étant en quelque sorte « soi-même comme un autre », il creuse en lui une distance qui façonne l'aptitude au jugement. Là où le juge et l'avocat font cette expérience à l'échelle de leur vie professionnelle, les jurés vont la faire au cours d'une session, voire d'un procès. Pour le juré, chaque audience réactualise cette métamorphose qui donne au peuple – en quelque sorte saisi individuellement – une responsabilité directe dans les décisions publiques. C'est pourquoi, ce rituel démocratique fait du juré la figure sans doute la plus accomplie du citoyen¹⁴.

Au-delà du peuple-citoyen, toute l'institution judiciaire en est irriguée. Le jury lui donne un ancrage démocratique, elle qui fut – et demeure toujours – du côté de l'étatique, imprégnée de justice retenue. La présence du peuple en son sein permet de faire rayonner en elle l'énergie des commencements. La délibération commune des juges et du jury écarte la magistrature d'une simple fonction d'application de la loi qui scelle son destin depuis la Révolution. On peut y voir non le théâtre d'un rapport de pouvoir mais un élargissement procédural de l'espace démocratique ; et sans doute aussi une première émancipation des juges par une sorte de transfusion de l'esprit démocratique du jury. Bien sûr, l'écart opère dans le jugement non dans le statut. Il naît de la coexistence avec le jury non d'un recrutement plus ouvert des juges. Il n'empêche qu'il accroît sa légitimité en replaçant la justice dans la perspective du récit fondateur de la démocratie.

13. *De la démocratie en Amérique*, I, (ch. VIII) : « Du jury aux États-Unis considéré comme institution politique ».

14. Voir l'analyse de Marcel David sur le fondement du jury.

La voie est ouverte vers une autonomie plus grande de la justice comme fonction sinon comme pouvoir. Elle donne un début de réalité à l'idée de séparation des pouvoirs simplement *déclarée* en 1789 à un moment où la justice était identifiée à l'Ancien Régime. Sa dynamique ne cessera ensuite de creuser par la suite cette brèche. Elle écarte le juge de la culture étroitement positiviste et l'ouvre à l'équité, à la définition des normes du vivre ensemble. Elle l'inscrit dans l'horizon d'une démocratie de conscience civique et de participation aux affaires de la cité. Ce n'est pas un mince acquis face à la propension de la raison d'État à incarner le bien commun plus qu'à en organiser la représentation.

Juger dans un monde de semblables

Mais ce pouvoir de juger s'est conquis – c'est la deuxième leçon de son histoire – sur le terrain. C'est dans les prétoires, affaire après affaire, que va s'élaborer une nouvelle manière de juger. Dès ses premiers pas, le jury façonne ses propres critères de jugement pour ne pas avoir à appliquer le Code pénal de 1791, ce « code de fer »¹⁵. Au long du XIX^e siècle, les jurés acquittent massivement, disqualifient les faits qui leur sont présentés. Au début, les individus n'apparaissent pas ; beaucoup de dossiers ne mentionnent ni leur âge, ni leur lieu de naissance. À partir de 1832, l'individualisation des faits et des peines installe une autre économie du jugement. Il ne s'agit nullement d'une jurisprudence de hasard fruit d'une « commisération abusive » ou d'un laxisme coupable. La pratique judiciaire est tout autre. Au XIX^e siècle, les jurés jugent non des individus abstraits mais des personnes inscrites dans un jeu complexe de représentations sociales. Ils ne voient pas l'acte saisi par la loi mais évaluent le poids, la résonance, le trouble provoqué par la transgression. Ils ne se situent plus dans un univers d'appartenance à un rang comme l'étaient les sociétés hiérarchiques d'Ancien Régime. Pour autant, ils ne s'inscrivent pas dans le pur arbitraire comme pourrait le laisser penser cette période de flottement qui laisse en suspens les hiérarchies anciennes sans s'inscrire dans une vision purement égalitaire. S'ils écartent un jugement conditionné par une hiérarchie de statuts, ils ne suspendent pas non plus leurs appréciations au hasard de leurs émotions.

Que font-ils alors ? Cas par cas, ils s'efforcent de recréer des normes de jugement latentes, immergées dans l'épaisseur du lien social où ils vivent. Les analyses pressenties par Saleilles¹⁶, reformulées par Louis Gruel et Élisabeth Claverie, sont confirmées par les recherches de Guillaume Mickeler et Renée Martinage : les jurés jugent des individus singuliers et, surtout, reconstruisent

15. Selon une lettre de 1830 adressée par les jurés d'Eure-et-Loir aux députés : « Les formes du Code d'instruction criminelle offrent un champ si vaste à l'arbitraire qu'on ne peut compter sur une bonne justice... Le Code pénal est un code de fer. » Cité par G. Mickeler, *La peine de mort et les travaux forcés...*, op. cit., pp. 94-95.

16. « Le criminel loin d'apparaître dissemblable aux jurés qui doivent le juger se présente comme un être qui pense comme eux, qui veut comme eux, qui se révolte comme eux. Le sentiment qui l'a poussé au crime est de ceux que tout le monde aurait éprouvés et que tout le monde peut avouer », cf. R. Saleilles, *L'individualisation des peines*, Alcan, 1898, p. 87.

une hiérarchie, en quelque sorte coutumière, de normes qui leur servent de référence. Ce sont « les normes de la droiture plus que les règles du droit, la bienséance plus que la préséance, la convenance plus que le rang »¹⁷. Cela ne va pas sans une violence induite par la perméabilité de la cour d'assises à des normes locales, sédimentées depuis des générations. Un procès d'assises se déroule, au début du XIX^e siècle, souvent à l'auberge où les jurés dans l'intervalle des sessions sont happés par une société rurale lestée de conflits immémoriaux. La nécessaire individuation du travail judiciaire est prise entre le jeu des vengeances intra-familiales et « la gestion de l'honneur et de la réputation » qui vise à marquer l'adversaire d'un passage devant la justice pénale¹⁸.

Reste que les jurés élaborent *un code non écrit* qui leur tient lieu de référence. Ainsi pour les assises d'Eure-et-Loir, le refus d'appliquer les peines perpétuelles (grâce au jeu des circonstances atténuantes) contre les incendiaires, les femmes en général et plus particulièrement coupables d'infanticide ; l'importance de l'intime conviction au sens d'un jugement moral où le mobile, l'intention, la réputation, le contexte seront bien plus importants que les faits légalement qualifiés ; le souci permanent d'une anticipation rationnelle de la peine encourue à partir de la décision de culpabilité... Très tôt, à côté d'une certaine indulgence pour l'infanticide et l'incendie volontaire (pour laquelle la peine de mort leur paraît hors de proportion), les jurés sont sévères pour ceux qui trahissent leur rôle (parents indignes, médecins empoisonneurs, policiers cambrioleurs...) ; comme s'ils voulaient résister à une indifférenciation morale et générationnelle qui menace la société ; comme s'il fallait conjurer un risque où la société démocratique à peine naissante, aux cadres encore flottants, pourrait basculer ; comme s'ils cherchaient à restaurer les différences fondatrices sans lesquelles une société serait tout entière vouée au chaos.

Un renversement radical de l'imaginaire démocratique apparaît : l'homme n'est plus un autre pour l'homme. La rupture est frontale avec les sociétés hiérarchiques et inégalitaires d'Ancien Régime. Il n'y a plus de différences substantielles entre les individus. Ils se retrouvent l'un dans l'autre en se considérant comme des semblables d'apparence différente. Le jury est confronté à la nécessité de combler la disparition d'une société où les places étaient acquises une fois pour toutes. Il doit donner consistance au projet encore indécis de société démocratique où émerge la catégorie du semblable. Il va juger dans une société structurée par des rôles sociaux différenciés mais aussi travaillés par la dynamique égalitaire. Si le jury hiérarchise ses critères, c'est à partir d'une grille de lecture qu'il forge lui-même. S'il définit des niveaux de responsabilités, c'est d'après son évaluation du seuil des déviations inacceptables, excusables ou tolérables. Voilà pourquoi il est indulgent envers les époux bafoués qui se font justice et impitoyable pour les atteintes à la propriété. Tout se passe comme si, dans une société sans statuts irrévocablement fixés et marquée par la similitude des conditions, il devenait le garant des places de chacun. Le travail du jury est là tout entier : il affirme le pouvoir de la

17. Louis Gruel, *Pardons et châtements. Les jurés français face aux violences criminelles*, Paris, Nathan, 1991, pp. 123 et ss.

18. É. Claverie et P. Lamaison, *L'impossible mariage, violence et parenté en Gévaudan*, Paris, Hachette, 1982.

société sur elle-même ; il expérimente la validité de ses propres représentations du lien social ; il donne corps au vivre ensemble sans le secours d'une norme transcendante ou traditionnelle. Bref, il nous fait pivoter dans notre modernité où le « même » succède au « tout autre ».

Tout cela résulte d'une pratique du jugement travaillé par la dynamique égalitaire. Le jury est pris dans un réseau d'identification dont l'horizon est l'égalité des conditions. Il situe chacun dans son rapport à l'autre comme « insondablement même »¹⁹. La proximité du face à face avec son semblable permet d'inscrire l'autre dans un rapport de réciprocité sinon d'égalité. Il se crée ainsi une communauté de pitié qu'incarne, par exemple, la clémence à l'égard de femmes infanticides. L'individualisation du jugement est rendue possible par cette identité réciproque, cette structure en miroir entre celui qui juge et celui qui est jugé. Elle permet de penser la différence de l'autre dans une économie de la ressemblance. Le jury réagit avec ses valeurs, certes, mais sa lecture de l'écart dans l'homme est surplombée par une commune mesure qui favorise la compréhension mutuelle. Ce qui n'exclut pas, pour autant, la sévérité de ses verdicts mais seulement quand la communauté s'estime blessée dans des valeurs, à ses yeux, essentielles. L'égalité, sous la forme de la loi morale « Ne fais pas à autrui... », est pour une bonne part sa règle de jugement, sa perspective la plus féconde.

Les normes du procès équitable et leurs limites

Voilà pourquoi les droits de l'homme prendront peu à peu l'importance que nous connaissons. Si l'autre homme est mon égal, rien ne s'oppose à ce qu'il soit un sujet de droit. « On exclut, disait déjà Beccaria, qu'en certaines circonstances l'homme cesse d'être une personne pour devenir une chose. »²⁰ Le procès peut devenir un rapport de personne à personne. À partir de ce moment, les droits de l'homme vont imprimer une dynamique plus juridique que politique à la cour d'assises. Son histoire n'est plus celle d'un enjeu de pouvoir entre le politique et le judiciaire. C'est celle d'une institution pensée pour répondre avant tout à une attente de justice. Elle se tourne du côté de la société civile pour se mettre au service de son besoin de justice. D'autres acteurs devront garantir positivement l'effectivité des droits : l'avocat par exemple qui, à partir de 1897, pourra intervenir dès l'instruction. Ce qui se jouait au for intérieur va s'externaliser dans la procédure pénale tout entière ouverte à la défense, aux droits individuels, aux voies de recours. Le mouvement n'a cessé de prendre de l'ampleur depuis la seconde guerre mondiale. Au soliloque du jugement on superpose la décision procéduralisée. Au cha-

19. Marcel Gauchet commentant cette phrase de Tocqueville : « En vain s'agira-t-il d'étrangers et d'ennemis : l'imagination met [chaque homme] à leur place. Elle mêle quelque chose de personnel à sa pitié et le fait souffrir lui-même tandis qu'on déchire le corps de son semblable », in « Tocqueville, l'Amérique et nous », *Libre*, 1980, p. 86.

20. Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, (1764), Paris, Garnier-Flammarion, p. 38.

risme aléatoire du jury on préfère la garantie du procès équitable. Ce n'est plus la conscience du jury mais la procédure contradictoire qui est créditée d'une attente de justice. Autour de cette exigence bascule notre confiance envers l'institution judiciaire.

La conjoncture renforce le mouvement. La médiatisation de certains procès, quelques erreurs judiciaires (ou présumées telles) fracassantes, d'autres transformées en causes exemplaires ainsi que l'usage du droit de grâce (et, moins connu, des pourvois en cassation)²¹ pour rectifier des verdicts, tout cela a sans doute joué. D'autant que l'histoire politique de la cour d'assises, depuis deux siècles, reste présente. Moins par la fragilité des jurés chichement sélectionnés, confrontés aux résistances corporatistes. Plus sûrement par la permanence des justices d'exception dès lors qu'un certain nombre de lois récentes (1982, 1986, 1992) ont prévu des cours d'assises sans jury en matière de stupéfiants, de terrorisme et d'infractions militaires. Cette juridiction n'appartient décidément plus au temps immobile d'une souveraineté aussi intouchable qu'incontestable. Sa crédibilité n'est plus un fait acquis ; elle s'expérimente par une procédure de qualité. Si le jury s'est maintenu, son talisman magique ne rayonne plus. La confiance dans les droits s'est bel et bien substituée au contrat de croyance en la souveraineté.

Est-ce pour autant le déclin de la cour d'assises et de son jury ? Il s'agit plutôt d'un nouveau cycle de son histoire. Le regard de la société démocratique fait passer au second plan l'instrumentalisation politique de cette juridiction. Il marque, avec l'achèvement de la démocratisation du jury, un écart avec la lecture exclusivement politique du passé. Sans doute subsiste la volonté d'un contournement de la cour d'assises au nom de la raison d'État ou de la spécificité de certaines formes de criminalité. Mais surtout le contexte a changé. La souveraineté politique ne mène plus seule le jeu. Le renforcement des *droits individuels* impose de respecter le protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit un deuxième degré de juridiction en matière pénale pour lequel la France émit, en son temps, une réserve. L'appel s'impose non pas par souci de multiplier les garanties formelles mais pour renforcer les normes du procès équitable face à l'ampleur du contentieux criminel. Non que l'abolition de la peine de mort en 1981 ait eu pour effet d'accroître les peines perpétuelles²². En revanche, on observe une croissance des *peines d'élimination* chez le législateur (période de sûreté, peines-plafonds accrues, perpétuité réelle), une érosion des libérations conditionnelles et surtout une sévérité croissante des verdicts de cours d'assises dans certaines domaines (violences sexuelles). La croissance des longues peines est indiscutable alors que pour les vingt années précédentes le chiffre n'avait pas sensi-

21. Pendant plusieurs années, de 1977 jusqu'à l'abolition de la peine de mort en 1981, tous les verdicts de condamnation à mort furent cassés et renvoyés à une autre cour d'assises par la chambre criminelle de la Cour de cassation, afin d'offrir aux condamnés une seconde chance. Cf. Robert Badinter, *L'Abolition*, Paris, Fayard, 2000.

22. Une étude sur l'évolution des réclusions criminelles à perpétuité de Pierre-Victor Tournier montre, au contraire, que depuis l'abolition de la peine de mort, il y a eu trois périodes : stabilité jusqu'en 1984 ; croissance entre 1985 et 1989 ; ensuite, stabilisation puis baisse et retour en 1998 au niveau de 1960, soit une trentaine de condamnations par an. Je remercie Robert Badinter de m'avoir communiqué cette étude inédite.

blement augmenté. Les condamnations pour viol – largement majoritaires dans les sessions d'assises – connaissent une expansion alarmante puisqu'elles ont été multipliées par six depuis 1980. Comment le simple bon sens peut-il accepter qu'on ne puisse faire appel de peines de plus en plus élevées alors qu'une peine, même très faible, peut être contestée ? L'appel entraîne, en outre, la suppression du second degré de juridiction d'instruction (la chambre d'accusation) conformément au standard du « délai raisonnable » : on estime à environ douze à dix-huit mois le temps qui sépare la clôture de l'instruction du renvoi de l'affaire !²³ Ainsi, l'appel se justifie du triple point de vue des droits de la défense, des délais de jugement et d'une politique pénale gardant un horizon de réhabilitation.

Une telle réforme ne peut que bénéficier à une justice souvent décrite comme irresponsable et dénuée de toute légitimité démocratique. S'il n'y a pas de pouvoir judiciaire en France, nous avons une longue expérience démocratique de la fonction de juger que le jury exerça seul avant de la partager avec les magistrats. Simplement cette expérience n'ayant ni voix, ni plume pour s'exprimer restait méconnue. La motivation en élevant le niveau argumentatif, peut-elle, comme on le craint parfois, tarir définitivement cette compétence démocratique, rabattre les jurés au rang de magistrat amateur ? Le risque de réduire l'intime conviction à l'expression argumentative juridiquement formulée existe. Mais on pourrait, au moins, ne pas l'interdire. Motiver un arrêt d'assises n'est pas seulement briser le tabou d'un verdict populaire paré des vertus de l'infailibilité. C'est surtout rendre démocratiquement *lisible* un processus de délibération et *contrôlable* la décision qu'il produit²⁴. Plus la justice arbitrera, à travers les causes qui lui sont déférées, les grands débats de société, moins on acceptera les procédures secrètes, les jugements non motivés, les verdicts charismatiques. Si tel est le cas, le faible indice de légitimité démocratique de la justice française pourrait bien être une incitation réformatrice plus qu'un handicap rédhibitoire. Dans leur avancée politique, les juges auront-ils d'autre choix que de penser leurs pratiques en conjuguant légitimité, responsabilité et qualité ?

Voilà donc une justice au pouvoir plus reconnu et plus exposé, beaucoup moins agent d'une justice déléguée qu'expression d'un renouveau de la société civile. Dans le secret des délibérés, la fonction de juger a acquis discrètement une grande *autonomie* sans pouvoir cacher sa *vulnérabilité*. Il se pourrait bien que cette déchirure intime la rende disponible pour d'autres formulations, que cette fragilité soit plus féconde qu'on ne le croit. Le regard du public fait du juge le visage simplement humain de la loi. Combien de fois a-t-on le sentiment d'assister à des acquittements sur un « climat » ? Ou d'une décision tributaire d'impressions d'audience ? Et qui pourra un jour évaluer la jurisprudence implicite de l'intime conviction ? La part du droit y est faible, la prépondérance des jugements de situation déterminante. Il faut

23. Voir sur ces points l'analyse de Bernard Fayolle qui craint aussi une certaine « déresponsabilisation des jurés » et les propositions de Serge Portelli et Sophie Clément-Mazetier, « Pour une réforme de la cour d'assises », *Les Annonces de la Seine*, 27 mai 1999.

24. À titre d'exemple, on peut consulter la motivation de l'arrêt de cour d'assises du Val-de-Marne des 5 et 7 mai 1999 in *Les Annonces de la Seine*, précité, pp. 12-14.

assumer cette fragilité pour mieux répondre à la demande de justice. Les voies de recours ne détruiront pas le jury. Ils peuvent simplement le purger de la charge, un peu encombrante, d'incorporer l'essence de la nation. L'appel ne fait qu'attester la fragilité du jugement. La motivation le contraint à donner ses raisons. La cour d'assises sort de son aura charismatique en encadrant la fragilité du jugement par un surcroît de délibération démocratique.

L'histoire de la cour d'assises est placée à l'intersection de deux cycles. Le cycle long d'abord, comme le montrent les textes de ce recueil, fait de cette juridiction un arbre aux profondes racines où ses acteurs continuent de se mouvoir. Elle a produit la société démocratique par son aptitude à rompre avec une lecture prémoderne de la déviance ; elle a inscrit notre règle de jugement dans une dynamique égalitaire ; elle a su tenir la puissance de juger à distance de l'instrumentalisation du politique. Là est le bien le plus précieux qui nous est légué : le jury inscrit dans la justice la marque de la fondation de notre démocratie. Il témoigne de ce geste par lequel les hommes de la Révolution ont inventé une autre manière de vivre ensemble pour affronter le destin. Il fut, à n'en pas douter, l'acteur d'un « âge de l'identité démocratique »²⁵ où les droits du sujet ne résultent plus de son appartenance à un ordre fixé une fois pour toutes mais d'une dynamique de l'identification. À nous de réassumer cet héritage pour en garder la mémoire active de la fondation. À nous aussi de garder à l'esprit que cette nouvelle économie de l'altérité est née d'une alliance menacée mais jamais rompue de la justice avec la société démocratique.

Mais la démocratisation du jury est achevée. Et les grandes fictions politiques qui imprègnent notre imaginaire refluent derrière la pression de la demande de justice. Un nouveau cycle s'amorce où les droits – le droit d'appel, notamment – expriment le regard que nous portons aujourd'hui sur notre justice et sur notre démocratie. Regard moins porté par la fiction de la souveraineté. Plutôt guidé par l'attente moins exaltante d'une prestation de qualité. Plus résolument placé dans la dynamique d'une distribution juste des droits. Ainsi de cet « appel de seconde chance » voté par le Parlement qui n'a rien d'un contrôle technique des décisions opéré d'en haut mais répond, bien davantage, à une meilleure offre de justice attendue par ses destinataires²⁶. Gardons-nous, pourtant, d'absolutiser ces garanties formelles. Elles viennent créditer une institution mais n'influent pas, du moins directement, sur la justesse de ses décisions. Elles se bornent à poser les conditions de possibilité d'un bon jugement. Grâce à elles, la juridiction obtient une meilleure qualité procédurale mais n'épuise pas la quête du bien juger. On peut penser qu'un homme bien défendu sera mieux jugé mais cela touche le cadre non le contenu. Il faudra toujours se forger une intime conviction, ce qui suppose une part incompressible d'évaluation dans tout jugement. Au-delà, il y a comme un appel à responsabilité à l'égard de cette juridiction car « *dans le concret* les droits de l'homme se manifestent à la conscience comme droit

25. Alain Renaut et Sylvie Mesure, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Alto Aubier, 1999 notamment pp. 44 et ss.

26. Voir le commentaire de J.-F. Chassaing.

d'autrui et dont je dois répondre »²⁷. Les droits ne brisent pas le jury démocratique. Simplement ils lui rappellent qu'il n'exprime qu'un vote majoritaire, qu'il peut basculer dans l'injustice et ainsi manquer sa responsabilité envers l'autre homme. Juger en démocratie suppose de se placer dans l'horizon d'une justice rendue à sa fragile indétermination. Et, pour cela même, toujours en demeure de se justifier.

*

*

*

Les textes présentés dans ce recueil se divisent en trois parties. La première partie montre comment l'irruption du jury a perturbé les pratiques judiciaires et gêné le pouvoir politique, ce qui n'a pas empêché son maintien jusqu'à nos jours malgré les stratégies d'évitement qui jalonnent son histoire. La seconde partie analyse la spécificité de notre culture politique, qui lie étroitement légitimité du jury et souveraineté de la nation, ce qui met en perspective la rupture introduite par l'appel récent des arrêts de cours d'assises. Enfin, une dernière partie évoque l'évolution des rôles de certains acteurs du procès d'assises : l'accusé bien sûr mais aussi l'avocat, le juré, l'expert et le chroniqueur judiciaire.

27. Emmanuel Lévinas, *Hors sujet*, Paris, Biblio-essai, 1987, p. 169. Souligné par l'auteur.

Partie I

Idéal démocratique et pratiques judiciaires

Du tribunal criminel à la cour d'assises

Renée Martinage

Professeur à l'université de Lille II

Le tribunal criminel départemental est l'ancêtre de la cour d'assises. S'il n'avait pas fait les preuves de son efficacité durant la période où il a fonctionné – 1^{er} janvier 1792 au 1^{er} janvier 1811 – sans doute la cour d'assises n'aurait-elle pas été calquée fidèlement sur ce modèle.

Des recherches anciennes, mais surtout récentes, ont permis de mieux connaître, de mieux déchiffrer la stabilité des méthodes de la répression du crime, par la juridiction créée dès la Révolution, ensuite confirmée par le Code d'instruction criminelle de 1808 instituant la cour d'assises.

Sans citer exhaustivement tous les travaux pionniers, on saluera cependant ceux qui dans les années trente ont ouvert la voie¹, ceux qui concernent le tribunal criminel du Nord², et enfin l'étude de B. Schnapper sur le tribunal criminel de la Vienne³.

Des thèses récentes ont jeté encore une lumière nouvelle sur le sujet, celles de G. Landron sur « Le tribunal criminel du Maine-et-Loire »⁴, N. Derasse sur « La défense dans le procès criminel, de la Révolution au premier Empire »⁵, C. Aboucaya sur « La complicité devant le tribunal criminel du Nord »⁶.

Des thèses lilloises en préparation, celle de Cathy Gawelik sur les origines de la codification pénale, celle de D. Moyaux sur « Les origines de la justice pénale moderne, le tribunal criminel du Nord », renouvellent encore l'approche de l'activité, le fonctionnement, les difficultés rencontrées et surmontées, en matière juridique et judiciaire, qui ont permis à la juridiction d'asseoir son autorité et sa persistance.

1. Hubert Thomas, *Le tribunal criminel de la Meurthe-et-Moselle, sous la Révolution*, thèse, Nancy, 1937 ; bien plus tard, Claude Blum, *Le tribunal criminel de l'Yonne*, thèse, Paris, 1964.

2. Deux mémoires de maîtrise de l'université de Lille III concernent le sujet ; Carpentier, Delattre, Glacet, *La délinquance dans le Nord, 1792-1805*, Lille, 1971 ; Duponselle, Meaux, Richet, *La délinquance dans le Nord, 1805-1812*, Lille, 1973.

3. Publié dans les actes du colloque d'Orléans, *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, [1986], Paris, PUF, 1988, pp. 623-638.

4. Poitiers, 1993.

5. Lille, 1998.

6. Lille, 1999.

En effet, malgré quelques changements, c'est la permanence qui caractérise l'organisation de la phase du jugement des crimes. Cette continuité qui a permis au tribunal de résister aux graves menaces qui ont pesé sur son existence, il l'a due à la réussite incontestable de sa pratique judiciaire.

La remarquable stabilité du tribunal criminel à la cour d'assises, en dépit de quelques changements

Pour une part, la constance de l'institution est due à des raisons politiques. Sur des points majeurs du fonctionnement du jugement des crimes, les constituants avaient été clairvoyants, adoptant des solutions durables, pour une fois dépouillées du caractère utopique qui caractérise parfois les institutions pénales qu'ils ont créées. Ainsi, le mérite de la longévité de la juridiction criminelle doit être partagé entre le législateur qui créa l'institution et les juges qui animèrent la justice criminelle.

Les changements qui affectèrent la composition et la compétence du tribunal criminel apparaissent mineurs si on les compare à la continuité des traits principaux de la juridiction criminelle.

Les éléments de la pérennité

Si l'on ne craignait pas de commettre un anachronisme, les principes auxquels on n'a plus touché depuis la Constituante pourraient être qualifiés de « masses de granit ». Sans avoir l'ambition de les recenser tous, quatre, d'importance, méritent d'être retenus : d'abord la distinction tripartite des infractions qui a conduit à créer, pour chacune des trois catégories, une juridiction spécifique de jugement ; ensuite, la fixation de la justice criminelle au département, jamais remise en cause ; puis, l'existence, dès l'origine, d'un Code pénal ; enfin, les caractères de la procédure de jugement, orale, publique et en quelque sorte accusatoire.

La classification tripartite des infractions

C'est la Constituante qui établit implicitement cette classification en contraventions, délits, crimes, avec, pour chacune des catégories, un tribunal spécifique chargé de les juger⁷. Cette hiérarchisation est originale et commode. Elle est contraire aux classements proposés par les auteurs de l'Ancien Régime qui aboutissent, tous, à créer six ou huit groupes, en fonction de l'intérêt lésé

7. Elle le fait implicitement et indirectement en organisant la police municipale et la police correctionnelle par la loi des 19-22 juillet 1791, tandis que la procédure criminelle est réglée par le décret des 16-29 septembre 1791.

par le coupable⁸. La méthode est commode, parce qu'elle évite de définir le crime, le délit, ou la contravention, en prenant pour seul critère de distinction la peine attachée à l'infraction. C'est ainsi que le tribunal criminel se voit attribuer le jugement des crimes. Le Code pénal de 1810 reprend la classification tripartite, qui pourtant au XIX^e siècle fut accusée d'être par trop artificielle. En effet, elle ne tient aucun compte de la moralité du fait, et les infractions, tantôt crimes, tantôt délits, selon les circonstances, n'ont, pour cette raison, pas pu être dissociées dans deux parties distinctes du Code, elles ont été laissées ensemble, la séparation s'avérant impossible. Certains codes en Europe, à la fin du XIX^e siècle, préféreront distinguer entre infractions intentionnelles, et non intentionnelles⁹.

Toujours est-il que par la permanence de la division, la compétence du tribunal criminel fut clairement et définitivement indiquée.

À l'intérieur de cette catégorie des crimes dévolue au tribunal criminel, déjà des allègements se produisent.

La correctionnalisation légale, qu'on croit être un phénomène moderne, apparaît dès cette époque. La loi du 25 frimaire an VIII correctionnalise un grand nombre de vols, en abaissant singulièrement la peine, mais en renforçant la répression par l'application à ces infractions du régime sévère de la récidive et de la tentative¹⁰.

Le siège de la juridiction criminelle au chef-lieu du département

Le département est une création solide de la Constituante. La fixation départementale de la juridiction criminelle au chef-lieu (sauf exceptions) du département n'a pas varié¹¹. Et ceci contraste avec la justice correctionnelle et celle de police qui ont été « baladées » d'une circonscription à l'autre durant la Révolution. Sous la Constituante, le tribunal de police municipale est fixé à la commune, avec appel au tribunal de district. Le tribunal correctionnel est fixé au canton, l'appel de ses jugements est porté au tribunal de district. Mais le Directoire supprime le district et, en conséquence, la Constitution de l'an III redistribue toutes les implantations. Elle fixe le siège de la justice correctionnelle à l'arrondissement judiciaire encore appelé « arrondissement communal » (trois à six par département)¹², avec appel hiérarchique au tribunal criminel¹³.

8. P. Lascombes et P. Poncela, « Classer et punir autrement : les incriminations sous l'Ancien Régime et sous la Constituante », in R. Badinter (sous la dir.), *Une autre justice (1789-1799)*, Paris, Fayard, 1989, pp. 77 et ss.

9. Renée Martinage, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1998, pp. 84 et ss.

10. Les peines de fers de 4 à 8 ans passent de 6 mois à 4 ans de prison selon les cas, les peines de détention de 4 à 6 ans, passent de 6 mois à 2 ans de prison.

11. Toutefois avant la mise en place des tribunaux criminels, le 1^{er} janvier 1792, c'est le tribunal de district qui est chargé de la justice criminelle, décret du 12 octobre 1790, art. II, cité par N. Derasse, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et l'Empire (1789-1810). Les mutations d'une fonction et d'une procédure*, thèse, Lille, 1998, p. 102 ; or, les décisions du tribunal de district sont soumises à l'appel circulaire.

12. Article 233 de la Constitution de l'an III.

13. Article 236 de la Constitution de l'an III.

D'ailleurs elle change aussi la circonscription du juge de paix, celui-ci passe à l'arrondissement : « il y a dans chaque arrondissement déterminé par la loi un juge de paix et ses assesseurs... »¹⁴. De nouveaux remaniements se produisent sous le Consulat, la justice correctionnelle est fixée à l'arrondissement, la justice contraventionnelle au canton. Pendant tout ce temps et, jusqu'à nos jours, la juridiction criminelle demeure départementale.

Les principes de la procédure de jugement du crime

Dès l'origine¹⁵, c'est-à-dire par le décret des 16-29 septembre 1791¹⁶, la procédure de jugement revêt ses caractères définitifs. Elle est publique, orale, populaire, et en quelque sorte accusatoire. Elle a lieu en présence des gens du peuple venus assister au procès, c'est la première fois dans notre histoire. L'instruction est refaite à l'audience. Le conseil de la défense, obligatoire depuis le décret d'octobre 1789, va pouvoir s'attaquer aux témoins à charge. Toutes ces dispositions témoignent de l'importance des débats publics. Enfin, et surtout, le tribunal comprend non seulement un président, des magistrats, un ministère public, mais aussi des jurés qui décident sur le fait, selon leur intime conviction. Et c'est pour cette raison que le verdict populaire n'est pas susceptible d'appel, mais seulement du pourvoi en cassation¹⁷. En cas d'acquiescement, l'accusé ne pourra jamais être ni repris, ni accusé pour le même fait sous une autre qualification¹⁸.

Cette grande stabilité de la phase de jugement contraste avec les changements radicaux subis par la procédure d'instruction. Sous la Constituante celle-ci est entamée par le juge de paix, transmise au directeur du jury, puis portée devant le jury d'accusation. Ce schéma subit bientôt des mutations en droit « révolutionnaire »¹⁹, mais aussi en droit commun. Déjà le Code de brumaire an IV réintroduit, à petites doses, des éléments issus de l'ancien droit : l'écrit, le secret, les conclusions du commissaire du pouvoir exécutif, les nullités, etc., en vue d'amplifier l'instruction. Mais, dès l'an VIII, l'instruction tend à se rapprocher du système de l'ordonnance de 1670. L'unité du ministère

14. Article 212 de la Constitution de l'an III, en matière pénale le juge de paix juge en dernier ressort les infractions passibles de moins de trois jours de prison ou de trois journées de travail.

15. Le principe de publicité de la procédure est déjà exprimé dans le décret des 16-24 août 1790, titre II, art. 15, cf. Duvergier, *Collection complète des lois et décrets...*, t. 1, p. 312.

16. Complété par le décret en forme d'instruction pour la procédure criminelle, 29 septembre-21 octobre 1791.

17. Antonio Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia*, Milan, 1994, p. 141.

18. Article 426 du Code pénal de 1791, cf. B. Schnapper, « Le jury français aux XIX^e et XX^e siècles », *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 244, note 13.

19. Ainsi le schéma régulier de la procédure d'instruction fut souvent modifié en l'an II. Selon le système légal, la procédure est entamée par le juge de paix, transmise au directeur du jury, puis portée enfin devant le jury d'accusation. Une série de décrets de la Convention montagnarde supprime cette phase. L'accusateur public rédige immédiatement l'acte d'accusation, pour certains crimes commis par les fonctionnaires (décret du 7/9 frimaire, étendu par celui du 1/29 floréal), pour les atteintes à la sûreté de l'État (décrets des 6 et 13 ventôse), pour les hors-la-loi (décret des 26 et 29 frimaire). Certains de ces décrets seront rapportés dès l'an III. Ainsi les crimes des fonctionnaires retrouvent le droit commun de la procédure criminelle par le décret du 17 germinal, tandis que de nouvelles catégories (les chouans par exemple) étaient à nouveau soumises à la suppression de cette phase de l'instruction, par décret du 30 prairial an III, à tout le moins jusqu'à la création des tribunaux criminels spéciaux.

public est reconstituée²⁰. Par la loi du 7 pluviôse an IX, il recouvre la poursuite²¹. L'écrit et le secret retrouvent une place de choix²². En effet le jury d'accusation perd le droit d'entendre les témoins ou le suspect, et doit décider de l'accusation sur la seule lecture des pièces du dossier. Son rôle est donc réduit à peu de choses²³. Le Code d'instruction criminelle de 1808 fera un retour encore plus complet à l'Ancien Régime en supprimant le jury d'accusation définitivement, en confiant l'instruction secrète et écrite à un juge d'instruction.

Au contraire, pendant tout ce temps, la procédure de jugement reste à peu près intacte.

Bien entendu les grands principes du jugement subirent des exceptions redoutables, mais provisoires, devant les juridictions « politiques » de la Convention, ou encore justices d'exception, où le jury, le débat public, le pourvoi en cassation furent parfois supprimés. Le tribunal criminel dut participer à cette justice extraordinaire, mais après 1818 et la suppression des cours prévôtales les principes de la procédure du jugement des crimes reprirent la physiologie que les constituants lui avaient donnée.

L'existence d'un Code pénal

Les formes criminelles élaborées en 1791 sont complétées bientôt par cet indispensable corollaire qu'est le Code pénal, adopté le 25 septembre 1791²⁴. La rapidité de confection de ce code démontre l'intérêt primordial que les révolutionnaires portaient à la réforme de la justice criminelle. Dans le même temps, les projets de Code civil ne débouchaient sur aucun résultat avant 1804. Le Code pénal toutefois ne concernait que les crimes, c'est-à-dire les matières de la compétence du tribunal criminel. Certes, les contraventions et les délits étaient également réglés par la loi, mais pas par un code²⁵. Le Code pénal de 1791 encadre avec solidité, grâce au principe de légalité des délits et des peines, la justice criminelle, puisqu'il fut appliqué durant presque

20. La Constitution de l'an VIII fusionne les fonctions de commissaire du pouvoir exécutif et d'accusateur public en supprimant ce dernier, dans son article 63.

21. A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882, p. 451.

22. En particulier, le juge ne donne à l'inculpé aucune connaissance des charges produites contre lui jusqu'à la fin de l'interrogatoire, cf. A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1985, p. 114.

23. Les témoins sont entendus, hors la présence du prévenu ; le jury d'accusation se décidera sur des pièces écrites, et non plus sur des débats oraux, A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., pp. 454-455.

24. Lepelletier de Saint Fargeau, qui a présidé le comité de rédaction du code, ne manque pas d'insister dans son rapport des 22 et 23 mai 1791 sur le lien qui unit les deux réformes « le nouveau système de procédure criminelle que vous avez adopté ne permet pas de différer plus longtemps l'établissement du nouveau système des peines : ces deux parties du travail sont intimement liées », P. Lascoumes, P. Lenœl, P. Poncela, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, 1989, p. 327.

25. Loi des 19-22 juillet 1791, déjà citée.

vingt années, avec quelques retouches en l'an IV, V, VI, X²⁶, visant à renforcer la répression, et cela avant d'être remplacé par le Code pénal de 1810. Toutefois si l'existence d'un Code pénal fut un élément de permanence, il fut aussi générateur de bien des difficultés, en raison de ses imperfections²⁷.

Si donc la persistance de l'institution est patente, elle subit néanmoins quelques transformations plus ou moins passagères.

Des modifications dont certaines furent significatives

Au cours de ses presque deux décennies d'existence, le tribunal criminel connut néanmoins des réformes dans sa composition et dans sa compétence. Il changea aussi de nom pour prendre, dès 1804, l'appellation de Cour de justice criminelle²⁸.

Des changements dans la composition : les méthodes de recrutement des magistrats et du jury

Le choix des magistrats du tribunal criminel subit un revirement capital en l'an VIII²⁹. Ils sont désormais nommés et non plus élus, comme tous les autres juges, et comme tous les autres agents publics. Ainsi prend fin, par la volonté autoritaire du premier consul, le mode de désignation vraiment original de la magistrature par l'élection³⁰, lequel n'avait pas même duré dix ans. Malgré l'inamovibilité qui, pour les juges du siège, va de pair avec la nomination, le contrôle et la surveillance du pouvoir sur les juges criminels s'instaurent et se renforcent.

26. Sous le Directoire, en l'an IV, en l'an V, en l'an VI, des lois avaient édicté la peine de mort pour des crimes contre les biens (vols avec circonstances aggravantes, pillages de propriétés), et des crimes contre la chose publique (provocation à la dissolution du gouvernement). Ensuite la loi du 25 frimaire an VIII avait correctionnalisé certaines infractions. Enfin la loi de floréal an X rétablit la marque ou flétrissure. La loi du 22 prairial an IV punit désormais toutes les tentatives de crime.

27. Le Code pénal de 1791, inspiré par une idéologie généreuse, présente des innovations remarquables mais aussi de grandes insuffisances techniques. Les infractions ne sont pas définies, le Code ignore la démence, les faits justificatifs, etc. Les peines sont fixes et donc la pénalité s'oppose à toute individualisation. Certaines, telles que la gêne, sont déraisonnables etc., etc., etc., cf. R. Martinage, « Les innovations des constituants en matière de répression », in R. Badinter (sous la dir.), *Une autre justice (1789-1799)*, Paris, Fayard, 1989.

28. Dans le mouvement de résurrection des costumes, des titres et appellations de l'Ancien Régime : cours, procureurs, conseillers, chambres, etc.

29. Loi du 27 ventôse an VIII. Le principe de l'élection des magistrats avait déjà été battu en brèche avant que la Constitution de l'an VIII ne consacre le principe de nomination des juges. Dès les lois du 25 brumaire et du 22 frimaire an IV, le Directoire s'arrogea le pouvoir de nommer dans les places rendues vacantes. Il étendit encore, par la suite, les occasions de désignation des magistrats par la nomination, par les lois du 19 fructidor an V et 21 nivôse an VI.

30. Selon le décret des 16/24 août 1790, art. 2, le président du tribunal criminel et l'accusateur public étaient élus directement, les juges, recrutés dans les districts, étaient élus à leur niveau ; les élections furent renouvelées dès septembre 1792 et dès septembre 1795, comme conséquence du changement de régime politique.