

INTRODUCTION
LE DROIT DE PUNIR ENTRE PHILOSOPHIE POLITIQUE
ET HISTOIRE DE LA JUSTICE

Luigi Delia et Gabrielle Radica

Philosophie pénale et philosophie politique

La philosophie politique et la philosophie pénale ont vocation à être liées, et qui travaille l'une ne peut ignorer l'autre: telle est l'idée qui est à l'origine de ce numéro de la revue *Lumières*, et que l'on retrouve dans tous les textes qui y sont présentés. Mais les liens entre la réflexion sur la politique et la réflexion sur la pénalité sont mieux compris si l'on recherche conjointement l'autonomie de chacun de ces domaines *et* la dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre. En effet, deux écueils symétriques sont à éviter: celui qui consisterait à résorber entièrement la question de la peine dans la pensée politique, au risque de rater la spécificité de la première, et celui qui, conscient de la division croissante du travail politique et du travail judiciaire, considère la pénalité comme un domaine et une activité à part, tellement à part que la signification qu'elle prend pour la collectivité prend le risque de se perdre tout à fait. Telle est aujourd'hui par exemple la position critique d'inspiration nietzschéenne et foucauldienne adoptée par Guy Casadamont et Pierrette Poncela qui, dans l'ouvrage récent *Il n'y a pas de peine juste* (Paris, Odile Jacob, 2004), attaquent l'argument lénifiant selon lequel la peine remplirait une fonction sociale bien identifiée. Loin de considérer la pénalité comme une activité dotée d'un sens unique, les auteurs la fractionnent en différentes pratiques (théoriser, légiférer, condamner et

motiver, compter les peines, surveiller leur exécution, et du côté du condamné, « faire sa peine » (p. 10), lesquelles ne sont en réalité pas liées entre elles par une seule intention, ni couronnées d'un type d'effets uniques.

Or le XVIII^e siècle offre une richesse philosophique intéressante pour traiter ces problèmes. Dénonçant dans ses célèbres textes sur la justice une machine judiciaire qui perd toute légitimité à force de violence et d'arbitraire, Voltaire ne réclame-t-il pas que l'administration des peines retrouve une signification politique et sociale, au lieu de se développer en activité isolée, dotée de cette logique propre qui la rend paradoxalement déraisonnable¹? On doit, si l'on en croit cette critique voltairienne, rattacher les peines à la société dans laquelle elles sont administrées, ainsi qu'à l'État qui les définit, qui les prodigue et leur prête un sens. Mais il convient de rappeler par ailleurs que la question de la pénalité a une autonomie qu'une préoccupation strictement politique risque de faire oublier, comme il semble que le fasse l'auteur du *Contrat social*. Rousseau écrit en effet en II, 12 (« Division des lois ») à propos des lois « criminelles » qu'elles sont dans le fond « moins une espèce particulière de lois, que la sanction de toutes les autres »². Tout ce que l'on peut connaître sur ces lois criminelles procède de ce dont elles dépendent, à savoir : la loi, la vraie, et ce terme de « loi » désigne d'abord chez Rousseau les lois politiques et les lois civiles. L'ouvrage reste de ce fait court sur la nature des peines, leur échelle, etc. Ce manque d'intérêt pour le système que forment les lois pénales peut se retrouver *mutatis mutandis* à propos des autres aspects de la pénalité, notamment de tout ce qui concerne son administration, laquelle ne saurait être simplement résumée par le fait que des lois conformes à la volonté générale sont appliquées par des agents obéissant à celle-ci.

1. Voir notamment son *Traité sur la tolérance*, la *Relation de la mort du Chevalier de la Barre*, et le *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*. La dénonciation de la barbarie des lois pénales dans l'« Avis au lecteur » de l'ouvrage de Beccaria *Des délits et des peines* indique également ce souci de surmonter l'anachronisme des lois pénales, et l'ambition d'harmoniser mieux qu'on ne le faisait alors la signification de la punition et la signification du lien social. Voir sur ce point l'ouvrage d'Ethel Groffier, *Criez et qu'on crie ! Voltaire et la justice pénale*, Québec, PUL, 2011, en particulier, ch. VII, « Voltaire et Beccaria », p. 143-173 ; Florent Guenard, « La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois », *Revue de métaphysique et de morale* (n° 45), 1/2005, p. 109-125.
2. Rousseau, *Contrat social*, in *Œuvres complètes*, 5 vol., éd. Gagnebin-Raymond, 1959-1995, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », t. III, p. 393-394.

Procédant à l'inverse de cette voie déductive rousseauiste, Montesquieu a déployé dans *L'Esprit des lois*³ une étude empirique du fonctionnement du système judiciaire propre à chaque régime. Il y a montré qu'une peine ne prend son sens qu'une fois rapportée à de multiples facteurs, comme l'échelle et le système des peines, leur dureté ou leur douceur, l'uniformité ou la diversité des tribunaux, la pratique des juges. Les facteurs pertinents pour en rendre compte sont aussi bien internes au système pénal qu'extérieurs à lui (la religion, le régime politique, la stratification sociale). C'est seulement après une telle investigation que l'auteur s'autorise à évaluer le type de liberté et de justice qui règnent dans une société : « C'est le triomphe de la liberté lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime »⁴, écrit-il, et le lecteur découvre que c'est aussi le cas lorsque les peines sont proportionnées à la gravité du crime et relativement douces⁵.

Il ne serait pas suffisant pour rendre compte de cette différence d'alléguer que Montesquieu explique des pratiques alors que Rousseau prescrit les limites du droit de punir⁶. Il convient plutôt de dire que Montesquieu prend la peine au sérieux. Et c'est parce qu'il l'a appris à ses dépens, lors des condamnations qu'il a subies, que Rousseau renoue dans les *Lettres écrites de la Montagne* avec l'idée que le système pénal importe beaucoup à la liberté politique et engage la valeur de la citoyenneté⁷. La spécificité de la pensée de la peine chez Montesquieu, sa relative autonomie vis-à-vis de la pensée politique, offrent donc une

3. *Esprit des lois*, 2 vol., Paris, Garnier, 1973, voir particulièrement les livres VI et XII (t. I), et *passim*.

4. *Ibid.*, XII, 4, t. 1, p. 203.

5. Pour un autre exemple d'auteur qui cherche à délimiter la spécificité du domaine pénal, voir les écrits d'Adam Smith qui, dans ses *Lectures on Jurisprudence* (Indianapolis, Liberty Fund, 1978), isole la sphère pénale grâce à un critère psychologique : la nécessité des peines procède d'une sympathie à l'égard de la douleur subie par autrui à l'occasion d'un dommage, d'une lésion, et cette sympathie est bien plus forte et impérieuse que la sympathie qui naît à l'égard de la joie. Sur ce point, consulter Knud Haakonssen, *L'art du législateur : la jurisprudence naturelle de David Hume et d'Adam Smith*, trad. fr. Françoise Kearns, Paris, PUF, 1998, p. 135-136.

6. Rappelons que Montesquieu tient compte de l'importance pour la liberté politique de ce qu'ont le droit de faire les juges (voir Catherine Larrère, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, éd. M. Porret, Genève, Droz, 1997, p. 89-108).

7. Voir C. Spector, « Les principes de la liberté politique et la constitution d'Angleterre », *Religion, liberté, justice. Sur les Lettres écrites de la Montagne*, B. Bernardi, F. Guénard, G. Silvestrini (éds.), Paris, Vrin, 2005, p. 193-210.

méthode qui mérite d'être généralisée. C'est seulement d'une « relative autonomie » rappelons-le, et non d'une autonomie complète, qu'il sera question.

Si nous prenons ici Voltaire, Rousseau et Montesquieu comme représentants de positions méthodologiques typiques sur la façon de penser la peine au XVIII^e siècle, l'ambition de ce volume est au demeurant aussi d'ouvrir le questionnement à des auteurs encore trop peu connus en France, comme le juriste Francesco Mario Pagano (1748-1799) et le philosophe Gaetano Filangieri (1753-1788), à des contextes européens peu balisés, comme les espaces helvétique et roumain, et à des textes législatifs majeurs, comme l'ordonnance criminelle de 1670, qui restera en vigueur jusqu'au moment révolutionnaire.

Rendre son épaisseur à la pensée de la peine, reconstituer sa logique avant de l'articuler à la politique, ne signifie pas non plus que l'on voudrait la placer à son tour en position de principe de la politique, comme si pour juger du système politique d'un pays il fallait ne considérer *que* sa pénalité. Le système pénal n'est pas la miniature du politique, ni son ultime vérité. Certes, le « triomphe de la liberté » se manifeste dans la belle convenance de la nature des peines à celle des crimes, mais Montesquieu lui-même a expliqué longuement dans les pages qui précèdent le chapitre XII, 4 de *L'Esprit des lois* que la liberté procède aussi de dispositions constitutionnelles. Il s'agit donc plus raisonnablement de proposer l'idée que l'on ne peut articuler les domaines politique et pénal qu'en ayant préalablement reconnu la complexité de la question pénale et ses multiples dimensions : élucidation de la signification des peines, confection des lois pénales, statut et pratique des juges⁸, application des peines.

C'est donc le lien de la peine à la politique qui est privilégié dans ces textes. Mais cet effort d'articulation raisonnée mériterait de s'étendre aux liens des peines à la morale, à la religion, aux techniques et aux savoirs disponibles dans une société, comme des travaux de philosophes autant que d'historiens ont entrepris récemment de le montrer. Il reste que l'élément politique est décisif si, comme l'affirme Michel Porret⁹,

8. Il est par exemple décisif que ceux-ci soient indépendants du pouvoir ou au contraire proches de lui, comme c'est le cas en Suisse où souvent les juges émanent de l'exécutif, voir l'article d'E. Salvi.

9. Voir son introduction à *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, *op. cit.*, p. 13 notamment, et dans le même ouvrage consulter Pierre Lascombes, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », p. 110-117, p. 110.

la pensée de Montesquieu, de Beccaria, et l'esprit des réformes pénales qui se propagent particulièrement à partir du XVIII^e siècle en Europe reviennent à donner à la peine une portée toujours plus sociale et politique, et de moins en moins religieuse, voire de moins en moins morale.

Pensée de la peine et histoire de la peine au XVIII^e siècle

Cet objet d'étude appelle une approche interdisciplinaire et l'étudier en philosophes, discuter d'une philosophie pénale dans l'Europe du XVIII^e siècle signifie regrouper les choses depuis un point de vue conceptuel et argumentatif, mais non pas régir ni exclure les autres disciplines. De là le plaisir, lors de la table ronde que nous avons organisée en juillet 2011, au *13th International Congress for Eighteenth Century Studies*, tenu à Graz en Autriche, et d'où ce recueil de textes provient¹⁰, d'avoir pu travailler avec des historiennes (Elisabeth Salvi et Constanta Vintila-Ghitulescu) et des spécialistes des Lumières napolitaines (Francesco Berti et Dario Ippolito). Les apports de l'histoire sont nécessaires à l'histoire de la philosophie pour remettre en perspective la redéfinition du sens de la peine qui s'opère au XVIII^e siècle et ces apports réservent quelques surprises. De récents travaux d'historiens de la justice moderne, davantage axés sur l'histoire du crime que sur celle des normes, et appuyés sur une documentation plus abondante et plus scientifique sur la pratique judiciaire du XVIII^e siècle, ont en effet remis en question l'image habituelle du droit de punir à l'âge des Lumières. Sans s'attarder sur les fondements politiques de la conceptualité pénale, sur la définition de la peine comme châtiment infligé à l'auteur d'une infraction, ou encore sur ce que la peine peut viser, à savoir l'expiation, l'intimidation, l'élimination ou l'amendement du coupable, ces travaux ont mis l'accent sur l'écart qui sépare le discours normatif (les principes législatifs affichés) de la pratique judiciaire (la répression réelle)¹¹. En effet, selon que l'on regarde l'un ou l'autre de ces deux aspects de la justice d'Ancien Régime, le droit de punir apparaîtra comme suppliciaire ou indulgent ; le tribunal sera le temple d'une déesse armée et aveugle, ou un lieu d'échanges ; et les magistrats, des bourreaux assoiffés de sang ou des médiateurs.

10. A l'exception des textes de Luigi Delia et de Kevin Ladd.

11. « La vérité d'un système judiciaire se trouve dans l'écart entre les principes affichés et la répression réelle », B. Garnot, in *Histoire de la justice. France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 420.

C'est qu'il existe deux représentations fort différentes de la justice pénale du XVIII^e siècle : celle militante, brossée par les Philosophes, de Beccaria et Voltaire jusqu'à Foucault ; et celle reflétée par les travaux des anciens praticiens ou proposée par nos historiens de la justice sur la base de recherches d'archives, qui portent un regard davantage descriptif et quantitatif que normatif et qualitatif. Pour les uns, la justice prérévolutionnaire est dure, cruelle, archaïque, démesurée. On a parlé d'« éclat des supplices » ; on a mis l'accent sur les scandales judiciaires des grandes affaires pénales (Calas, Sirven, La Barre, Lally-Tollendal...) ; on a pointé, dans les supplices infligés aux justiciables, les excès d'une justice irrationnelle, gothique et indigne d'une société éclairée. Pour les autres, la réalité serait beaucoup moins brutale. D'après l'historien Benoît Garnot, par exemple, un fossé sépare la réalité pénale de la représentation mensongère et caricaturale que les Philosophes ont construite. Dans son étude au vitriol *C'est la faute à Voltaire... Une imposture intellectuelle ?* (Paris, Belin, 2009), les critiques que Voltaire a prononcées contre l'organisation de la justice française sont passées en revue, avant d'être contredites l'une après l'autre. Ces critiques seraient « fortement sujettes à caution, surtout du fait de leur caractère partiel et erroné » (p. 78). Ainsi, le Voltaire paladin des droits de l'homme et pourfendeur éclairé d'une justice arbitraire et révolue, serait avant tout un pamphlétaire, moins soucieux de produire des dissertations et des réfutations honnêtes, que d'émouvoir avec violence le grand public en faisant sonner haut les scandales. En journaliste peu compétent dans les matières juridiques, Voltaire aurait « présenté de la justice du XVIII^e siècle, volontairement ou pas, une image inexacte, voire mensongère [...], fondée sur l'exagération par le biais de la généralisation » (p. 69). Pour Garnot, Voltaire a brossé au fil de ses combats un tableau imprécis de la justice pénale, et la postérité n'a pas corrigé ses erreurs. Bien au contraire, « par conformisme », elle aurait « le plus souvent recopié et répété aveuglément les critiques du philosophe sans en vérifier la véracité » (p. 136). Le scandale judiciaire exceptionnel serait l'arbre qui cache la forêt du fonctionnement ordinaire de la justice. Déplaçant la perspective des erreurs des juges aux erreurs (plus ou moins volontaires) de Voltaire sur la procédure criminelle, il s'agit pour Garnot de démolir la crédibilité du discours voltairien et d'en finir avec la « légende noire » du caractère suppliciaire de la justice française d'Ancien Régime. Les Lumières et leurs épigones ont forgé des représentations biaisées au détriment de la réalité « criminalo-judiciaire » telle qu'elle affleure des archives.

Une réflexion sur la notion de modération pénale permet de mesurer le décalage entre ces deux types de regard : entendons, celui des Lumières et de Foucault, d'une part, et celui des anciens juristes et de nos historiens de la justice, d'autre part. L'attaque effectuée par Montesquieu à l'encontre de l'absolutisme pénal l'incite à préconiser la mitigation des peines. Le supplice est l'arme politique du despote. Dénoncé à maintes reprises dans *L'Esprit des lois*, l'excès de rigueur de la peine caractérise la façon de gouverner des régimes tyranniques. À défaut d'être modéré, le régime pénal despotique sacrifie la prévention des crimes à la répression organisée par la terreur des supplices. Le principe modérateur de la sanction marque, chez Montesquieu, le clivage entre une législation modérée et une législation répressive de l'État qui met à mal la liberté politique. Dans le sillage de Montesquieu, Beccaria fera de la « douceur des peines » (*dolcezza delle pene*), l'un des fondements de son programme réformateur et abolitionniste en matière de peine de mort (voir les articles de Luigi Delia et de Kevin Ladd).

Il faut donc se demander si le droit de punir européen du XVIII^e siècle manquait vraiment de modération. La « vaine profusion des supplices », maintes fois dénoncée par les philosophes français et italiens peut-elle être vraiment établie ? Trois études récentes, concernant la justice pénale française, et en particulier les crimes sexuels, la torture judiciaire et la terrible exécution de Damiens pour crime de lèse-majesté divine et humaine, invitent à la prudence et semblent fragiliser l'évidence historiographique du caractère féroce de la justice du vieux monde. Ces études suggèrent, en tout cas, qu'il est possible de porter un regard différent sur le système pénal d'Ancien Régime.

Consacré à l'amour et à la liberté amoureuse dans la France du XVIII^e siècle, l'ouvrage de Benoît Garnot « *On n'est point pendu pour être amoureux* » (Paris, Belin, 2008) analyse les crimes d'amour répertoriés et hiérarchisés dans les archives judiciaires : adultère, concubinage, polygamie, inceste, sodomie, bestialité. Il ressort de cette étude qu'il existait un écart entre les normes juridiques et les pratiques judiciaires et que l'indulgence était le plus souvent la règle. Garnot reconstruit les nombreuses facettes caractérisant le rapport complexe entre justice et amour. Le lecteur découvre au fil des pages que si au XVIII^e siècle le divorce n'existait pas, la séparation, elle, était envisageable ; que l'homosexualité était à la fois un péché, un crime et une déviance sexuelle passible de la peine capitale ; que l'adultère était, en théorie, cruellement sanctionné, surtout si la femme le commettait (peine de l'authentique) ; que les mineurs ayant engagé une relation amoureuse sans le consentement de

leurs parents risquaient d'être pendus. Mais de façon plus surprenante, le lecteur découvre que tout cela est surtout vrai en théorie. Car dans la très grande majorité des cas, ces crimes demeurent impunis. « On n'est point pendu pour être amoureux » : le titre du livre fait écho à une formule prononcée par la baronne d'Oberkirch, qui résume la thèse de l'ouvrage. En effet, l'exploration des archives judiciaires tout comme l'étude de la littérature libertine, des mémoires des acteurs célèbres et des dictionnaires de l'époque, permettent à l'historien de soutenir que, malgré un durcissement de la législation concernant les crimes d'amour, le XVIII^e siècle laisse s'exercer une large liberté amoureuse.

On pourra objecter que la question des crimes sexuels, sur laquelle nous présentons ici la contribution de Constanta Vintila-Ghitulescu sur l'espace roumain, est somme toute marginale, ces crimes étant par définition difficiles à prouver. Ce serait donc aller trop vite en besogne que de vouloir tirer des conclusions à propos du réel fonctionnement de l'ancienne justice sur la base d'un échantillon pénal circonscrit. Cependant, d'autres enquêtes sur la raréfaction de l'usage de la torture judiciaire semblent consolider cette lecture « révisionniste ». Symbole de la justice « du temps des rois », la Question fait partie de la légende noire de la justice médiévale, puis de celle de l'époque moderne, de la Renaissance à la Révolution. Auteur d'un volume intitulé *La torture judiciaire dans la France de l'Ancien Régime : Lumières sur la Question* (Dijon, EUD, 2011), l'historien du droit Eric Wenzel a écarté de nombreux clichés concernant cette procédure du « temps des supplices ». Cette dernière n'est pas un héritage de l'Inquisition catholique, et n'est pas systématiquement employée par des juges sadiques. Elle est au contraire strictement réglée, elle reste d'un usage limité et doit se comprendre au sein d'une culture de l'aveu, qui est alors considéré comme la « reine des preuves ». Entre autres points, Eric Wenzel fait observer que le déclin du recours à la torture judiciaire est avéré dans la pratique pénale depuis la fin du XVII^e siècle, alors qu'il est souvent présenté comme un trait de modernité judiciaire sociale et culturelle trouvant son aboutissement à l'heure des Lumières, avant que la monarchie ne se décide, à l'aube de la Révolution, à répondre à l'appel des philosophes et des réformateurs de la justice en supprimant la question de la procédure. De ce fait, les critiques émises contre la torture judiciaire de Montaigne à Beccaria, en passant par Grevius, Augustin Nicolas, Montesquieu, Jaucourt et beaucoup d'autres, n'auraient été que de peu d'influence sur sa disparition légale sous Louis XVI (en 1780, abolition de la torture préparatoire, puis en 1788 suppression de la torture préalable). Le déclin de la torture à la fin

de l'Ancien Régime procéderait plus essentiellement d'une profonde réforme interne de la culture juridique faisant de plus en plus la part belle à l'intime conviction, et rendant de moins en moins opératoire le recours à la géhenne et donc à l'aveu forcé. Wenzel souligne également que les autorités politiques et judiciaires, dès la fin du Grand Siècle, ont cherché à limiter, avec l'appui des experts du corps médical, le recours à la question. À partir d'enquêtes administratives, la monarchie, soucieuse d'objectiver la torture pour mieux en connaître les potentiels abus, contribue ainsi grandement au déclin de l'aveu forcé dans la France des Lumières.

S'il est vrai que la pratique de l'ancienne justice n'était pas aussi atroce qu'on l'a dit, que faut-il penser du *crimen majestatis*, passible des peines les plus rigoureuses (voir l'article de Céline Spector)? Comment comprendre le supplice de Damiens, condamné à l'écartèlement pour atteinte à la vie du roi? Son interminable calvaire n'est-il pas à lui seul révélateur d'un système pénal violent et démesuré? Ce châtement n'est-il pas un épisode paradigmatique de l'excès judiciaire à l'âge de « l'éclat des supplices »? Foucault entame son ouvrage *Surveiller et punir* par la description de cette punition du parricide qui fait frémir : ayant attenté au corps du roi Louis XV, c'est aussi au corps mystique que la théologie politique prête au monarque, que Damiens, le domestique régicide a attenté. C'est pourquoi il dut endurer la plus cruelle de toutes les peines de mort, la vengeance du roi tout-puissant n'admettant aucune modération pénale¹². La « pédagogie de l'effroi » de l'absolutisme pénal imposait que le corps du parricide volât en éclat. Or, l'historien genevois Michel Porret, que l'on ne saurait accuser d'être un contempteur des Lumières, est revenu sur cet épisode tristement mémorable. Dans une étude intitulée : « À la une de *Surveiller et punir* : l'anachronisme du supplice de Damiens », il rappelle que Damiens fut torturé pendant plus de deux heures, tenaillé, « tiré par quatre chevaux », amputé et enfin déposé sur le feu purificateur du bûcher le 2 mars 1757, au cours d'une exécution publique fort mal administrée par le bourreau et tournée en catastrophe. La longueur du supplice de Damiens fut à la hauteur de l'incapacité du bourreau à appliquer correctement le châtement. Déplaçant la perspective du discours normatif vers la pratique judiciaire, Michel Porret fait valoir le fait que l'affaire Damiens est un cas très malheureux d'anachronisme judiciaire (p. 116). En

12. *Pièces originales et procédures du procès fait à Robert-François Damiens tant en la Prévoté de l'Hôtel, qu'en la Cour du Parlement*, Paris, Pierre-Guillaume Simon, 4 vol., 1757, I : «Précis historique concernant R. F. Damiens», p. v-xxxiv.

dépît de l'usage outrancier des supplices que Foucault pointe, ce genre d'exécution, l'écartèlement, n'avait plus été appliqué à Paris depuis Ravallac, l'assassin d'Henri IV en 1610 : en cent cinquante ans, les bourreaux n'auraient eu recours à l'écartèlement que deux fois. Les tourments de Damiens devraient alors être regardés comme un cas de « bricolage pénal » et de « dérapage suppliciaire » qui trouve sa raison principale dans « la rareté du démembrement pénal [...] devenu anachronique dans la pratique pénale au temps des Lumières »¹³.

Concluons en rappelant une réflexion sur la peine de mort que Diderot propose dans ses *Observations sur le Nakaz* de Catherine II de Russie, écrites en 1774¹⁴. Diderot nuance un avis qui passe par une singulière remise en cause de l'argumentaire de Beccaria contre la peine de mort : « Je ne prétends point ôter au *Traité des délits et des peines* le caractère d'humanité qui lui a mérité un si grand succès. Je fais autant de cas que personne de la vie des innocents, et mes opinions particulières ne peuvent que m'inspirer la plus grande commisération pour les coupables ». Mais, poursuit Diderot, « je ne puis m'empêcher de calculer ». Le résultat de ce calcul est que le tableau brossé par Beccaria sur la justice de son époque est largement exagéré : « On ne met pas à mort dans notre capitale 150 hommes par an. Dans tous les tribunaux de la France on en supplicie à peine autant. C'est 300 hommes sur 25 millions ; ou un homme sur 83 000 »¹⁵. En prolongeant son propos quantitatif, Diderot invite à ne pas perdre de vue le fait que la peine de mort ne tue pas plus que « le vice, la fatigue, le bal, les fêtes, le péril, la courtisane gâtée, le cabriolet, la tuile, le rhume, le mauvais médecin »¹⁶. Aussi cynique qu'elle puisse paraître, cette

13. Michel Porret, « À la une de *Surveiller et punir* : l'anachronisme du supplice de Damiens », in M. Cicchini et M. Porret (éds.), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault*, Lausanne, Editions Antipodes, 2007, p. 111-124. Voir aussi Pierre Rétat (éd.), *L'attentat de Damiens. Discours sur l'événement au XVIII^e siècle*, Lyon, PUL, 1979.

14. L'*Instruction en vue de l'élaboration d'un code de lois* fut notamment inspirée de Montesquieu, des articles de l'*Encyclopédie*, et de Beccaria. Voir Nadejda Plavinskaia, « Catherine II ébauche le Nakaz : premières notes de lecture de *L'Esprit des lois* », *Revue Montesquieu* n°2 (1998) p. 67-88 ; *Id.*, « Le Nakaz et l'*Encyclopédie* », in Ulla Kölving et Irène Passeron (dir.), *Sciences, musiques, Lumières. Mélanges offerts à Anne-Marie Chouillet*, Ferney-Voltaire, Centre international d'étude du XVIII^e siècle, 2002, p. 603-610.

15. Diderot multiplie au moins par deux le chiffre réel des exécutions. Voir André Laingui, « La peine de mort au XVIII^e siècle : opinion publique et réalité », in Ioannis S. Papadopoulos et Jacques-Henri Robert (éds.), *La peine de mort. Droit, histoire, anthropologie, philosophie*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 105.

16. Diderot, *Observations sur le Nakaz*, in *Œuvres politiques*, éd. Paul Vernière, Paris, Garnier, 1963, p. 329 et s.

considération du directeur de l'*Encyclopédie* va dans le même sens que les ouvrages cités auparavant : la formulation d'un jugement vrai sur le système pénal se doit de ne pas dissocier le plan de la législation, ce que dit la loi, du plan de l'application concrète, ce que fait la justice. Sans suivre la sociologie qui postule que le fait prime le droit, et qui pense que la loi n'existe que si elle est appliquée, on peut faire valoir, en tant qu'historiens de la philosophie et des idées, que la prise en compte du rapport entre normes et pratiques contribue, tout comme l'étude de la normativité des discours réformateurs des philosophes destinés au tribunal de l'opinion publique, à une compréhension de la culture pénale du siècle des Lumières moins éloignée de la réalité.