

*LE JUGE DANS L'HISTOIRE :
ENTRE CRÉATION ET INTERPRÉTATION DU DROIT*

*Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit
Ljubljana, 5 – 8 Juin 2014*

Textes réunis par Janez Kranjc

Préface de Sophie Démare-Lafont

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2016
letnik 71 (133)
posebna številka

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

LE JUGE DANS L'HISTOIRE : ENTRE CRÉATION ET INTERPRÉTATION DU DROIT

Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit

Ljubljana, 5 – 8 Juin 2014

Textes réunis par Janez Kranjc
Préface de Sophie Démare-Lafont

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 71 (133)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Posebna številka I 2016

Numéro spécial I 2016

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. Jakob Radoslav Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo Pravnik), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnik*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso, maja 2015 pa je postala tudi naslednik revije Slovenian Law Review, ki jo je Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani izdajala od leta 2004.

Revija *Pravnik* je vključena v mednarodni bibliografski bazi Internationale Bibliographie der Zeitschriftenliteratur (IBZ) in CSA Philosopher's Index, Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (ARRS) pa jo je vključila med slovenske revije v mednarodnih bazah podatkov iz seznama ARRS.

*Izdajo najstarejše slovenske pravne revije sofinancira
Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.*

Uredniški odbor:

dr. Mitja Deisinger, Hinko Jenull, dr. Erik Kerševan, Boštjan Koritnik, dr. Janez Kranjc, dr. Marijan Pavčnik, dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič, dr. Darja Senčur Peček, dr. Alenka Šelih, Mojca Seliškar Toš, dr. Verica Trstenjak, dr. Lojze Ude, dr. Dragica Wedam Lukić

Mednarodni uredniški odbor:

dr. Matej Accetto, dr. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová, dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec, dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

JusFin, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**, v sodelovanju s
Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani

Naslov: **Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana**

Tisk: **Litteralis, d.o.o.**

Naklada: **230 izvodov**

Izide 12 števil na leto.

Spletna stran s kazalom, povzetki, navodili za avtorje in naročilnico
(tudi v angleščini): **www.revija-pravnik.si**

Naročila

e-naslov: pravnik@revija-pravnik.si, tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 50,07 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

TABLE DES MATIÈRES

Janez Kranjc Préface du rédacteur – 11

Sophie Démare-Lafont Préface – 13

Articles

Marko Petrak Addicere en droit romain archaïque
– Le juge en tant que révélateur de la volonté
de dieu – 17

Jean-François Brégi Le juge dans le Digeste – 27

Jeroen M. J. Chorus La casuistique de la conscience du juge dans
la tradition romano-canonique
(XII^e – XVI^e siècle) – 49

Thierry Hamon Les magistrats du parlement de Rennes et
l'interprétation de la Coutume de Bretagne en
matière civile (XVI^{ème} – XVII^{ème} siècles) – 71

Jean-Marie Augustin L'interprétation de la volonté par le juge : la
théorie des conjectures au service
de l'institution familiale
(XVI^e – XVIII^e siècles) – 99

Boris Bernabé À la source du pouvoir modérateur du juge.
Notice sur les origines de l'article 21 du Code
de procédure civile – 107

Sébastien Évrard Rôle du juge et interprétation du droit sous la
Convention nationale (1793-1795). La justice
militaire aux armées : une institution
méconnue et décriée – 117

Anne Peroz Burlamaqui et l'arbitraire du juge – 135

Denis Tappy Le juge simple « bouche de la loi » ou acteur
autonome de la naissance des normes
juridiques ? Eclairages helvétiques sur

	l'interprétation et la création judiciaire du droit (des origines à l'art. 1 ^{er} du Code civil suisse de 1907) – 157
Frédéric Charlin	La cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ? – 209
Audrey Virot	La dernière réforme de l'ancienne rote par Grégoire XVI. Théorie et pratique jusqu'à la chute des états pontificaux – 227
Mélanie Bost	Rôles du juge en période de crise : l'exemple de la magistrature belge pendant la première occupation allemande (1914-1918) – 245
Frédéric Constant	L'interprétation du droit par le juge en Chine – 263

Résumés

(en slovène et en anglais) – 275

Instructions pour les auteurs

(en anglais) – 303

UNIVERZA V LJUBLJANI, PRAVNA FAKULTETA

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT

LE JUGE DANS L'HISTOIRE : ENTRE CRÉATION ET INTERPRÉTATION DU DROIT



Faculté de droit de Ljubljana

5 – 8 Juin 2014

Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit
de Ljubljana

Ljubljana 2016

BURLAMAQUI ET L'ARBITRAIRE DU JUGE

Anne Peroz,

Maître-assistante en Histoire du droit, Université de Lausanne, Suisse.

INTRODUCTION

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, la science du droit est dominée, dans une grande partie de l'Europe, par l'École du droit naturel. Le courant jusnaturaliste rencontre d'abord un franc succès dans les pays acquis à la Réforme protestante, tels que la Hollande (Grotius, 1583-1645, fondateur de l'École du droit naturel moderne) ou encore l'Allemagne (Heineccius, 1681-1741 ; Pufendorf, 1632-1694 ; Thomasius, 1655-1728). Aussi n'est-il pas étonnant qu'en Suisse romande¹, l'École du droit naturel soit introduite grâce à deux protestants issus du Refuge. Le premier est Jean Barbeyrac² (1674-1744), né à Béziers d'un

¹ L'École romande du droit naturel a fait l'objet de diverses études d'ensemble. À son sujet, on peut notamment renvoyer aux publications suivantes : R. ROCA, *Wenn die Volkssouveränität wirklich eine Wahrheit werden soll... Die schweizerische Demokratie in Theorie und Praxis - Das Beispiel des Kantons Luzern*, Schriften zur Demokratieforschung, Band 6. Zürich – Basel – Genf, Zentrum für Demokratie Aarau und Verlag Schulthess AG, 2012, 260 S. S. ZURBUCHEN, *Patriotismus und Kosmopolitismus. Die Schweizer Aufklärung zwischen Tradition und Moderne*, Zürich, Chronos Verlag, 2003, 199 S. A. DUFOUR, « L'ambivalence politique de la figure du contrat social chez Pufendorf et chez les fondateurs de l'École romande du droit naturel au XVIII^e siècle », in *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Hrsg. von J-F Kervégan, H. Mohnhaupt, 1999, p. 35-74. D. BRÜLMEIER, « Natural law and early economic thought in Barbeyrac, Burlamaqui, and Vattel », in *New essays on the political thought of the Huguenots of the Refuge*, Leiden, New York, Köln, Brill, 1995, p. 53-71.

² Barbeyrac est notamment connu pour ses traductions en langue française de Grotius et Pufendorf. S'agissant de ces dernières, voir notamment *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, par le Baron de Pufendorf, traduit du latin par Jean Barbeyrac, Basle, E. Thourneisen, 1750, 6^e édition ; ou encore *Le droit de la guerre et de la paix*, par Hugo Grotius, nouvelle traduction de Jean Barbeyrac, Basle, E. Thourneisen, 1746. Le lecteur intéressé par l'œuvre générale de Barbeyrac peut, par exemple, consulter le recueil intitulé *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne*, textes réunis par Denis Tappy... [et al.], coll. Recherches juridiques lausannoises 46, Genève, Schulthess, 2010.

père pasteur. Il émigre avec sa famille au pays de Vaud suite à la révocation de l'Édit de Nantes ; puis, en 1710, il est nommé à la chaire d'histoire et de droit à l'Académie de Lausanne, qu'il quitte quelques années plus tard pour rejoindre l'Université de Groningue. Vient ensuite Jean-Jacques Burlamaqui (1695-1748), né à Genève dans une famille de notables d'origine toscane³. À 15 ans, il fait son entrée à l'Académie de Genève pour y étudier la philosophie. Burlamaqui accède au titre d'avocat en 1716, mais plus que les joutes oratoires, ce sont avant tout la théorie et l'étude de la doctrine juridique de son temps qui le passionnent. Il enseigne ainsi la morale et le droit naturel à l'Académie de Genève jusqu'en 1740. Ces années lui permettent de rassembler la matière nécessaire pour ses deux ouvrages principaux, sur lesquels nous nous appuyerons : les *Principes du droit naturel*, et les *Principes du droit politique*⁴. Parmi les jusnaturalistes romands, Burlamaqui fait quelque peu figure d'oublié... Le juriste -et jusnaturaliste- le plus connu, originaire de la Suisse actuelle, est en effet sans nul doute Émer de Vattel⁵ (1714-1767), auteur d'un

³ Sur l'arrivée de la famille Burlamaqui à Genève, voir notamment S. ADORNI-BRACCESI, « L'exil et la mémoire : Vincenzo Burlamacchi (Genève 1598-1682) et le « Libro di ricordi degnissimi delle nostre famiglie » », *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, T.22 (1992), p. 3-14.

⁴ Les *Principes du droit naturel* de Burlamaqui sont publiés en 1747, à Genève, chez Barrillot & fils. En 2007, paraît une édition critique de ces *Principes*, à la référence suivante : J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel, suivi de Droit naturel et humanité chez Burlamaqui*, par J. P. COUJOU, Paris, Dalloz, 2007, 491 p. Les *Principes du droit politique* sont publiés en 1751 à Genève par Jacob Vernet, après la mort de Jean-Jacques Burlamaqui. Cette œuvre a été rééditée, notamment en 1984, aux publications du Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen. En 2006, les deux œuvres principales de Burlamaqui font l'objet d'un seul et unique ouvrage commenté par P. KORKMAN, dans : *The principles of natural and politic law*, transl. by Thomas Nugent, ed. and with an introd. by Peter Korkman, Indianapolis, Liberty Fund, 2006, 579 p. Signalons encore les *Éléments du droit naturel*, de Burlamaqui, publiés en 1775 à Lausanne, chez Grasset. La paternité de cette dernière publication reste controversée. B. GAGNEBIN l'attribue d'abord au juriste lausannois Gabriel Seigneux de Correvon, thèse toutefois réfutée par S. ZURBUCHEN à la page 57 de son ouvrage précité (voir note 1) : il semble en effet que Paul Nordmann, auteur en 1947 d'un ouvrage détaillé sur Seigneux de Correvon, ne mentionne à aucun moment une telle possibilité (P. NORDMANN, *Gabriel Seigneux de Correvon, ein schweizerischer Kosmopolit, 1695-1775*, Firenze, 1947, 171 S.). S'agissant des ouvrages généraux évoquant la pensée de Burlamaqui, on se limitera ici à trois références : J. SIMONIN, « L'homme et le Citoyen dans la science du droit naturel de J. J. Burlamaqui », in *Genève et la Suisse dans la pensée politique*, Association française des historiens des idées politiques, actes du colloque de Genève, 14-15 septembre 2006, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 89-102. W. J. HABSCHEID, « Jean-Jacques Burlamaqui und seine Principes du Droit naturel », in *Staat und Gesellschaft*, Göttingen, O.Schwartz, 1967, S. 5-24. B. GAGNEBIN, *Burlamaqui et le droit naturel*, Genève, Éditions de la Frégate, 1944, 318 p.

⁵ Concernant Émer de Vattel, le lecteur peut notamment consulter : V. CHETAIL, « Vattel and the American dream : an inquiry into the reception of the Laws of Nations

ouvrage intitulé *Droit des gens et principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des nations et des souverains*, paru en 1758 et qui a fait date en droit international public.

Les jusnaturalistes appliquent notamment leurs théories aux questions criminelles, au moment où le régime de la peine connaît des bouleversements. À la suite de développements remontant à la fin du Moyen Âge, la procédure pénale en Europe a vu triompher la procédure inquisitoire et un renforcement global de la répression. Celle-ci est désormais exercée par les juges, sous l'autorité des souverains, pour préserver l'ordre et la sécurité publique. Cette évolution s'est également manifestée sur le territoire de la Suisse actuelle, où le droit de rendre la justice était passé peu à peu aux cantons confédérés.

Jusqu'au XVII^e siècle, en Europe, les juges s'efforcent de prononcer des peines sévères, inévitables, dissuasives dans l'intérêt commun, et jouissent d'une grande liberté dans leur fixation. Les finalités nouvelles de la peine ainsi que les lacunes de la législation centrale entraînent ainsi l'instauration d'un arbitraire des juges. Toutefois, cet arbitraire ne constitue pas un pouvoir illimité. La marge de manœuvre des magistrats varie selon le niveau de juridiction, et il leur demeure interdit de prononcer des peines inconnues, ou tombées en désuétude⁶. Le juge doit aussi respecter le système des preuves légales, orientant la détermination de la peine. Le terme « arbitrer », du latin *arbitrari*, désigne ainsi le rôle du magistrat de trouver un moyen de concilier les deux parties au procès. Il ne revêt donc pas, initialement, la moindre signification péjorative. Au XVI^e siècle, alors que le pouvoir central se renforce, l'arbitraire est cette fois synonyme d'un pouvoir absolu, celui du prince dominant ses sujets et ses juridictions. Un siècle plus tard encore, l'arbitraire devient terme voisin de despotisme, de bon plaisir ou de caprice. La cruauté de certains supplices de l'époque participe d'ailleurs à cette vision d'un exercice déraisonnable de la justice, et d'une sorte de tyrannie judiciaire.

Beccaria posera, en 1764, dans son *Traité des délits et des peines*, la nécessité d'un principe de légalité des délits et des peines, limitant l'arbitraire du juge et sécurisant quelque peu l'accusé. Mais plusieurs années auparavant, Burlamaqui affirme déjà, dans ses *Principes du droit naturel et du droit politique*, la nécessité d'encadrer le libre arbitre du magistrat... Toutefois son discours sur la question semble encore bien prudent, et il paraît nécessaire

in the United States », in *The roots of international law*, Leiden, L.Nijhoff, 2014, p. 251-300. V. CHETAIL, P. HAGGENMACHER, *Vattel's international law in a XXIst century perspective : Le droit international de Vattel vu du XXI^e siècle*, Nijhoff, Leiden, 2011, 442 p.

⁶ J. M. CARBASSE, « La peine en droit français, des origines au XVII^e siècle », *La peine (2^e partie) : l'Europe avant le XVIII^e siècle*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, De Boeck Université, 1991, p. 171.

de revenir brièvement sur le contexte entourant l'auteur et conditionnant la manière dont il écrit. Burlamaqui est citoyen de la République de Genève, une ville-État, peuplée d'environ 25 000 habitants en 1760. Selon *l'Encyclopédie méthodique*, la justice de Genève est peut-être la plus sage d'Europe, après celle de l'Angleterre⁷. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, Brissot de Warville (1754-1793) vante à son tour l'abolition de la torture décidée en 1738 à Genève, et souligne qu'il serait aussi souhaitable que « *l'on s'occupât en France de réformer cette atrocité inutile* »⁸. Les encyclopédistes Diderot et d'Alembert relèvent eux-mêmes, dans l'article consacré à Genève, l'abolition précoce de la torture et le recours modéré à la peine capitale. Au XVIII^e siècle, la République de Genève ne connaît pas de codification criminelle, et le *corpus* de droit pénal paraît au contraire bien mince ; la répression se fonde sur les 19 articles du titre XII (*Des causes criminelles et d'injures*) des Édits civils de la République⁹ établis en 1568, complétés, en cas de carence ou d'insuffisance des textes, par l'ordonnance criminelle française de 1670 et par la *Constitutio criminalis Carolina* de Charles Quint rédigée en 1532. Un contenu exhaustif, certes, mais appliqué, pour d'Alembert, « *avec plus d'exactitude que de rigueur* »¹⁰. À l'époque où Burlamaqui rédige ses *Principes*, la République de Genève se trouve confrontée à une délinquance de faible envergure ; pour Michel Porret, la République est en effet située à la jonction d'un territoire géographique « *sous-criminialisé* » (France du Nord, Nord-Est, Sud), et « *apaisée* » (Languedoc), qui s'opposerait à une aire « *sur-criminialisée* »¹¹ (Centre, Ile de France, Est). La République de Genève ne reste pourtant pas à l'écart des grandes affaires judiciaires touchant l'Europe du XVIII^e siècle et inspirant les écrits des penseurs des Lumières. Elle constitue, à cette époque, une république oligarchique où tous les habitants sont loin d'être à égalité. Au sommet de la hiérarchie, dominant les citoyens de Genève, issus des personnalités ayant acquis la bourgeoisie de Genève au moins une génération auparavant ; eux seuls ont la possibilité de participer aux affaires publiques¹².

⁷ M. PORRET, *Le crime et ses circonstances, De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, librairie Droz, Genève, 1995, p. 28.

⁸ M. PORRET, *Le crime et ses circonstances, De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, op. cit, p.29.

⁹ É. RIVOIRE, *Les sources du droit du canton de Genève, tome 3 (1551 à 1620)*, Arau, H.R.Sauerländer et Cie, 1933, p. 176-232.

¹⁰ M. PORRET, *Sur la scène du crime, Pratique pénale, enquête et expertises judiciaires à Genève (XVII^e-XIX^e siècle)*, Presses de l'Université de Montréal, 2008, p. 10-11.

¹¹ M. PORRET, *Sur la scène du crime, Pratique pénale, enquête et expertises judiciaires à Genève (XVII^e-XIX^e siècle)*, op. cit, p.27.

¹² M. M. ROSSI, « Gian Giacomo Burlamacchi e la storia costituzionale del settencento », in *Ginevra e l'Italia : raccolta di studi*, Sansoni, 1959, p. 551.

Théoriquement, le pouvoir souverain appartient au Conseil général, formé de tous les citoyens mâles de plus de 25 ans. Mais pour l'oligarchie en place dès la fin du XVI^e siècle, ce pouvoir a été délégué à deux conseils restreints : le plus important est le Petit Conseil, chargé de désigner les membres du Conseil des Deux-Cents, représentant lui-même le Conseil général des bourgeois-citoyens. Les structures gouvernementales apparaissent de plus en plus élitistes, et en définitive, le pouvoir appartient à un petit nombre de familles privilégiées. Ce Petit Conseil dispose des prérogatives les plus étendues : il détient l'initiative législative, le pouvoir exécutif, et fait figure d'autorité diplomatique et militaire. En matière de justice, il se prononce en dernier ressort sur toutes les causes criminelles¹³. Le « juge »¹⁴ que nous évoquerons est donc d'abord un organe collectif, c'est-à-dire le Petit Conseil. Lorsqu'il rend sa sentence, ce dernier suit les réquisitoires du Procureur général de la République, personnage central du système répressif genevois ; après 1738, 9 fois sur 10, le Petit Conseil se conforme aux réquisitoires du Procureur¹⁵. Ce magistrat constitue le premier arbitre tranchant l'affaire, laissée ensuite à l'appréciation souveraine du Petit Conseil. Burlamaqui, lui-même, appartient à cette caste dirigeante de la République ; il a le privilège de participer à la vie politique de la cité en tant que membre du Conseil des Deux-Cents, et siège au Petit Conseil une fois retiré de la vie académique, de 1742 à son décès¹⁶.

Lors des décennies précédant la rédaction des *Principes* de Burlamaqui, des troubles politiques ébranlent la République genevoise. Le premier événement secouant Genève est l'affaire Pierre Fatio, de 1705 à 1707¹⁷. Pierre Fatio (1662-1707), avocat, élu au Conseil des Deux-Cents, est doté d'un esprit non conformiste et indépendant, un esprit fort qui dérange la frange gouvernante. En 1705, son frère est nommé au Petit Conseil, alors qu'il n'a pourtant

¹³ Le droit de grâce est toutefois réservé au Conseil des Deux-Cents en 1598.

¹⁴ Burlamaqui évoque rarement le « juge », ainsi nommé. Ses propos désignent le plus souvent le « Prince », ou le « Souverain », sans plus de définition quant au(x) détenteur(s) du droit de commander. Sur un modèle proche de celui de Pufendorf, Burlamaqui explique que le « Souverain » possède les attributs suivants : « *Le pouvoir législatif, le pouvoir coactif, celui d'infliger des peines, le pouvoir judiciaire, le droit de faire la guerre et la paix, le droit de conclure des traités* » (B. GAGNEBIN, *Burlamaqui et le droit naturel*, op. cit, p. 147).

¹⁵ M. PORRET, *Sur la scène du crime, Pratique pénale, enquête et expertises judiciaires à Genève (XVII^e-XIX^e siècle)*, op. cit, p. 13.

¹⁶ Sur l'intégration de Burlamaqui à l'aristocratie genevoise et ses répercussions sur sa pensée politique, voir A. RIKLIN, « Jean-Jacques Burlamaqui und die Genfer Aristodemokratie », *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, hrsg. von Walter Haller, Alfred Kölz... [et al], Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, S. 639-652.

¹⁷ Dictionnaire historique de la Suisse, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F27568.php>.

aucune expérience des choses publiques. Pierre Fatio, dont la candidature a été écartée, ne cesse alors de réclamer des réformes politiques, et propose notamment la convocation annuelle du Conseil général délibérant. Prétendant sa participation à un complot, le Petit Conseil condamne Fatio à mort en 1707 et le fait exécuter. Cette affaire prépare le terrain à une révolution sociale. En 1715, la petite bourgeoisie, exclue du jeu politique, se révolte contre la décision du Petit Conseil de lever de nouveaux impôts sans l'avis du Conseil général. En 1718, paraît un pamphlet anonyme, intitulé *Les lettres séditieuses*, où l'auteur s'interroge sur la légitimité des décisions du Petit Conseil, aux mains d'une poignée de familles. Ces écrits font des émules, puisqu'à leur suite, les bourgeois présentent au Petit Conseil des doléances en faveur d'une meilleure représentation de la classe moyenne. Mais le gouvernement genevois interdit l'ouvrage subversif, ainsi que tout rassemblement dans les rues de la ville.

D'autres troubles agitent à nouveau la République en 1734¹⁸. L'enjeu porte cette fois sur le financement des fortifications entourant la cité. Menée par Micheli Du Crest (1690-1766), la bourgeoisie réitère à nouveau ses demandes au Petit Conseil, en faveur du rétablissement des prérogatives du Conseil général en la matière. À Burlamaqui revient à cette occasion la tâche de rapporter sur les doléances des représentants des citoyens... La requête est rejetée, mais la population prend les armes. Une véritable guerre civile se déroule alors à Genève en l'année 1737. Le Règlement de l'Illustre Médiation, en mai 1738, met fin aux émeutes en rendant quelques compétences au Conseil général et en permettant aux « natifs », fils d'habitants, d'accéder à tous les métiers.

Le point de vue de Burlamaqui au sujet de l'arbitraire du juge nécessite d'être apprécié en tenant compte de ce contexte si particulier, touchant au parcours de l'auteur ainsi qu'aux événements ayant secoué la République de Genève. Quels sont les principes liant le juge lorsqu'il officie, et en quoi les propos du jusnaturaliste romand sont-ils novateurs ? Pour Burlamaqui, le magistrat doit sanctionner les manquements aux lois naturelles tout en observant lui-même les règles du droit naturel (I), et infliger une peine réparatrice, modérée selon les circonstances (II).

I. LE JUGE COMME GARANT DU DROIT NATUREL ET DE L'ÉQUILIBRE SOCIAL

Dans ses *Principes du droit politique*, Burlamaqui précise que des lois naturelles régissent les comportements humains bien avant les lois civiles. Ces lois primitives limitent même le pouvoir du Souverain, qui « *ne saurait rien déterminer valablement au contraire de ce qu'elles commandent ou défendent*

¹⁸ Dictionnaire historique de la Suisse, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F15901.php>.

expressément »¹⁹. Le magistrat lui-même reste subordonné au droit naturel, la norme répressive en constituant d'ailleurs la stricte sanction (A). La légalité des incriminations lie le juge et fait du droit pénal un droit de répression par annonce (B).

A. La peine et l'office du magistrat, tous deux subordonnés aux préceptes du droit naturel

Lorsqu'il officie, le juge ne fait qu'exercer une mission le dépassant. Il appartient en effet à l'organisation politique de donner une effectivité aux lois naturelles, les normes de droit positif ne constituant qu'une dérivation des normes posées par le droit naturel. Le devoir du souverain est de faire tendre les commandements de la loi civile « *vers les commandements de la loi naturelle* »²⁰. Les tribunaux répriment les comportements déviants, et replacent les Hommes dans la droite ligne de la recherche du bonheur. Dans le sillage du courant empiriste-sensualiste de Thomasius, Burlamaqui pose en effet la recherche du bonheur comme objectif du droit naturel et par conséquence de toute norme civile²¹. L'inspiration eudémoniste de l'auteur transparaît d'ailleurs dès les premières pages de ses *Principes du droit naturel*, lorsqu'il écrit que l'objet de l'ouvrage est de

« *rechercher (...) les règles que la seule raison prescrit aux hommes pour les conduire sûrement au but qu'ils doivent se proposer et qu'ils se proposent tous (...); je veux dire au véritable et solide bonheur. Et c'est le système ou l'assemblage de ces règles, considérées comme autant de lois que Dieu impose aux hommes, que l'on appelle droit de la nature* »²².

Le juge applique un droit civil, uniquement basé sur les préceptes du droit naturel imposé par Dieu.

En outre, pour Burlamaqui, le magistrat n'est autre que le simple titulaire d'un état accessoire à l'ordre naturel. Dans les *Principes du droit politique*, la souveraineté apparaît comme le droit de commander et de contraindre en dernier ressort dans la société civile, droit que les membres de cette société

¹⁹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et Documents, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1984, p. 214.

²⁰ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, étude critique par Jean-Paul Coujou, Dalloz, 2007, p. 361.

²¹ P. KORKMAN, « Life, liberty, and the pursuit of happiness ; Human rights in Barbeyrac and Burlamaqui », in *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, The New Synthese Historical Library, n°59, Springer, 2006, p. 258.

²² J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 11.

ont déferé à une seule personne ou à un seul corps « pour y maintenir l'ordre au-dedans et la défense au dehors, et en général pour se procurer sous sa protection, un véritable et solide bonheur, et surtout pour l'exercice assuré de leur liberté »²³. Dans son état primitif, la société humaine est basée sur l'égalité et l'indépendance²⁴. La construction de l'État met fin à ces dernières, et à leur place, naît un lien de subordination envers le Souverain, « dépositaire de la volonté des forces de chaque particulier réunies en sa personne »²⁵. Le pouvoir de juger est ainsi dérivé d'un contrat social, et chacun se trouve dans l'obligation de se conduire selon les préceptes du gouvernement civil, le Souverain (et donc le juge), s'engageant à faire parvenir les Hommes au bonheur.

Burlamaqui donne une définition du terme « droit », dans ses *Principes du droit naturel* : ce dernier regroupe « tout ce qui dirige et tout ce qui est bien dirigé », et « ce que la raison approuve comme moyen sûr et abrégé de parvenir au bonheur »²⁶. Si les Hommes acceptent de renoncer à leur indépendance et à leur l'égalité d'origine, c'est qu'ils ont conscience de ne pouvoir s'obliger eux-mêmes : en effet, « pour que la nécessité ait lieu, il faut qu'elle ne puisse cesser au gré de celui qui y est soumis, autrement elle serait sans effet »²⁷. Ceux qui composent le gouvernement civil d'une nation, les « magistrats, les officiers, les princes... » disposent de « charges accessoires », indiquant leur rôle en matière de diffusion du droit naturel dans la société civile. S'ouvre aussi l'idée que l'infraction constitue une violation de ce pacte social ; la déviance introduit une rupture dans la communauté des Hommes, s'étant justement réunis en État civil sous l'autorité d'un Souverain, bouche du droit naturel, pour accéder au bonheur. L'infraction devient une faute à l'égard de la société toute entière, et la peine un mode de rachat. Elle ne vise plus en priorité à infliger un mal, mais doit permettre au délinquant de retrouver sa place dans la communauté des Hommes et de payer sa dette à la collectivité²⁸.

Burlamaqui envisage toutefois le cas où le Souverain s'écarterait du droit naturel et de l'attitude exemplaire que l'on attend de lui. Bien entendu, le Souverain doit pouvoir sanctionner rigoureusement les manquements aux

²³ B. GAGNEBIN, *Burlamaqui et le droit naturel*, op. cit, p. 143.

²⁴ Pour l'auteur des *Principes du droit naturel*, la société à l'état naturel était composée de plusieurs familles et non de peuples. Ces familles, placées chacune sous l'autorité du chef de famille (père ou aïeul), viennent à s'unir pour assurer leur défense commune. C'est ainsi que naît une nation, gouvernée par celui à qui ces familles acceptent de s'en remettre.

²⁵ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 129.

²⁶ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 41.

²⁷ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 140.

²⁸ La seconde partie du présent propos évoquera ces idées.

lois civiles. Cependant, il faut se garder de toute tendance à la « tyrannie »²⁹ ou à l'oppression. Dans ses *Principes du droit politique*, l'auteur remarque que le gouvernement civil doit toujours respecter « l'ordre des jugements et de la procédure judiciaire »³⁰ lorsqu'il inflige une peine, contre toute tentation de faire un usage personnel et abusif du pouvoir confié par le corps social. Une telle discipline permet au Souverain de ne pas commettre d'injustice, car il s'écarterait dans ce cas du bien commun et de la recherche du bonheur. Le pacte social, unissant les Hommes entre eux, mais les unissant aussi au Souverain, est ainsi sauvegardé. Chacun doit notamment être en mesure de se défendre et de justifier sa conduite devant un tribunal ; sinon, il y aurait « arbitraire du juge », dans le sens où la sentence prononcée correspondrait au bon plaisir du Souverain. Si toutefois le magistrat venait à transgresser cette ligne de conduite, Burlamaqui reconnaît au peuple un droit nuancé à faire sécession. Dans les *Principes du droit politique*, ce n'est que si l'abus va jusqu'à l'« excès »³¹, renversant les principes fondamentaux des lois naturelles, que le peuple est légitime à déposer le Souverain, celui qui détient le pouvoir de rendre la justice. À un degré moindre, les Hommes restent dans l'obligation de souffrir les inconvénients résultant de quelque décision injuste, car nul n'est infaillible, pas même le magistrat. Pour le jusnaturaliste, le meilleur moyen de limiter l'arbitraire du Souverain reste la légalité des délits et des peines ; il propose d'ailleurs une définition de ce pilier du régime pénal (B).

B. La légalité des incriminations comme élément de régulation sociale

Burlamaqui amorce la nécessité de lois indiquant la possibilité d'une sanction. Pour le jusnaturaliste,

*« la loi est une règle imposant aux sujets de faire ou de ne pas faire certaines choses, en leur laissant la liberté d'agir ou de ne pas agir, comme ils le trouveront à propos »*³².

Il approfondit cette définition, en indiquant deux composantes essentielles à toute loi, encadrant le travail du juge. La première est la disposition qui exprime le commandement ou la défense, la seconde est la sanction qui prononce le châtement. Toute sanction doit être « convenable »³³, renvoyant ici à la mesure

²⁹ B. GAGNEBIN, *Burlamaqui et le droit naturel*, op. cit, p. 179.

³⁰ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 273.

³¹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 218.

³² J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 74.

³³ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 75. Nous aborderons l'individualisation de la sanction dans la seconde partie.

de la peine en fonction de l'infraction qu'elle réprime. Il n'est toutefois pas utile de fixer, dans la loi, la peine associée à chaque infraction³⁴ ; le Souverain doit simplement déclarer qu'il punira, « *en se réservant de déterminer l'espèce et le degré du châtement, suivant sa prudence* »³⁵. Burlamaqui s'appuie sur la pensée de Hobbes, qui, dans son *De Cive*³⁶, plaide déjà pour cette solution. La norme répressive se distingue ainsi du simple conseil, et l'individu sait qu'il s'expose à un châtement en la transgressant. Burlamaqui refuse toutefois le système des peines fixes, définies à l'avance peu importe le profil du délinquant ou le contexte de l'infraction. Il s'agit là d'une nouveauté par rapport aux théories posées par Pufendorf ou encore Grotius, qui n'envisageaient pas, dans leurs ouvrages, la sanction comme partie intégrante de la loi. À l'image cette fois de Pufendorf, Burlamaqui estime que la menace d'une peine est plus efficace pour faire respecter la loi que la promesse d'une récompense³⁷. Dans ses *Principes du droit politique*, l'auteur rappelle que les lois servent à donner une effectivité au droit naturel afin de conduire les Hommes vers le bonheur :

« *Les lois civiles donnent au droit naturel un nouveau degré de force, en en rendant l'observation plus assurée au moyen d'une sanction et des peines que le Souverain inflige à ceux qui les méprisent et qui les violent* »³⁸.

La sanction n'aurait ainsi d'autre but que d'obliger les Hommes à agir selon leurs véritables intérêts, pour leur bien propre et l'intérêt commun de la société³⁹. En assortissant la règle de droit d'une sanction, le Souverain-juge ne fait encore que donner une efficacité aux commandements de Dieu : « *Il est de sa satisfaction et de sa gloire de faire connaître hautement la différence qu'il met entre ceux qui troublent l'ordre et ceux qui le suivent* »⁴⁰. Sans les tribunaux, la transgression des lois naturelles (dérivées des règles morales imposées par Dieu) connaîtrait l'impunité.

³⁴ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 75. Selon Burlamaqui, « *il n'est pas absolument nécessaire que la nature ou la qualité de la peine soit formellement spécifiée dans la loi* ».

³⁵ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 75.

³⁶ T. HOBBS, *De Cive ou Les fondements de la politique*, traduction de Samuel Sorbière, Paris, Sirey, 1981, p. 248.

³⁷ Burlamaqui précise à ce sujet que « *les plus belles promesses ne déterminent pas toujours la volonté, mais la vue d'un supplice rigoureux ébranle et intimide* » (J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 76).

³⁸ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 211.

³⁹ La peine est « *absolument nécessaire au repos public* » (J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 257).

⁴⁰ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 190.

Pour être efficace, la loi doit bien entendu être « *notifiée aux sujets* »⁴¹. En effet, comment la menace d'une sanction pourrait-elle produire impression si elle n'est pas connue du peuple ? Burlamaqui préconise la publication des lois par le Souverain : ainsi, « *chacun n'est plus juge indépendant de sa propre cause, on réprime les caprices et les passions, et les hommes sont obligés de se contenir dans les égards qu'ils se doivent les uns aux autres* »⁴². La publication des lois forme le complément nécessaire à la légalité des incriminations. Pour se sentir lié par une norme, le peuple doit en avoir connaissance. Burlamaqui adopte un point de vue tranché s'agissant du langage de diffusion des lois. Il faut une publication « *claire* », et en particulier, il est « *absolument nécessaire que les lois soient écrites dans la langue du pays* »⁴³. Il précise encore : « *Il serait même convenable que l'on ne se serve plus d'une langue étrangère dans les écoles de jurisprudence* »... Burlamaqui vise à mots couverts l'usage du latin, « *une langue morte, inconnue au commun des hommes* »⁴⁴... Depuis 1720, l'auteur, alors Professeur à l'Académie de Genève, avait d'ailleurs donné ses cours en français, et non en latin, rompant avec la tradition ! Le juge arbitre un litige grâce à un *corpus* législatif désormais également connu des parties. Pour que le contrat social soit efficacement protégé, Burlamaqui recommande encore, dans ses *Principes de droit politique*, de limiter strictement les dispenses au respect des lois : « *Le souverain ne doit pas accorder des dispenses légèrement et sans de très fortes raisons, autrement on affaiblit les lois et on donne lieu à des jalousies toujours pernicieuses à l'État et aux particuliers* »⁴⁵. Un souci d'égalité doit absolument animer le juge. Dans le cas où de trop nombreuses dispenses à l'observation des lois sont accordées, le principe de légalité ne remplit plus son rôle.

En matière de légalité des délits et des peines, l'enjeu est juridique, mais aussi politique. La légalité des incriminations fait du droit pénal un droit de répression par annonce, concourant à la stabilité sociale. La publication des lois, la connaissance de la sanction, incitent l'Homme à corriger ses mœurs⁴⁶.

⁴¹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 74.

⁴² J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 19. La publication des Édits civils genevois est l'une des revendications des citoyens, soutenus par Fatio, en janvier 1707.

⁴³ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 219.

⁴⁴ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 219.

⁴⁵ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 227.

⁴⁶ En 1756, François Seigneux, juge à Lausanne, fera aussi de la loi le fondement du contrat social dans son *Système abrégé de Jurisprudence criminelle accommodé aux lois et à la constitution naturelle du pays*. Il y précise ainsi que « *par le consentement de la généralité, chaque individu est censé se soumettre volontairement à la peine qu'elle dicte contre les divers crimes et délits* » (E. SALVI, « Les Lumières pénales dans les républiques

Le peuple (évoluant dans une société apaisée) et les pouvoirs publics (dotés d'un nouveau moyen de contrôle de la population), sont les deux bénéficiaires d'un système de normes et de sanctions clairement défini. Cette légalité permet aussi d'éviter que le juge ne se substitue au législateur. Ce dernier aspect emporte deux conséquences dans les propos de Burlamaqui : la nécessité d'une séparation des pouvoirs, et le respect de la souveraineté populaire, incarnée dans l'organe qui élabore les lois. Les écrits de Burlamaqui plaident ainsi en faveur d'un renouveau juridique en matière pénale, mais aussi d'une évolution des institutions genevoises, *a fortiori* compte tenu du contexte troublé des années précédentes. Le peuple et l'État forment deux entités, deux forces qui peuvent s'affronter si l'une prend le pas sur l'autre⁴⁷. Le juge serait en quelque sorte chargé de préserver un point d'équilibre entre les pouvoirs publics et la masse populaire. Le contexte particulier de la République de Genève reste bien perceptible : une ville-État sous la coupe d'un régime oligarchique, dans laquelle le peuple aspire à davantage de pouvoirs. Un tel principe de légalité évoque un idéal de justice mitigée : le contrevenant ne doit pas subir d'autre peine que celle prévue éventuellement par la loi, mais aussi une peine modérée et proportionnée à la gravité de l'infraction. La procédure pénale permet justement au juge d'apprécier dans quelle mesure le prévenu doit répondre des faits commis (II).

II. UN MAGISTRAT TENU D'INFLIGER UNE PEINE « MESURÉE »

Dans ses *Principes de droit politique*, Burlamaqui voit en la peine « *un mal* », que le Souverain inflige à ses sujets « *actuellement et dans une juste proportion lorsqu'ils violent les lois, (...) dans la vue de quelque bien à venir et (...) pour la sûreté et la tranquillité de la société* »⁴⁸. La sanction fait payer le délinquant de ses biens ou de sa personne, mais pas uniquement :

« *Faire souffrir quelque mal à quelqu'un, seulement parce qu'il en a fait lui-même, et ne faire attention qu'au passé, c'est une pure cruauté condamnée par la raison* »⁴⁹.

francophones de l'Helvétie », in *Lumières. Penser la peine à l'âge des Lumières*, n°20, 2012, p. 44).

⁴⁷ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 256 (« *Les particuliers ne sauraient se faire justice à eux-mêmes, sans se rendre coupables d'un attentat contre les droits du Souverain* »).

⁴⁸ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 255.

⁴⁹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 261.

La répression pénale doit être mesurée au regard des objectifs de la peine et de l'infraction commise : il faut une sanction réparatrice (A), modérée et proportionnée (B).

A. Un catalogue des peines classique, mais au service d'une justice tournée vers l'avenir

Burlamaqui recense les peines qui « affectent la vie, le corps, l'estime ou les biens »⁵⁰. Cette liste paraît somme toute assez classique. Depuis l'Antiquité, coexistent déjà, en effet, trois formes de stratégies punitives : les peines qui frappent le corps du délinquant (du supplice à l'élimination définitive), celles qui affectent le patrimoine (telles que l'amende ou la confiscation), et enfin celles qui blessent son amour propre, parmi lesquelles le bannissement temporaire ou perpétuel. Burlamaqui justifie même l'emploi de la peine de mort⁵¹, pour prévenir les méfaits les plus graves :

« Il faut que le droit de punir s'étende jusqu'à pouvoir faire souffrir le plus grand de tous les maux naturels, je veux dire la mort : autrement la crainte de la peine ne serait pas toujours capable de balancer la force du plaisir et de la passion ; en un mot, il faut qu'on ait manifestement plus d'intérêt à observer la loi qu'à la violer »⁵².

Si les propos de Burlamaqui ne sont guère originaux s'agissant de la liste des peines pouvant être administrées par le juge, il en va tout autrement de leur fonction. La réparation du préjudice subi par la victime doit toujours être assurée⁵³, y compris lorsque la grâce est prononcée : le Souverain peut

« de sa pure autorité, faire grâce au coupable, mais il n'en est pas de même du droit d'exiger la satisfaction ou la réparation du dommage : le Magistrat ne saurait en dispenser l'offenseur et la personne lésée conserve toujours son droit »⁵⁴.

Deux lectures sont possibles, s'agissant de la notion de « compensation » en droit pénal. La norme répressive peut viser la satisfaction de la victime par compensation entre la souffrance endurée et la souffrance infligée ; il s'agit en ce cas de la rétribution du mal par le mal, selon le droit pénal pratiqué au

⁵⁰ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 255.

⁵¹ La République de Genève connaît l'application de la peine de mort, à travers la *Constitutio criminalis Carolina*, réservant l'ultime supplice à ceux qui se rendent coupable de trahison.

⁵² J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 90.

⁵³ Burlamaqui estime que « la peine doit être infligée indépendamment de la réparation » (J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 256).

⁵⁴ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 257.

Moyen Âge et au début de l'Ancien Régime. Mais Burlamaqui soutient une autre conception du droit pénal, dans laquelle réparation du dommage et mal de la peine semblent bien séparés. Dans l'expression citée, on admet que le coupable puisse ne pas purger sa peine, mais il paraît inconcevable que le préjudice ne soit pas réparé. Le juge, par la peine, ne sanctionne plus seulement un crime passé, mais rétablit également la bonne marche de la société, restaure son équilibre⁵⁵. Comme nous l'avons mentionné, Burlamaqui n'estime pas nécessaire de prévoir précisément, pour chaque infraction, la peine qui y est associée, mais indique qu'il faut prononcer « *une peine différente du mal* »⁵⁶. L'heure n'est plus à la vengeance ou à la loi du Talion, comme à Rome, où la sanction ordonnée par le juge avait une fonction égalitaire et rétributive.

Le juge, lorsqu'il condamne, doit aussi en quelque sorte éduquer l'opinion et veiller à l'amendement du coupable. Ainsi, il est nécessaire que toute peine soit exécutée publiquement, pour mettre en garde ceux qui seraient tentés de suivre le même chemin délictueux :

« *Rien n'est plus convenable au but des peines que de les infliger publiquement, et avec l'appareil le plus propre à faire impression sur l'esprit du commun peuple* »⁵⁷.

Mais nul besoin, pour le juge, d'infliger systématiquement une peine cruelle. Burlamaqui précise en effet que le juge « *ne doit avoir recours aux peines les plus rigoureuses que lorsque celles qui sont moindres sont insuffisantes pour procurer la tranquillité publique* ». Au Moyen Âge, l'exemplarité de la peine signifie son exécution en public, mais aussi sa sévérité. Chez Burlamaqui, l'obligation de publicité des peines est toujours présente ; la sévérité est par contre moins systématique, la sanction intervenant avant tout pour permettre la réparation du dommage, la resocialisation du délinquant. L'idée d'une peine qui amende le délinquant naît au XVIII^e siècle, le droit canonique connaissant auparavant le rachat et la grâce mais dans le cadre d'une guérison purement spirituelle. L'emprisonnement punitif correspond à cet objectif d'une peine éducative. Dans ses ouvrages, Burlamaqui ne consacre pas de longs développements à l'emprisonnement. Il l'évoque simplement dans ses *Principes du droit politique* comme l'une des sanctions pouvant être prononcées par le magistrat, dans le but d' « *ôter aux coupables les moyens de commettre de nouveaux crimes* »⁵⁸ et

⁵⁵ Cette fonction réparatrice de la justice était déjà perceptible chez Aristote dans son *Éthique à Nicomaque*, établissant une division entre justice commutative et justice réparatrice.

⁵⁶ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 75.

⁵⁷ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 263.

⁵⁸ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 262.

de donner au délinquant un temps propice à la réflexion. Au XVIII^e siècle, la République de Genève semble assez en avance sur son temps et les Procureurs généraux insistent déjà beaucoup, à l'occasion des affaires qui leur sont soumises, sur les vertus correctrices de l'incarcération : la prison servirait à discipliner le délinquant et à « réformer »⁵⁹ ses mœurs. Même si Burlamaqui n'effectue pas expressément l'association entre l'emprisonnement et les objectifs de toute peine infligée, on devine en l'incarcération l'un des moyens de réponse à ces derniers. À la peine expiatoire, succèdent la prévention et l'amendement ; le droit à la vie l'emporte, même pour le coupable d'un crime. Suivant ce mouvement, Beccaria, Jean Vilain XIV le bourgmestre de Gand⁶⁰, ou encore Jérémy Bentham dans son *Panoptique*, feront plus tard du moyen carcéral une clé de voûte du système pénal.

Qu'en est-il alors des sanctions touchant la famille du coupable ? Il en va ainsi de la confiscation, signifiant une mise à mort sociale, patrimoniale, de tous les proches du délinquant. Burlamaqui évoque son point de vue dans les *Principes du droit politique* :

*« Il y a des crimes atroces qui intéressent si essentiellement la société que le bien public autorise le Souverain à prendre (...) les précautions les plus fortes, et même si cela est nécessaire, jusqu'à faire retomber (...) sur les personnes les plus chères au coupable une partie de la peine de son crime : c'est ainsi que les enfants d'un tyran peuvent être exclus des charges et des honneurs »*⁶¹.

Il en appelle toutefois à la responsabilité de tous et à la raison « afin que la tendresse d'un père pour ses enfants le rende plus attentif à ne rien entreprendre contre l'État ». Un peu plus loin, l'auteur réfute cette fois la possibilité pour un juge de « bannir ou de mettre à mort »⁶² les enfants d'un « tyran ou d'un traître ». Le principe de personnalité des peines apparaît sous-jacent⁶³. L'on peut aisément déceler, dans ces propos de Burlamaqui, l'influence des troubles ayant émaillé la République de Genève... En 1730, Micheli Du Crest, considéré comme un traître, a en effet vu ses biens confisqués⁶⁴. Toutes les peines peuvent

⁵⁹ M. PORRET, *Le crime et ses circonstances*, op. cit, p. 35.

⁶⁰ C. PAUCHET, *Les prisons de l'insécurité*, éditions de l'Atelier, Ivry-sur-Seine, 1989, p. 15-16. En 1772, Jean Vilain XIV fait bâtir une prison d'un nouveau type : hommes et femmes sont placés dans des quartiers séparés, de même que les criminels dangereux et les petits délinquants.

⁶¹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 277.

⁶² J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 278.

⁶³ La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, du 26 août 1789, consacre ce principe.

⁶⁴ Dictionnaire historique de la Suisse, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F15901.php>.

être prononcées, même la mort, véritable moyen de dissuasion renforçant les pouvoirs de l'État et du régime oligarchique représenté par Burlamaqui. Simplement, le droit pénal se fait davantage préventif et réparateur, que cruel. En outre, dans tous les cas, la sanction prononcée par le magistrat doit être proportionnée aux circonstances de l'infraction et adaptée à la personne du délinquant (B).

B. Des jugements reposant sur les circonstances de l'infraction et l'équité

Burlamaqui livre des indices guidant le juge dans le choix de la peine. Il reconnaît au magistrat le droit d'infliger une peine capable de produire du « *repentir* », d'empêcher le délinquant de « *commettre à l'avenir de pareilles fautes* », et même d'« *intimider les autres* »⁶⁵. Toutefois, « *l'équité doit toujours être l'âme des jugements* » et il faut savoir « *modifier* » ces derniers « *suivant les circonstances* »⁶⁶. Il est donc question pour le juge d'infliger une juste peine, dont les effets ne seront guère supérieurs aux méfaits de l'infraction.

Dans la République genevoise du début du XVIII^e siècle, « *la punition des crimes est en quelque sorte arbitraire, puisque la loi ne la détermine point ; elle dépend de la volonté des juges* »⁶⁷ ; le choix de la peine est uniquement guidé par les normes de la procédure inquisitoire. À la suite d'une plainte ou d'une poursuite entamée d'office, l'instruction, à Genève, est organisée par confrontation entre le délinquant et l'un des six Auditeurs⁶⁸ formant le tribunal. Dans cette première étape doivent être établies les « *circonstances* »⁶⁹ de chaque crime. Le réquisitoire, motivant la peine, est prononcé par le Procureur général, le jugement définitif revenant, sans possibilité d'appel, au Petit Conseil⁷⁰. Le bourreau est enfin chargé de l'application de la peine, toujours publique, sur ordre du Lieutenant, président du tribunal. Burlamaqui prête une attention particulière à la question de la rigueur procédurale, dans ses *Principes du droit politique* : « *Il est de la justice et de la prudence du gouvernement de suivre toujours, dans l'infliction des peines, l'ordre des jugements et de la procédure judiciaire* »⁷¹.

⁶⁵ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 255.

⁶⁶ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 278.

⁶⁷ Selon Jean Cramer, avocat genevois et professeur de droit à l'Académie de Genève de 1723 à 1738. Cité dans M. PORRET, *Le crime et ses circonstances*, op. cit, p. 91.

⁶⁸ Les Auditeurs sont installés dans leurs charges par le Conseil des Deux-Cents.

⁶⁹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 270.

⁷⁰ Le Petit Conseil rend sa sentence en place publique, devant l'Hôtel de Ville.

⁷¹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 273.

Il ajoute que cela est « nécessaire, non seulement pour ne point commettre d'injustice dans une chose aussi importante, mais encore afin que le Souverain soit à l'abri de tout soupçon d'impartialité ».

La négligence ou l'inexactitude nuit aux droits du prévenu, et discrédite le régime politique. La République genevoise, déjà secouée par les contestations, ne doit en aucun cas paraître despotique...

La question de la rigueur procédurale, permettant au juge de se forger une intime conviction et de choisir la peine la plus appropriée à l'infraction commise, est à cette époque encore neuve à Genève. Dès la première moitié du XVIII^e siècle, à l'occasion des luttes entre le patriciat genevois et la bourgeoisie réformatrice, la République est contrainte de moderniser certaines normes de l'instruction criminelle. En 1736, un *Mémoire* rédigé par les citoyens réclame des garanties supplémentaires pour la défense des « prévenus et des accusés »⁷², ainsi que l'abolition de la torture. En outre, le texte exige que chaque individu arrêté soit déféré dans un délai de 24 heures devant un magistrat, contraint

« de faire lire clairement et intelligiblement au prévenu ses réponses, le sommant de déclarer s'il y persiste, s'il veut rajouter ou diminuer (...) et de les signer s'il sait écrire (...) ou faire signer »⁷³.

Le Règlement de l'Illustre Médiation entérinera ces doléances en 1738. Dépourvue de l'arme de la torture et face à la vigilance des citoyens, la justice rendue à Genève s'appuie sur une motivation de plus en plus rigoureuse de la peine ; les conclusions, rendues par le Procureur général, s'appuient strictement sur les circonstances, parfois longuement détaillées par le magistrat⁷⁴. L'arbitraire du Petit Conseil est ainsi limité.

Mais à l'époque, il n'existe aucune instruction officielle détaillant ce que sont les « circonstances » ainsi évoquées. Burlamaqui livre, dans ses *Principes du droit politique*, une série d'éléments guidant le magistrat, et permettant d'adapter la peine à l'infraction :

⁷² M. PORRET, *Le crime et ses circonstances*, op. cit., p. 57. La question est infligée selon les normes de la *Constitutio criminalis Carolina*.

⁷³ M. PORRET, *Le crime et ses circonstances*, op. cit, p. 58.

⁷⁴ M. PORRET, dans son ouvrage intitulé *Sur la scène du crime, Pratique pénale, enquête et expertises judiciaires à Genève (XVII^e-XIX^e siècle)*, rapporte l'extrait d'un réquisitoire magistral donné par le Procureur général subrogé de Genève en 1755 contre une association de bandits (page 14 de l'œuvre précitée). Le magistrat aborde longuement et de manière très technique la distinction entre le vol simple et le vol qualifié, pour l'appliquer ensuite aux faits.

« On peut juger de la grandeur d'un crime en général par son objet, par l'intention et la malice du coupable, et enfin par le préjudice qui en revient à la Société »⁷⁵.

Celui qui tue ou vole de sang froid est ainsi plus coupable que celui qui succombe à la tentation par « la violence de quelque grande passion »⁷⁶. De même, plus un Homme a « de naissance (...) », plus le crime qu'il commet « est énorme »⁷⁷ ; Burlamaqui vise par ces propos les « Princes, les magistrats et les ecclésiastiques », garants du bonheur et de la tranquillité. Le juge peut encore examiner le « temps »⁷⁸ et le « lieu dans lequel le crime a été commis »⁷⁹, mais également « la manière » dont celui-ci a été perpétré ainsi que « les instruments dont on s'est servi » ; enfin, il faut observer si le coupable « est dans l'habitude de commettre des crimes et s'il ne le fait que rarement, s'il l'a commis le premier ou s'il a été séduit par d'autres »⁸⁰. Un tel questionnement aide à la qualification de l'infraction, et permet d'aggraver ou de mitiger la peine. En outre, à Genève comme en France, un expert médico-légal aide à déterminer les circonstances matérielles du crime. En 1730, seulement 6% des crimes de sang donnent lieu à expertise sur le cadavre de la victime, ce chiffre passant à 30% en 1792⁸¹. Strict respect de la procédure, renforcement des droits des prévenus, prise en compte détaillée des circonstances, expertises médico-légales... Il s'agit d'autant d'indices objectifs permettant au magistrat de proportionner la peine à la gravité de l'infraction. De ces premiers critères dépendent le prononcé d'une juste peine.

En dernier lieu, le genre et le degré précis des peines dépendent de la prudence du juge, constituant cette fois un élément subjectif aidant à la détermination de la peine. Le magistrat est invité à employer la raison, qualité naturelle à l'Homme, pour trancher en toute équité. Cette notion d'équité est bien présente dans les ouvrages juridiques dès le XVI^e siècle. L'humanisme de la

⁷⁵ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 268.

⁷⁶ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 269.

⁷⁷ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 269.

⁷⁸ Le crime commis de nuit, traduisant la malice du délinquant, est plus sévèrement réprimé.

⁷⁹ Il est plus grave de commettre un méfait dans un temple protestant que dans un cabaret...

⁸⁰ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 270. Dans son *Traité de la justice criminelle de France*, paru en 1771, Daniel JOUSSE rangera les circonstances en 7 classes, comme les péchés capitaux : le motif du crime, la qualité et le rang des parties, la nature du butin, le lieu, le temps, la réitération, les conséquences.

⁸¹ M. PORRET, *Sur la scène du crime, Pratique pénale, enquête et expertises judiciaires à Genève (XVII^e-XIX^e siècle)*, op. cit, p. 21.

Renaissance la définit comme « *un instrument moralisateur du droit* »⁸², un point d'équilibre entre le bon plaisir et la stricte application de la loi. Dans les propos de Burlamaqui, l'équité réside d'abord dans la prise en compte des circonstances de l'infraction, ces dernières ordonnant l'arbitraire. Mais la juste peine, la sanction équitable, doit aussi être en adéquation avec le profil du délinquant : « *On doit considérer dans les lois pénales (...), la personne même du coupable, du âge, son sexe (...)* », et par exemple, « *les hommes ont plus de force pour supporter un châtement que les femmes* »⁸³. La question de l'arbitraire est intimement liée à celle de la conscience du magistrat ; il lui faut faire preuve de tempérance, veiller à l'amendement et à la resocialisation du fautif. L'Ancien et le Nouveau Testament évoquent déjà l'existence d'une « *lumière* », cachée chez tout être humain comme une marque de l'intervention de la divinité, incitant à agir dans une certaine direction⁸⁴... La conscience relèverait ainsi à la fois du « *cœur* » de l'Homme et de sa « *raison* »⁸⁵. Le droit naturel façonne la conscience du juge, lui donne une ligne de conduite morale orientant l'arbitraire.

CONCLUSION

Ce fameux terme d' « arbitraire », d'ailleurs employé par Burlamaqui⁸⁶, renvoie en réalité à la plupart des notions qui occuperont la scène judiciaire à l'aube des Révolutions : mitigation et proportionnalité des peines, garantisme procédural, mais aussi légalité des délits et des peines correspondant à la démocratie représentative, où le seul organe habilité à édicter les lois est le corps législatif incarnant la souveraineté populaire... À cet égard, les écrits de Burlamaqui prennent une résonance particulière dans les décennies

⁸² J. L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, éditions PUF, 1999, p. 141.

⁸³ J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 273.

⁸⁴ Matthieu, 6, 23 ; Luc, 11, 35.

⁸⁵ M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, P. U. F., 1999, p. 161.

⁸⁶ Burlamaqui semble davantage utiliser ce terme pour désigner expressément des lois, que pour qualifier une quelconque peine ou sanction. Dans ses *Principes du droit naturel*, l'auteur explique que les lois naturelles ne sont pas « une institution purement arbitraire », mais une institution « *fondée d'un côté sur la nature même et la constitution de l'homme, et de l'autre sur la sagesse de Dieu* » (J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, op. cit, p. 125). Une réflexion identique figure dans les *Principes du droit politique*, où le droit naturel n'est point « *un droit arbitraire fondé sur un prétendu droit des gens* », et où il apparaît très important de « *bien distinguer dans les lois civiles ce qu'elles ont de naturel et de nécessaire, de ce qui n'est qu'arbitraire* » (J. J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Tome 1, op. cit, p. 213).

qui suivent. En 1763, Rousseau rédige les *Lettres écrites de la montagne*, en réponse au Petit Conseil s'étant prononcé contre la diffusion du *Contrat social* et le retour du philosophe à Genève, dont il est pourtant citoyen. Selon les Souverains, appuyés par le Procureur général Tronchin, l'ouvrage n'a d'autre objectif que de détruire la religion chrétienne et tous les gouvernements. Rousseau reproche au Petit Conseil d'agir en tout arbitraire, seul le Consistoire pouvant juger les questions de foi. *Du Contrat social* et *Émile ou De l'éducation* seront pourtant brûlés devant la Maison de Ville. Des émeutes ravagent Genève jusqu'en 1789, année où le gouvernement décide d'augmenter le prix du pain... Les révolutionnaires, portés par l'exemple de la France voisine, abattent l'oligarchie en décembre 1792, et proclament l'égalité entre toutes les catégories de la population. Une nouvelle Constitution est adoptée en 1794, et l'année suivante, trois magistrats genevois présentent un projet de code pénal « *nécessaire à éviter l'arbitraire dans la punition des délits* »⁸⁷...

Burlamaqui ne fait décidément pas du magistrat un homme ordinaire. Désigné par la Divinité pour faire appliquer sur terre ses commandements, il s'efforce de juger en faisant lui-même abstraction des passions humaines. Pierre Guénois voyait le magistrat officiant « *se proposer Dieu devant les yeux* »⁸⁸, c'est-à-dire juger à l'exemple de Dieu, en toute indépendance, pour le bien de la société. Burlamaqui, tout comme Jean Bodin⁸⁹, estime le juge investi d'une haute charge, légitimant une répression plus forte s'il vient à dévier de sa mission. Les propos du jusnaturaliste romand ont toutefois valeur universelle, ne s'attachent à aucune religion. Les références à la raison et au droit naturel supplantent celles à une divinité en particulier. La peine est individualisée, et vise moins l'« *expiation morale* »⁹⁰, l'effacement d'un péché, que l'amendement social.

Il reste à dire quelques mots au sujet de l'influence des *Principes* de Burlamaqui⁹¹. Ces derniers connurent un grand succès. Ils ont été constamment réimprimés

⁸⁷ J. F. BUTINI, L. ODIER, J. DENTAND, *Projet d'un Code pénal*, 1795, p. 5. Sur ce projet de Code pénal genevois, voir notamment : R. ROTH, « Réformes du droit pénal à Genève durant l'époque révolutionnaire », in *Regard sur la Révolution genevoise, 1792-1798*, Genève (Droz), Paris (Champion), 1992, p. 151-167 ; ou encore M. NEUENSCHWANDER, « Un Genevois méconnu : Julien Dentand (1736-1817) », in *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, Genève, T.16, 1977, p. 137-195.

⁸⁸ P. GUÉNOIS (Note sur J. IMBERT), *La Pratique judiciaire, tant civile que criminelle, composée tant en latin qu'en français*, Paris, 1612, p. 54.

⁸⁹ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Livre VI, Paris, 1583, p. 65.

⁹⁰ M. PORRET, « Les Lumières et la modernité pénale », *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, p. 68.

⁹¹ Sur la question globale de l'influence de Burlamaqui, le lecteur peut consulter l'ouvrage de B. GAGNEBIN, *Burlamaqui et le droit naturel*, op. cit., p. 225-291.

en Suisse et en France, traduits en anglais (1748), en hollandais (1750), en danois (1757), en italien (1780) et en espagnol (1825). La marque de Burlamaqui est aussi présente en France dans une certaine mesure⁹², chez Jean-Jacques Rousseau⁹³, en Angleterre par l'intermédiaire de Blackstone, l'auteur des *Commentaries on the laws of England* en 1765⁹⁴, et enfin en Amérique où les *Principes du droit politique* auraient inspiré la Déclaration d'indépendance de 1776⁹⁵...

⁹² En France, *L'esprit des lois* de Montesquieu et le *Contrat social* de Rousseau éclipsent quelque peu les *Principes*. En 1754, toutefois, l'Académie de Dijon organise un concours portant sur le thème de l'inégalité parmi les Hommes et la loi naturelle. Les travaux du vainqueur (l'abbé Talbert) sont influencés par les œuvres de Burlamaqui. À la même époque, l'*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, fait de Burlamaqui l'auteur donnant le plus récent et le plus précis aperçu des doctrines de droit naturel (S. ZURBUCHEN, *Patriotismus und Kosmopolitismus. Die Schweizer Aufklärung zwischen Tradition und Moderne*, op. cit, S. 66).

⁹³ Le *Contrat social* aborde les notions de pacte social, de liberté civile et de légitime résistance si le Souverain s'avère être un tyran notoire.

⁹⁴ Il y est notamment précisé que l'Homme doit tendre vers la recherche du bonheur et que les lois naturelles sont les commandements de Dieu.

⁹⁵ Son principal rédacteur en possédait un exemplaire dans sa bibliothèque privée. Parmi d'autres, la souveraineté populaire et l'eudémonisme sont les principes rois de la Déclaration. Ray Forrest Harvey a consacré un ouvrage aux conceptions politiques de Burlamaqui et à leur influence considérable sur la Révolution américaine : R. F. HARVEY, *Jean-Jacques Burlamaqui, a liberal tradition in american constitutionalism*, The University of North Carolina Press, 1937, 216 p.

Original Scientific Article

UDC: 340.1:347.9:343

PEROZ, Anne: Burlamaqui and the Arbitrariness of the Judge

Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), special issue

Jean-Jacques Burlamaqui (1695–1748) was born in Geneva, in a well-off family. He is the co-founder of the “École romande du droit naturel”, together with Jean Barbeyrac (1674–1744). Burlamaqui is also the author of two major works: *The Principles of natural law* (1747) and *The Principles of politic law* (1751). These books apply jusnaturalism to criminal law. This article sets out to analyse the rules that must be respected by the judge when he officiates. First, it points out why, in Burlamaqui’s treatises, the judge is a sort of guarantor of natural law and social balance. Then, it outlines the obligation of the magistrate to inflict measured punishments.