

“THE PERMANENT EXCEPTION”.
A REFLECTION ON THE CONSTITUTIVE CHARACTER
OF THE NAPOLEONIC PENAL CODE¹.

Stefano Solimano
Università Cattolica del Sacro Cuore
stefano.solimano@unicatt.it

Abstract: This paper aims to show how the Napoleonic strategy *in criminalibus* did not end with the severe penal code of 1810. Along with it, according to Napoleon’s plan from the beginning, there are two other levels of repression, apparently more hidden. Firstly, we allude to the special courts established in 1801 to cope with the spread of banditry, which would later become laid out in the same fabric of the code of penal procedure. A further level of repression would officially emerge only in 1810 with the institutionalization of detention in State prisons. We are dealing with instruments designed to increase the already strong punitive action, levels of repression destined *pour cause* to dissolve the system of sealed warrants in the penal code and court. It is the author’s opinion that the code of the Napoleonic repressive ordinance, in fact, should be taken in its entirety.

Keywords: Napoleonic repressive ordinance, penal code 1810, special courts, State prisons

Table of contents: 1. Prologue. – 2. The background of the code pénal: the anthropological and legal philosophical context (1794-1810). – 3. Napoleon’s repressive strategy (1801-1810). – 3.1 The code pénal as a “pacte de guerre”. – 3.2. From the Special Tribunals (1801) to the Special Courts (1808). Benjamin Constant versus Portalis. – 3.3. The return of the Bastille.

¹ Thanks to the editors for having accepted a new version of the essay, which was first published under the same title in *Studi in Onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli 2011, p. 2933-2964. Translation by Julia Weeks.

«Le système étroit qui ne permet aux juges de condamner que d'après une disposition qui qualifie formellement de crime ou de délit le fait qu'on leur défère, a *les plus graves inconvénients: tout ce qui n'a pas été prévu demeure impuni.* [...] Avec des lois qui entravent l'action de la justice, je suis obligé de rechercher moi-même les désordres capables de troubler l'Etat et de les réprimer arbitrairement».

Napoléon, Conseil d'Etat, Séance du 4 janvier 1811, *Discussion relative à l'application de l'art. 207 du Code Pénal aux ecclésiastiques qui, au mépris des lois de l'Etat, entretiennent des correspondances illicites avec le Pape*, in G. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français*, Paris 1832, XXX, pp. 316-317, *my italics*.

«Puisque la cour spéciale doit être permanente et universelle, elle doit faire partie du code général; elle doit, comme exception, se trouver à coté de la règle, parce que, ici, l'exception est permanente et durable comme la règle elle-même».

Du titre VI du livre II du code d'instruction criminelle, fait par M.Réal, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatifs du 5 décembre 1808, in Locré, *Législation civile et criminelle* cit., 14 (ed. Bruxelles 1836), p. 309.

1. *Prologue.*

The 1810 penal code really did not impress contemporaries, nor the criminal lawyers or legal historians of the period². The “war machine of

² According to what Leroy wrote in 1911 the celebrations of the first centennial of the *code pénal* took place somewhat quietly: «le code pénal n'a pas frappé l'imagination des contemporains et la postérité, à laquelle ses rédacteurs ont souvent fait appel, lui a laissé le rang subordonné que les circonstances du temps lui avaient imposé. C'est modestement,

Napoleonic Caesarism”³, which originated during the emergency, could not boast the features of technical and scientific excellence that was recognized in the much more famous *masses de granit* (masses of granite). Furthermore, it was still hailed as a code that upheld the archetypal canons of Western legal civilization,⁴ namely the principle of law⁵. Then if this is

par un banquet et deux courtes conférences de M. Sabatier et de M. Garraud, que la Société des prisons a célébré, il y a quelques mois, un centenaire prématuré sans aucune des pompes qui entourèrent, en 1904, celui du Code Napoléon»: M. Leroy, *Le centenaire du code pénal*, « La revue de Paris », 1 (1911), pp. 571-572. Cfr. J. M. Carbasse, *Etat autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810*, in *All'ombra dell'aquila imperiale*, Roma 1994, p. 312.

³ A. Cavanna, *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, in *Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia (1811), ristampa anastatica, con scritti raccolti da S. Vinciguerra*, Padova 2002, p. XIII.

⁴ Jean Pradel, referring to the fact that art. 4 of the French Penal Code of 1810 approved the principle of legality, considered this text as «un compromis entre le droit monarchique et le droit révolutionnaire»: J. Pradel, *Droit pénal général*, 16 ed., Paris 2006, p. 91. Building on the necessity to historicize this principle (which can be declined even within a statualistic perspective: it is the case, for example, of the Austrian Criminal Code of 1787 of Joseph II: see Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, p. 250), in a long-term perspective Pietro Costa observed that “throughout the course of liberal civilization (from its inception until the twentieth century crises) the principle of legality has been an indispensable reference point, but at the same time at the other extreme has been the pole of a field of tension that had the fatal attraction of power in the logic of exception. It is precisely this delicate balancing act, this unlikely harmonization of opposites that liberal civilization is founded on » Pietro Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), I, p. 9). As for the question of the exception, in an even more long-term perspective, cf./ the explanation of M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, «Quaderni storici», XLIV, 2 (2009), pp. 493-521; see M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14. *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, p. 487 ff.

⁵ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano 2004, I, pp. 30-31.

⁶R. Cobb, *Reactions to the French Revolution*, Oxford, 1972, (éd. it. Adelphi 1990), Cap. V; B. Schnapper, *Compression et répression sous le Consulat et l'Empire*, «Revue historique de droit français», LIX (1991), p. 23; see R. Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero 1789-1810*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), I, p. 256 ff.

true, it is equally true that viewing only the penal code by taking any one number of the penal ordinance of the Napoleonic era would constitute an incorrect historical operation. The legislature had, in fact, built various levels of repression designed to strengthen the already heavy punitive measure, *pour cause* levels intended to dissolve the sealed warrants in the Criminal Code and in the legal proceedings. We refer to the special courts - set up in 1801 and subsequently embedded in the connective tissue of the Code *d'instruction criminelle* of 1808/1811 - and the practice of administrative detention (a return to the *lettres de cachets*, has been rightly observed) introduced *a pas de loup*, as the French would say, by a decree of 1810.

2. *The background of the code pénal: the anthropological and legal philosophical context (1794-1810).*

«Que de choses dans une loi!»

J. Bentham, *Traité de législation civile et criminelle*, Paris, 1802, I, p. XXV.

It may seem strange that our investigation not only involves aspects of the political environment but also cultural, philosophical and even anthropological ones that characterized the period from 1794 to 1810. It seems that to ignore this aspect would mean to only partially understand the *esprit* of the Napoleonic penal order. The option of the third level of repression cannot be explained solely based on society's desire for normalization, which was infested with endemic crime with gangs of criminals who preyed on the countryside with impunity, most notably the infamous *Bande d'Orgères*⁶. Nor is it justified only on the basis of the *volonté puissante* of Napoleon (and his *volonté de puissance*)⁷. We do not

⁶ R. Cobb, *Reactions to the French Revolution*, Oxford, 1972, (Adelphi 1990), Cap. V; B. Schnapper, *Compression et répression sous le Consulat et l'Empire*, «Revue historique de droit français», LIX (1991), p. 23; see R. Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero 1789-1810*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), I, p. 256 ff.

⁷ The expression from Jean Carbonnier, visionary thinker and civil lawyer, was taken from an essay written in the 1980s, not surprisingly repeated in the commemorative volume of

deny that these two elements would already be sufficient. Yet it must be considered that in the background the society was deeply marked by the regime of Terror, a society that had lost its reformist zeal and, even worse, had developed a radically pessimistic conception of man. If we study attentively the scientific production of this historic period, or if we analyze the speeches of the speakers at the National Assemblies — tainted by the powdered Jacobins, turncoat politicians who were ready to serve the powers that be (*in primis* Merlin, excellent jurist during the *ancien régime* who was able to use his *prudencia iuris* to formulate the Law of Suspects, then committed to the diffusion of the new Justinian law in great secrecy⁸) — we get a true picture of the phenomenon that we have described elsewhere as ‘post-revolutionary disenchantment’⁹.

Exempli gratia, Simeon, Member of Parliament who had an important role in the preparation of the code, warned not to be enticed by «[...] séduisante douceur d’une philosophie abstraite qui voit les hommes comme elle voudrait qu’ils fussent ... et qui ne les voit pas qu’ils sont»¹⁰. Rousseau’s speeches, which hypothesized a state of nature characterized by the intrinsic goodness of man and the myth of the noble savage, are considered reckless and naive *rêveries*¹¹. Rousseau’s axiom, according to which man is evil because bad laws have desocialized him, while good laws resocialize him, is now considered not as much utopian as deeply flawed.

the second bicentenary of the *code civil*: J. Carbonnier, *Le code civil*, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 21: «Puissante volonté, volonté de puissance: le Code civil s’est inséré dans le dessein politique d’un gouvernement autoritaire».

⁸ On the figure of Merlin v. H. Leuwers, *Merlin de Douai, un juriste au temps des Révolutions (1754-1838) Contribution à l’étude du premier libéralisme conservateur*, Arras 1994, pp. 235-290.

⁹ We cite here and in the following pages, the reference to our work: S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il Progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998, *passim*.

¹⁰ Siméon, 18 germinal an V, *Archives Nationales*, Paris, AD XVIII C 396.

¹¹ Instead, it was Machiavelli, who had lived «au milieu des troubles politiques» and who had seen «les hommes ignorants, fanatiques, intéressés, tels qu’ils seront jusqu’à la consommation des siècles, et dans tous les pays», to have grasped the meaning: «Ce sont ces hommes-là que vous êtes appelés à gouverner; et non pas ceux de Jean-Jacques»: Horace Say, 10 frimaire an V, *Décade philosophique*, p. 443

The process to follow is, if anything, the reverse. To consider man in the state of nature, it appears, to use the words of two justice professionals, who took centre stage in high level Napoleonic bureaucracy, as “un état de misère, of imbecillité, de déraison”¹² and conflict. The savage is a man who is anything but tame, wrote Bernardi, the future head of department of the Civil Division of the Ministry of Justice, in a passage that is worth reproducing in its entirety, significantly entitled «De la nature de l’homme véritable» :

«Quand on quitte les régions ténébreuses de la Philosophie, et que, mettant de côté tous les rêves qu’elle nous débite sur la bonté naturelle des hommes, on les considère tels que l’expérience les a montré de tous les tems, la scène devient bien différente [...]. Il est donc à peu-près évident que l’homme dégagé des liens de la civilisation doit être un animal bien féroce et bien terrible [...] Pour apprivoiser les hommes on eût sans doute besoin les mêmes moyens qu’on a employés depuis pour apprivoiser les animaux sauvages. Il fallut les lier, les emmuseler, les accoutumer peu à peu à voir leurs semblables sans les mordre ou les dévorer»¹³.

¹² A. Perreau, *Etudes de l’homme physique et moral considéré dans ses différents âges*, Paris 1797, p. 367 n. 30.

¹³ J. E. Bernardi, *De l’influence de la philosophie sur les forfaits de la Révolution*, Paris 1800, p. 44, p. 45 p. 49. And to think that twelve years before he had not hesitated to affirm that «le vrai but de la nature est donc que les hommes vivent en société, pour s’y secourir mutuellement et pour perfectionner les facultés qu’elle leur a données, et au développement desquelles elle attache leur félicité. Ceux qui nient l’existence de cette première Loi, et qui voudroient renvoyer les hommes dans les forêts, raisonnent aussi sensément que s’ils proposoient de faire habiter les villes par les lions ou par les ours»: *Principes des Loix criminelles suivis d’observations impartiales sur le droit romain*, Paris 1788, pp. 5-6: see Solimano, *Verso il code* [nt. 9], pp. 92-96. Already in this direction Perreau: «le sauvage est généralement l’homme d’une nature dégradée, misérable, souffrante, vouée tantôt à une stupidité absolue, tantôt au délire de l’imagination la plus extravagante: voilà pour le moral; et généralement pour le physique, déformé souvent d’une manière hideuse. Quelques efforts que l’on a fait depuis long tems pour embellir cet état, convenons donc de bonne foi que ce n’est pas là qu’il faut prendre nos modèles de régénération, quoi qu’il en soit des choses dignes d’estime et d’admiration que nous y pouvons quelquefois remarquer»: Perreau, *Etudes* [nt. 12], p. 157.

To tame a man, put a muzzle on him... This was said by Rousseau and, alas, is a clear approach to the “wolfish” vision of Hobbes, as commented here by Adriano Cavanna¹⁴.

In this discouraging framework, another element was added that made the climate even bleaker. Such anthropological pessimism coupled with the philosophical speculations of Pierre George Cabanis and Jeremy Bentham (albeit mediated through the translation of his adviser Etienne Dumont¹⁵), conceptions that confirmed a Pavlovian image of man, and a representation of his feelings of inner freedom as a chemistry of sensations¹⁶, which suggest the image of man as a mere means in the hands of an omnipotent legislator¹⁷. Man seemed to them as being totally

¹⁴ A. Cavanna, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Scritti. (1968-2002)*, [Università Cattolica del Sacro Cuore Milano, Istituto giuridico, Raccolte di Studi, 3] II, Napoli 2007, p. 823.

¹⁵ For more on this aspect and for the bibliography of Solimano [nt. 9], p. 64 ff.; see C. Blamires, *The French Revolution and the creation of Benthamism*, Houndmills, New York, 2008.

¹⁶ See note below ++

¹⁷ Influenced by sensualism and by virtue of his scientific training as a physician, Cabanis followed his objective to combine philosophy, medicine and physiology, giving an anthropological, reductionist and materialistic conception to his research. While proclaiming himself debtor of his mentors (Helvetius, Condillac, Descartes, D'Holbach and La Mettrie) he reproaches them for having elaborated philosophical concepts which were excessively abstract. What is essentially lacking to their theories is a rigorous experimental investigation. In other words, the enterprising *idéologue* intends to verify “in the field” what the masters of sensationalism have formulated only in a hypothetical sense. An exclusively experiential investigation also in the sphere of morals can lead to scientifically acceptable results. And only a study of human nature based on *analyse* (a real «*idéologique* slogan») and on *évidence* can justify the claim to achieve mathematical and repeatable results. Hence, the reason for writing a new *Traité des sensations*. The man Cabanis in some respects is similar to the one represented by La Mettrie and Condillac, since he behaves as if influenced by the solicitation of the outside world, for others it differs, in that they appear to be also affected - and this is new - by feelings that internal organs have on the body. Nor statue or machine: for Cabanis every phenomenon must be attributed to its physicality. In this perspective, the same feelings, such as love and sympathy are derived from «un mélange d'influence organique directe, qui semble indépendante de la réflexion». But if human behavior appears to be entirely predictable and mechanically necessary, what can the margin and role of the educator be, and what,

subordinated to the laws of natural causation, where creatures moved first of all for the pursuit of pleasure and were subject to a predictable and quantifiable machine-like behaviour; the legislator could not disregard this fact. He was called to plan the behaviour of individuals, according to artificial and established patterns. Cabanis observed how «sous ce point de vue que l'étude physique de l'homme est principalement intéressante; c'est là que le philosophe, le moraliste, le législateur, doivent fixer leurs regards, et qu'ils peuvent trouver à la fois et des lumières nouvelles sur la nature humaine, et des vues fondamentales sur son perfectionnement»¹⁸. And Bentham followed him in the same direction. «Veiller à l'éducation d'un homme signifie veiller à toutes ses actions: c'est le placer dans une position où l'on peut influencer sur lui comme on le veut, par le choix des objets dont on l'entoure et des idées qu'on lui fait naître»¹⁹. And also: «les

which interests us most, about the legislator? However, Cabanis leaves open a breach in the wall of his determinism: he notes that human conduct can vary depending on the climate, sex and above all on *habitude*. The human being, therefore, because «singulièrement disposé à l'imitation», is in fact generally led to imitate and to repeat certain behaviors. It is the constant repetition of these behaviors on his part that produces, according to Cabanis, a fundamental consequence on the physical level, i.e. a transformation in the “état de la sensibilité des différens organes.” Therefore, the teacher through pedagogical practices and the legislature through legislative techniques can educate and govern man, conditioning his habits. They in turn act on the internal organs of the individual, resulting in a morphological change; the internal organs, ultimately, produce correlative psychical manifestations, such as thoughts or emotions. See Sergio Moravia, *Il pensiero degli ideologues, Scienza e filosofia in Francia (1780-1815)*, Firenze 1974, pp. 8-288; Solimano [nt. 9], pp. 61-66.

¹⁸ *Considérations générales sur l'étude de l'homme, et sur les rapports de son organisation physique avec ses facultés intellectuelles et morales*, in *Mémoires de l'Institut national des sciences et arts Sciences morales et politiques*, Paris, an VI, I, p. 67.

¹⁹ J. Bentham, *Panoptique*, in *Traité de législation civile et pénale*, III, Paris, 1802, p. 212. On this aspect see M. A. E. H. El Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris 1970; C. Laval, *Jeremy Bentham, Le pouvoir des fictions*, Paris 1994, p. 16. Shakankiri says that «Bentham définit donc l'homme, par la division, comme un *animal raisonnable*. Le terme *animal* désigne ici un ensemble de qualités bien connues. Ce sont les qualités de tous les animaux machines qui sont régis, comme le chien de Pavlov, par la loi du désir et de la satisfaction du désir, ou encore, par les lois du réflexe conditionné. Le terme raisonnable, à lui seul, ne veut rien dire. La raison n'existe pas pour Bentham, nous le savons, en tant que telle...» (*ibidem*, p. 197). See also F. Zanuso, *Utopia e Utilità, Saggio sul*

sensations des hommes sont assez régulières pour devenir l'objet d'une science et d'un art»²⁰. Substantially, man is a puppet, the legislator a Puppet Master²¹.

Our discussion would have no sense — it would only be a scholarly work — if this theory had not been received so successfully by lawyers. Of the many possible quotes on this, we cite only one from the criminalist, Scipion Bexon, author of a voluminous treatise *in folio* entitled *Application de la théorie des lois à l'homme considéré dans ses penchants et dans ses passions ou droit primitif des sociétés et à leur droit particulier ou Code criminel*, published in Paris in 1807:

«Il semblerait que l'observation physique de l'homme ne doit appartenir qu'à la science de la médecine ou de la physiologie; la considération de l'homme intellectuel à la philosophie, à la science de la métaphysique, et qu'il suffise à l'étude de la morale et à la science de la Législation de l'examiner dans l'état social, et de le suivre dans ses actions, sans chercher à en connaître les causes. C'est d'après cette grande erreur, que beaucoup de moralistes et de Législateurs ne s'attachant qu'à la superficie de l'homme, sans étudier les secrets et les variétés de son organisation, les principes de ses facultés intellectuelles et la génération de ses idées, ont écrit leurs maximes et dicté leurs lois; tandis que la connaissance de l'homme dans toutes les parties de son organisation physique et morale, et des différences qui s'y rencontrent,

pensiero filosofico-giuridico di Jeremy Bentham, Padova 1989, pp. 37-38 e p. 158, where the scholar affirms that the «scopo della sanzione secondo Bentham è il soggiogare le passioni comuni per realizzare un'ottemperanza meccanica e pertanto effettiva alle disposizioni normative»; see J.-M. Varaut, *L'utilitarisme de Jeremy Bentham prémisses et mesure de la justice pénale*, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», (1982), p. 263 e segg.; P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris 1990, pp. 120-121; J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, 1991, p. 49; D. Baranger, *Bentham et la codification*, «Droits», 27 (1997), pp. 17-38. Important analyses on the Benthamian original conception in P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano 1974, pp. 361-370. See also the already cited book by Blamires, *The French Revolution* [nt. 15], *passim*.

²⁰ J. Bentham, *Principes du code civil*, nei citt. *Traité de législation* [nt. 19], II, p. 18.

²¹ Solimano [nt. 9], p. 66.

appliquée à leurs effets, dans les diverses actions de la vie, est une seule et même science en morale et en législation, parce que toutes ces facultés agissant, simultanément, les unes sur les autres, se modifient mutuellement, concourent ensemble à la détermination des actions de l'homme dans tous les temps de la vie et dans toutes les circonstances; parce qu'elles produisent, par leurs différents combinaisons, la diversité des dispositions, la nature de ses penchans, l'intensité des passions»²².

Nothing better than the judgment of this penalist could show the response to the sensist approach that took place in the milieu of lawyers. And it is indeed a response to the thought of Cabanis and Bentham and not just a philosophical influence dating further back, such as the Helvezian or Anglo-Saxon empiristic ones; we learn this from the introduction to the work in which Bexon, in addition to revealing his sources, lavished praise on Cabanis and his scientific investigations:

«On trouvera, dans cette Introduction, plusieurs idées d'écrivains célèbres, tels que Montesquieu, *Bentham*, Filangieri, Blackstone, exposition de la doctrine de Gall, sans nom d'auteur, Pastoret et *Cabanis dont le bel ouvrage des Rapports du physique et du moral de l'homme, est loin d'être étranger aux principes de la Législation*, et à l'auteur duquel je me plais à offrir l'hommage de ma reconnaissance, par l'obligeance avec laquelle il m'a permis d'en faire usage»²³.

As can be seen from their point of view, the findings of Cabanis and Bentham are essential for jurists and the legislator: the legislator should note that the he is called upon to plan and guide the conduct of citizens-individuals, exploiting their psychic automatisms.

²² S. Bexon, *Application de la théorie des lois à l'homme considéré dans ses penchans et dans ses passions ou droit primitif des sociétés et à leur droit particulier ou Code criminel*, Paris 1807, p. i. On this criminalist see M. Da Passano, *Una fonte d'ispirazione per il codice penale piombinese: il progetto di Bexon per il Re di Baviera*, in *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, Ristampa anastatica, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2000, LXIX-CXIV; Id., *Un'«istituzione morale approvata dalla virtù»*. *Bexon e il tribunale di correzione paterna*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXII (2002), pp. 427-451.

²³ Bexon, [nt. 21], *ibidem*.

We have to focus a moment on these conceptions of philosophy of law, with particular attention on Bentham because as is well known, as a Utilitarian he does not devote little energy to the problem of criminal issues; his proposals agree perfectly with the expectations of those who have preached a reform of the criminal system since the fall of Robespierre²⁴.

The first concise translation in French of the Benthamian concept of criminal law dates back to 1797. The interesting aspect is the fact that the translation is found in an appendix to the fifth edition of the translation of Beccaria's treatise. The English jurist is perceived as the perfect continuer of the Milanese theory of philosophy of law. The publisher Roederer begins this way:

«les tables de Jérémie Bentham que nous avons imprimées à la suite, sont une précieuse esquisse d'un magnifique travail. Elles se trouvent là tout à fait à leur place, *car elles paraissent avoir été rédigées pour l'accomplissement des vues de Beccaria*»²⁵.

Was it a clamorous mistake by Roederer? Or was Beccaria knowingly being used to endorse the new repressive demands proposed by Bentham? The answer is neither simple nor easy. We know that the Beccarian Treatise was designed with a decidedly utilitarian perspective, while on the other hand we also know that not infrequently Beccaria changed position when he realized that a fundamentally utilitarian approach would mortify the principles of justice. Certainly, there are errors in the Beccarian work, as was observed by Sbriccoli²⁶ and Cavanna²⁷. Nevertheless, Beccaria

²⁴ On the diffusion of the Benthamian conception in France see *p.+++*

²⁵ *Traité des délits et des peines par Beccaria; traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée; précédée d'une Correspondance de l'Auteur avec le Traducteur; accompagnée de notes de Diderot; et suivie d'une Théorie des lois pénales, par Jérémie Bentham; traduite de l'Anglais par Saint-Aubin*, Paris, De l'Imprimerie du Journal d'Economie Publique de Morale et de Politique, 9, An V-1797. Solimano [nt. 9], pp. 71-72, p. 150 n.147 e p. 228.

²⁶ M. Sbriccoli, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, ed. M. Porret, Genève, 1997, now published in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, pp. 396-397.

²⁷ A. Cavanna *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano 2005, pp. 201-202, p. 210 e p. 220.

realised that what is utilitarian is not always also just. Bentham instead, since he did nothing else but excessively increase the dimension of utility, appeared deaf to the *caveat* of his mentor. If this is where the *accomplissement* of the theory of Beccaria is established and carried out by Bentham for which Roederer alludes to, then he is right. In the measure that it is understood, accomplishment means rigid alignment to righteous utilitarianism.

As is well known, the English philosopher of law introduced the conception of punishment inspired by the logic of social defense and intimidation. He wrote « punition doit être économique et *exemplaire* » in 1797²⁸. In 1802, he was reluctant to specify what was entailed in the substance of exemplariness:

«Rendez vos peines exemplaires, donnez aux cérémonies qui les accompagnent une sorte de pompe lugubre. Appelez à votre secours tous les arts imitatifs, et que les représentations de ces importantes opérations soient parmi les premiers objets qui frappent les yeux. Un échafaud tendu de noir, cette livrée de la douleur — les officiers de la justice en habit de deuil — l'exécuteur revêtu d'un masque qui serve à la fois à augmenter la Terreur et à dérober celui qui le porte à une indignation mal fondée des emblèmes du crime placés sur la tête du criminel, afin que les tèmoinis de ses souffrances soient instruits du délit qui les lui attire. Que tous les personnages de ce drame terrible se meuvent dans une procession solennelle — qu'une musique grave et religieuse prépare les coeurs»²⁹.

At first glance, there is nothing particularly surprising: Bentham appeared not to do anything else but restore the tried and tested principle of exemplary punishment³⁰. The novelty lies in the fact that his speech was

²⁸ *Traité des délits et des peines par Beccaria; traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée; précédée d'une Correspondance de l'Auteur avec le Traducteur; accompagnée de notes de Diderot; et suivie d'une Théorie des lois pénales, par Jérémie Bentham* [nt. 25], p. 204.

²⁹ J. Bentham, *Traité de Législation civile et pénale* [nt. 19], III, *Principes du Code pénal*, p. 71.

³⁰ On the Benthamian conception see p.+++

supported by rigorous scientific premises and was designed for a perfectly and easily led atomized society. There is more: such a theory, as we have said before, did not have a good chance for success since it was perfectly in line with the expectations of politicians and lawyers who were calling for a reform of criminal law. The code of 1791 (the first penal code passed by the revolutionary assembly)³¹ was considered unsuitable for defeating crime and had the defect, in their eyes, of being designed starting from an erroneous conception of man. When in 1796, the figure of attempted crime was introduced as an autonomous figure³², Pastoret, in a speech, indicated the philosophy that should guide the legislator: «Une grande pensée occupa l'assemblée constituante quand elle proscrivit la perpétuité des peines. Elle compta sur la puissance du repentir: la commission n'a pas pu résister encore à cette espérance»³³. The following year, Member of Parliament Rousseau, who with Jean-Jacques did not share a singular homonymy, said in no uncertain terms: «It is with the image of a bloody and dishonorable death that you have to strike the offender. With a wholesome terror».³⁴

The legal code of 1791 was presented by many of these jurists, right or wrong little does it matter, as the result of Beccaria's flawed and philanthropic theory. In their eyes the author of *Dei delitti e delle pene* appeared to be responsible for having contributed «à affoiblir une vérité, triste si l'on veut, mais que le législateur doit avoir toujours présente à la pensée» and that the society «renferme dans son sein une masse d'hommes, sur qui la civilisation n'a jamais pu avoir d'empire, et qui

³¹ On the *code pénal* of 1791 see H. Rémy, *Les principes généraux du Code pénal du 1791*, Paris 1910, P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris 1989, pp. 63-151, Carbasse, *Etat autoritaire et justice répressive* [nt. 2]., pp. 315-318; Id., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, II ed., Paris, 2006, pp. 416-419; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, 2, [nt. 27], pp. 474-494; Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], p. 188 e segg.

³² V. R. Isotton, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli 2006, p. 339 e segg.

³³ *Rapport fait au nom de la classification et de la revision des lois par Emmanuel Pastoret, Sur l'état actuel de la législation pour la répression du vol et du brigandage, et sur quelques erreurs ou quelques omissions de nos lois correctionnelles et pénales*, 25 pluviôse an 5.

³⁴ Rousseau, 18 floréal an 5, *Archives Nationales*, Paris, AD XVIII C 396.

cherchant sans cesse à briser le joug salutaire des lois, voudroient vivre dans une anarchie, dont les profits ne fussent que pour eux»³⁵. The work of Beccaria, in short, was responsible for having produced «une imprudente sensibilité»³⁶. An opinion shared by Portalis, a normotype Napoleonic jurist: «si l'on n'eut point abandonné l'observation et l'expérience, on ne se fut jamais livré à d'aussi vaines théories»³⁷.

In the world of jurists Bentham seemed to be a model of inspiration. The fact that English theoretical philosophy of law was substantially simplified and accepted to found the 'new' philosophy of the right to punish, while in terms of content, except for the repressive arsenal, fell substantially into a void, is another matter³⁸. It is important to note that in this valid perspective (anthropological and legal philosophical), criminal law was conceived by the encoder only as an instrument of social control. Useful for a very specific purpose: to minimize the damage that man could cause society. If we study Target's *Rapport* to the draft of the 1801 penal code, a speech that received the widest possible consensus within the judiciary environment and would be kept as '*Discours préliminaire*' of the final text of 1810, we find a confirmation of our hypothesis.

³⁵ J. E. Bernardi, *Nouvelles Théorie des lois civiles*, Paris an IX, pp. 189-190. An important aspect of this issue regards the fact that Bernardi represents one of the jurists who contributed to spreading the philosophy of Jeremy Bentham: Solimano [nt. 9], p. 89 e segg.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ J. E. M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII ème siècle*, ed. Paris 1834, II, pp. 308-309. On the figure of Portalis check the entry in the bibliography, *Dictionnaire historiques des juristes français (XIIIe-XXe siècle)*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, Paris 2007, pp. 634-636.

³⁸ Bentham, referring to the real response to his philosophy in France wrote: «quoique les Rédacteurs de ces Codes aient cité mes ouvrages, quoiqu'ils en aient emprunté quelques idées, la base de leur travail est l'ancienne Jurisprudence romaine et n'a rien de commun avec le mien. Le Code pénal de Napoléon, ce qu'on a fait de mieux en ce genre, me paroît encore bien loin de ce qu'il devrait être» (17 January 1814, From Etienne Dumont, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, edited by S. Conway, 8 (January 1809-December 1816), Oxford 1988, p. 366. Briefly, one thing is original thinking, another is the use that has been made afterwards. Why should Bentham have a different fate than that of Montesquieu? A suggestion from G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 296 ff.

The reintroduction of corporal penalties (such as mutilation for parricide or branding for thieves and forgers) or the mounting of an impressive platform for the execution of the death penalty (penalty considered «encore évidemment nécessaire»³⁹) were designed as measures which definitely could not be postponed and were also healing: «la patrie, délivrée par de l'exemple» of Terror, will thank us, says Target, who seemed entirely resigned to accepting the limits and the uncertainty of the idea which postulated a gradual improvement in the centuries of 'humanity'⁴⁰. In his eyes, every human society was full of «âmes dures, sèches, farouches, dénuées d'idées morales», of creatures from the «fibres grossières» who obeyed only «à leurs grossières sensations».⁴¹ And mind: Target had not always been a reactionary. In 1789 he had been shown as supporter of the humanization of the repressive arsenal of the *ancien régime* and had looked at the people with the concern of a father, confident that they could be guided to behave well with «sagesse et avec prudence».⁴² They only saw a «race abâtardie [...] dont la régénération se laisse à peine entrevoir»⁴³ in the criminal population who underwent repressive treatment,. Whoever at the dawn of the Revolution sincerely believed in the value of education and the pedagogical function of the law, now believed that the idea of «perfectibilité» was «rarement applicable».⁴⁴ It had become a «presque chimerique» idea⁴⁵.

Basically, one should consider that «les sociétés aux quelles on donne des lois doivent être considérées telles qu'elles sont et non telles qu'elles

³⁹ *Observations sur le Projet de code criminel, première partie, Délits et peines, présentées par M. Target, membre de la commission chargée de la composition de ce Projet*, in Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français*, cit., XV (ed. Bruxelles 1837), p. 6.

⁴⁰ *Observations sur le Projet*, p. 8.

⁴¹ *Observations sur le Projet*, p. 5.

⁴² Solimano [nt. 9], p. 206. See J. P. Andrieux, «*En style lapidaire et avec la concision du décalogue*». *Les observations de Target sur le projet de code criminel*, in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, ed. Université Panthéon Assas (Paris II), Paris 2010, pp. 55-71.

⁴³ *Observations sur le Projet*, p. 5.

⁴⁴ *Observations sur le Projet*, p. 7.

⁴⁵ *Ibid.*

pourraient être» and especially that «l’efficacité de la peine se mesure moins sur sa rigueur que sur la crainte qu’elle inspire»⁴⁶. On this, we anticipated, Target was not an isolated jurist: the French judges called upon to make observations on the text of the draft believed that setting the example of the sentence was essential for social defense⁴⁷. The words of the President of the Court of Marseille, Ricard D’Allauck are sufficient:

«Le code pénal est un pacte de guerre, il faut qu’on tremble en le lisant; il faut par humanité que tout y soit terrible, jusqu’au style employé pour sa rédaction»⁴⁸.

We are, no doubt, going towards social hygiene.⁴⁹

3. *Napoleon’s repressive strategy (1801-1810).*

«Le secret du législateur doit être de savoir tirer parti même des travers de ceux qu’il prétend régir»⁵⁰: «l’utile circonscrit tout»⁵¹. Napoleon also appeared to be captivated by the ‘new’ ideological belief of Cabanis/Bentham. And if we give credence to reports from Bentham to his brother, the autocrat would have appreciated the work of the English philosopher of law even calling it «un livre de génie»⁵².

⁴⁶ *Observations sur le Projet*, p. 7.

⁴⁷ Solimano, *op. cit.* [nt. 9], pp. 153-154.

⁴⁸ *Quelques Observations sur le projet de réunir les tribunaux criminels aux Cours d’Appel*, Paris an XII, p. 12, *Archives Nationales*, Paris, BB 30 527.

⁴⁹ A. Cavanna, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, ora in *Scritti* [nt. 14], II, p. 916.

⁵⁰ «Le génie de l’ouvrier doit être de savoir employer les matériaux qu’il a sous la main; et voilà, mon cher, un des secrets de la reprise de toutes les formes monarchiques, du retour des titres, des croix, des cordons. Le secret du législateur doit être de savoir tirer parti même des travers de ceux qu’il prétend régir»: *Le Mémoire de Saint Hélène*, Comte de Las Cases, ed. G. WALTER, Paris 1956, I, p. 896.

⁵¹ X. Martin, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des lumières au code Napoléon*, Bouère 1994, p. 237.

⁵² Bentham to his brother, 2 October 1804: «Bonaparte had had Dumonts’ books in his hands. He said to I don’t know who ‘C’est un livre de génie’» (*The Correspondence of Jeremy Bentham*, ed. J. Dinwiddy, Oxford 1998, 7, n. 1852, p. 281).

No wonder that Napoleon accepted the philosophical speculations in vogue and above all that he bent them to his own ends. It is known that he, polished statesman-tyrant, managed to build a full-fledged personal State⁵³. From the moment he took the reins of power he showed that he knew how to build consensus around himself and at the same time how to strike his opponents who gradually tried to block his unstoppable rise to power. Napoleon, a politician, immediately sensed the primary aspiration of a society that was obsessed by the nightmare of living an endless revolutionary mobilization: to *return to normality*. Portalis answered for him in 1801, presenting the draft of the Civil Code: «aujourd’hui la France respire»⁵⁴. Today, thanks to Napoleon, France can breathe easy. It is certain that the ninth year of the French Republic was not an entirely pacific society. Among the elements that disturbed the community was undoubtedly the question of public order.

⁵³ Historians agree that Napoleon created a real dictatorship: even those who, like Tulard, said it was in any case a *‘dittatura à la romaine’* (*Napoleone, Il mito del salvatore*, ed. it., Milano 1994, p. 411). Of course, as L. Bergeron noted (*Napoleone e la società francese*, Napoli 1975, pp. 9-22), S. Mastellone, (*Storia ideologica d’Europa da Sieyès a Marx*, Firenze 1974, p. 105) e J. Solé (*La Révolution en questions*, Paris 1988, pp. 245-46), the internal politics of Napoleon have obvious ambiguities: the last of the ‘enlightened’ despots simultaneously managed to be the founder of a «système rationnel et unifié qui nous gouverne toujours»; inoltre, «sans fonder une dictature militaire ni une monarchie classique, il établit un type nouveau de pouvoir concentrant l’autorité dans les mains d’un homme attaché à la modernisation de l’Etat et de la société» (*ibidem*). At the same time, Napoleon preserved some of the achievements of the Revolution, such as the principle of civil equality and the rule of law: but then disregarded them in practice, as we shall see J. P. Bertaud, *Le Consulat et l’Empire (1799-1815)*, Paris 1989, p. 5: «Héritier de la Révolution, Napoléon fut parfois un légataire infidèle: il bafoue le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, refuse aux esclaves noirs la liberté et, en dépit de la reconnaissance formelle de la souveraineté nationale, confisque en grande partie l’exercice de la liberté». See also A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell’Italia dell’Ottocento*, *Scritti* [nt. 14], II, p. 1190 n. 19, which speaks of an all-out “Stato personale”. See N. Petiteau, *Napoléon, de la mythologie à l’histoire*, ed. Paris 2004, ai nostri fini pp. 197-237; Ead., *Les Français et l’Empire (1799-1815)*, Paris 2008, *passim*.

⁵⁴ J. E. M. Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement*, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, (éd. anast. Osnabrück, O. Zeller, 1968), I, p. 465.

Campaigns, as we have said, were plundered with impunity by chaotic bands of criminals, the so-called *chauffeurs*, public carriages were systematically attacked, so one can well understand how social apprehension was causing great concern⁵⁵. On the other hand Napoleon, who miraculously escaped the attack of the ‘Infernal Machine’ conspired by the royalists, which would surreptitiously be attributed to *terroristes* to eliminate any possible Jacobin overflow, had to deal with the problem of the subversives. It is in this context that the criminal question was formed, an issue which on one hand called for the establishment of special courts, on the other hand, the reform of the Code of 1791. It was a repressive strategy designed for the short and long term: in fact Napoleon, *ab origine*, designed these two instruments to be applied in couple *à jamais*. He revealed it himself. Before delving into this aspect, it is necessary to make some brief observations on the penal code.

3.1. *The code pénal as a “pacte de guerre”.*

We know that for Napoleon the code (and coding) was, at the same time, a means for glorifying his triumph and an essential *instrumentum regni*⁵⁶. And if the *code civil* was designed to stabilize society, the text of criminal law was designed essentially to secure the established power and to suppress political dissent. That the First Consul paid special attention to the first aspect we also deduce from a letter that the Secretary of State sent to the Minister of Justice, an unpublished letter that we found at the *Archives Nationales* in Paris. In 1804, the design of *Code Criminel correctionnel et de police* — a text that covered both substantial criminal law and court issues — had just come off the presses of the *Imprimerie d’Etat*, was ready to be distributed to the courts to collect observations on it, as was done for the *code civil*. Napoleon ordered a halt to the sending of the text. In an extract of a part of the text:

«Citoyen,
Le Premier Consul a jeté les yeux sur le projet de Code Criminel,

⁵⁵ See p.**.

⁵⁶ See P. Grossi, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del codice napoleonico (Roma, 20 dicembre 2004)*, *Atti dei Convegni Lincei* 221, Roma 2006, p. 26.

correctionnel et de police, dont il a ordonné la communication aux tribunaux d'appel.

Il a pensé que les Chapitres *relatifs à la manière de procéder contre les auteurs ou complices de crimes contre la Constitution [jusqu'] à la mise en jugement des ministres à la Haute Cour*; traitent d'objet de haute politique qui ne peuvent être soumis à l'examen et aux observations des tribunaux d'appel, ni livrés sans inconvénients à la discussion, avant un examen préalable de la part du gouvernement. Le premier Consul désire en conséquence que ces trois chapitres ne se trouvent pas dans les exemplaires dont il a ordonné la distribution aux tribunaux et que vous suspendiez l'envoi du projet pour ne lui donner cours, qu'après qu'il aura été cartonné.

Il juge convenable que vous profitiez de ce délai nécessaire pour faire rédiger un chapitre sur les jugements, et la punition, des délits qui auroient pour objet d'attenter à la vie du Chef de l'Etat»⁵⁷.

As can be seen, Napoleon did not want the judges — for whom, it is known, he did not harbor much confidence⁵⁸, to the point of carrying out two successive purges⁵⁹ — to pry into the areas of high density politics, as in the event of crimes against the Constitution and against the Head of State. Napoleon did not consider the criminalistic choices on 'high politics' negotiable: and this, perhaps, shows that even the Penal Code *in fieri* hides Napoleon's desire for power, as well as the anti-jurisprudential position we usually attach to the *code civil* and to the *code de procédure civile*⁶⁰. The

⁵⁷ *Le Secrétaire d'Etat au Grand Juge Ministre de la Justice*, (Hugues Bernard Maret a Claude Ambroise Régnier), 18 pluviôse an XII, *Archives Nationales*, Paris, BB 30 185.

⁵⁸ In the eyes of Napoleon, judges should not be anything other than «machines physiques au moyen desquelles *les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre*» (cit. in Martin, *Nature humaine* [nt. 51], p. 241).

⁵⁹ J. P. Royer, *Histoire de la justice*, Paris 1995, pp. 454-457; A. Giuliani, N. Picardi *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione giuridica*, III, *La responsabilità del giudice*, Perugia 1978, p. 40; N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, p. 79.

⁶⁰ S. Dauchy, *La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806*, in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France, sous la direction de L. Cadiet et G. Canivet*, Paris 2006, pp. 82-83; N. Picardi, *Le*

reading of the letter feeds the suspicion that the submission of projects to the judiciary primarily represented a means for him to believe that he was playing an active role in the writing of the codes.

It has been said that the Criminal Code was designed as a protection for the State, that protection of the established power represented the primary legal right. However, the quantitative analysis itself is emblematic: of 484 articles, 197 were designed to protect the internal and external security of the State, noted Carbasse⁶¹. Moreover, the words of the Dhaubersart to the legislative body illustrating book I of the *code pénal* left no room for doubt: «We must distinguish crimes that threaten the existence of a political empire from those affecting private interests. Against the first the legislature must use all appropriate means to prevent them, even if these remedies damage the rights of a third party, *because in terms of legislation, the preservation of the State and society is the supreme law*». ⁶² Consequently, it is not surprising to ascertain the importance connected to the repression of political crimes, formulated, not

Code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la juridiction, ibidem, p. 187; S. Solimano, *Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile de 1806*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaborations des grands textes de procédure en Europe*, ed. J. Hautebert, S. Soleil, I, *Le code de 1806 et la procédure civile en Europe, Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe, (Actes du colloque organisé à Rennes, les 9 et 10 novembre 2006)*, Paris 2007, in particular, pp. 47-48.

⁶¹ Carbasse very appropriately observes «que c'était déjà l'ordre adopté par le code de 1791 mais la similitude s'arrête là. En effet, au titre Des crimes et attentats contre la chose publique, le Code de 1791 incriminait surtout les infractions commises par les ministres, chefs militaires et autres agents publics dans l'exercice de leurs fonctions : il s'agissait — dans la ligne de la Déclaration des droits —, de défendre les citoyens contre les abus de pouvoir des agents de l'autorité, toujours suspects de pulsions despotiques et donc placés sous stricte surveillance. En 1810, en revanche, la perspective est totalement inverse: le crime de forfaiture n'est plus qu'une infraction marginale et il s'agit avant tout de défendre l'Etat et son appareil contre tout ce qui pourrait l'affaiblir ou le contester»: Carbasse, *Histoire du droit pénal*, [nt. 36], p. 441.

⁶² *Rapport fait au corps législatif, dans la séance du 12 février 1810, par M. Dhaubersart, en présentant le vœu d'adoption émis par la commission législative, sur le Livre I^{er} du code pénal*, in Locré, cit. [nt. 39], 15, p. 103, source developed by Cavanna, *Il codice penale napoleonico* [nt. 2], p. XV. V. Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], pp. 272-273.

coincidentally, as observed Neppi Modona, «in a manner so general and indefinite as to permit the prosecution of all forms of dissent»⁶³. This fact led Dal Rì to speak about a return of the protean (and therefore notorious) *crimen laesae maiestatis*⁶⁴. And it is, we know, of incriminating cases involving, in addition to the death penalty, even the hateful penalty of confiscation of property, the effects of which, inevitably, generally fell on the innocent⁶⁵. In essence, Cavanna was not far from the truth when he presented the code of 1810 as «an imperialistic instrument of great power»⁶⁶. If this is the dark side of the code, on the other hand it is known that it did not cut the moorings from those protective principles enshrined in the Code of 1791, direct emanation of the 1789 *Déclaration*. We wish to allude to the fact that we found the principle of legality of the sentence and that of non-retroactivity of criminal law sealed, as historiography and criminal law have spoken rightly of a compromise between principles and practices of the *ancien régime* and Enlightenment principles. However, Napoleon is not a man who made compromises; rather he made people believe he made them. We believe that this is what happened with the criminal justice system. That the code accepted the legality principle at its inception is evident, and that this principle was officially disregarded for political dissidents and disrupters of the State is what happened somewhat secretly in 1810 when administrative detention was introduced: *extra codicem*, as we shall see shortly. In the epigraph to our inquiry we have placed a passage, not unknown to historiography⁶⁷, in which the *Empereur* expressed his intolerance to the legality principle. They said: this passage is

⁶³ G. Neppi Modona, *Il codice napoleonico del 1810*, in *La Scienza e la colpa: crimini, criminali, criminologi: un volto dell'Ottocento*, ed. U. Levra, Torino 1985, p. 145.

⁶⁴ A. Dal Rì Júnior, *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*, Rio de Janeiro 2006, pp. 209-210. On the *crimen laesae maiestatis* refers to the masterpiece by M. Sbriccoli, *Crimen laesae Maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

⁶⁵ M. A. Cattaneo, *L'autoritarismo penale napoleonico*, nel cit. *Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia (1811)*, [nt. 3], pp. XXVII-XXVIII.

⁶⁶ Cavanna, *Il codice penale napoleonico* [nt. 2], p. XIII; F. Colao, *Il "dolente regno delle pene". Storie della "varietà della idea fondamentale del giure punitivo" tra Ottocento e Novecento*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XL, 1, (2010), p. 129 ff.

⁶⁷ It is quoted, for example, by Carbasse, *Etat autoritaire et justice répressive* [nt. 2], p. 329.

proof that the legality principle was a barrier to Napoleonic authoritarianism. On closer inspection, if we focus a moment on when Napoleon broke out with this statement – it was January 4, 1811 - we can see that it occurred when the codification had just entered into force, already supported, and this is the point, by those instruments that dissolved *pour cause* the guarantee principle in the two codes. When Napoleon declared that «avec des lois qui entravent l’action de la justice, je suis obligé de rechercher moi-même les désordres capables de troubler l’Etat et de les réprimer arbitrairement»⁶⁸, in his heart he was pleased to have developed the repressive strategy that revolved around three levels of repression and perhaps believed not to have to limit it only to the subversive and dangerous criminals.

We will now present the second level of repression.

3.2. *From the Special Tribunals (1801) to the Special Courts (1808). Benjamin Constant versus Portalis.*

«En votant le maintien du jury, je n’ai été déterminé que par la certitude qu’il existerait des tribunaux d’exception; car, dans beaucoup de cas le jury ne déploie pas assez de fermeté pour qu’on puisse se flatter que seul il remédiera à tous les désordres», observed Napoleon in the Council of State in 1804⁶⁹. To the First Consul he showed he was prepared to accept the jury in the Procedure Code, flattering those who still looked at it as the Palladium of freedom, as one of the most representative works of the *Revolution*⁷⁰ (for which he wanted to let believe that he was the heir), since from the outset he had devised to crack down on crimes within a double and permanent (!) level of jurisdiction. The crucial point lay in the permanent character of the special courts. The phrase, *tribunaux d’exception*, for Napoleon meant that these organs could deviate *necessarily*, by the rules of common law. In other words, the deviation from the guarantee principles was not thought of as a temporary sacrifice necessary for coping with a contingent situation, in name of the *exception*.

⁶⁸ See the text quoted in the epigraph.

⁶⁹ Locré, *La législation civile* [nt. 39], XXIV, p. 106.

⁷⁰ On the jury, see A. Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai «Philosophes» alla Costituente*, Milano 1994.

This ascertained, it must be said that in 1801, when the law establishing special courts was submitted and subsequently approved⁷¹, the legislature deliberately used the register of *eccezionalità*, which in 1808 would prove to be a register for what it was: a smokescreen.

Let's read what Portalis said, the noble father of the *code civil* and speaker for the project: «après des troubles civils, après une grande révolution, il reste des désordres à réprimer; c'est la tourmente qui suit la tempête; on ne remue pas impunément la lie et le fond des Etats»⁷². In the first place, therefore, the establishment of such special tribunals is required by extraordinary events: to eradicate banditry and every possible form of sedition. And «dans ces grands occasions, de grands exemples sont nécessaires»⁷³. Hence, the further consequence of attributing special *extra ordinem* powers to the courts. In name of *salus reipublicae* such courts were allowed to judge without using a jury (or indictment or trial), as well as preventing the defendant from appealing to the Supreme Court (except for the regulation of competence), that way repealing the canons of justice approved first of all in the

⁷¹ On special courts of the Napoleonic era, see A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris 1882, pp. 461-480; J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1967, p. 636 e segg.; L. Lacché, «Ordo non servatus». *Anomalie processuali, giustizia militare e «specialia» in antico regime*, «Studi storici», 29 (1988), pp. 373-374; B. Schnapper, *Compression et répression*, cit. [nt. 6], p. 26 ff.; J.L. Halpérin, *Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale de 1795 à 1810*, in *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)*, Modèles français et traditions nationales (1780-1830), Paris Montréal, 1999 p. 123; G. Landron, *Les tribunaux criminels spéciaux contre les tribunaux criminels avec jury (France, an IX-1811)*, *ivi*, pp. 189-198; B. Schnapper, *Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815*, *ivi*, p. 31; P. Alvazzi del Frate, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Antien Régime alla Restaurazione*, Roma, 1999, pp. 176-179; M. Da Passano, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino 2000, pp. 90-91; G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma, Bari 2004, pp. 161-163; Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], pp. 267-268.

⁷² 17 nivôse an IX, *Archives parlementaires, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises de 1800 à 1860*, II, Paris, 1863, p. 71.

⁷³ *Ibidem*, p. 72.

Constitution of year VIII (Articles 62⁷⁴, 63⁷⁵, 65⁷⁶ and 66⁷⁷).). Now, if it is true that in the eyes of Portalis such deviations were a necessary sacrifice and above all temporary, since the special tribunals were intended to remain in force not more than two years after the proclamation of general peace⁷⁸, it is also true that the justification he used left some perplexity, if only we remember that he was a man who miraculously escaped the gallows and after the fall of Robespierre did not fail to report the renunciation of fundamental rights made during the Revolution⁷⁹. «La marche et la lenteur de ces formes demandent un espace de temps qui serait perdu pour l'exemple, pour la preuve, pour la société...»⁸⁰, he said. And again: «la lenteur qu'entraînerait» the appeal

⁷⁴ Art. 62. «En matière de délits emportant peine afflictive ou infamante, un premier jury admet ou rejette l'accusation: si elle est admise, un second jury reconnaît le fait; et les juges formant un tribunal criminel, appliquent la peine. Leur jugement est sans appel»: *Constitution française de l'an VIII, suivie des Sénatus-consultes organiques et de l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire*, Paris, 1815).

⁷⁵ Art. 63 «La fonction d'accusateur public près un tribunal criminel est remplie par le commissaire du Gouvernement».

⁷⁶ Art. 65 «Il y a, pour toute la République, un tribunal de cassation, qui prononce sur les demandes en cassation contre les jugements en dernier ressort rendus par les tribunaux; sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime ou de sureté publique; sur les prises à partie contre un tribunal entier» (*ibid.*).

⁷⁷ Art. 66. «Le tribunal de cassation ne connaît point du fond des affaires; mais il casse les jugements rendus sur des procédures dans lesquelles les formes ont été violées; et il renvoie le fond du procès au tribunal qui doit en connaître» (*ibid.*).

⁷⁸ Art. 31 of the draft established that «le tribunal spécial demeurera révoqué de plein droit deux ans après la paix générale» (*Archives parlementaires* [nt. 72], p. 71).

⁷⁹ On the 'legislazione speciale' of the Revolution see Martucci's description, *Logiche della transizione penale*, cit. [nt. 6], pp. 224-240.

⁸⁰ 17 nivôse an IX, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 73. In the famous and celebrated *Discours Préliminaire* to the draft of the Civil Code Portalis lashed out against what he had defined as *l'esprit révolutionnaire*, trying to clarify what he substantiated: «Nous appelons *esprit révolutionnaire*, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'état» (Portalis, *Discours préliminaire*, cit. [nt. 54], p. 465). On the figure of Constant, M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna 1988; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle Rivoluzioni*, Roma, Bari 2000, pp. 224-242.

to the Supreme Court «compromettrait l'ordre public, en diminuant l'effet de l'exemple»⁸¹. Words that frankly we would expect more from an *ex-terrorist* like Merlin. However, this bill was strongly attacked in the Tribunate by a handful of intellectuals, among which Benjamin Constant⁸². They denounced not only the fundamental opposition of the Constitutional law, the dangerous vagueness of the provision of the law (with good reason, since it was almost totally taken from the discipline of *juridictions prévôtales* of the *ancien régime* enacted between 1670 and 1731⁸³), the frightening abuse granted to the judge⁸⁴ and the simultaneous

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² On the actions of the Tribunes close to Constant, with the intention of opposing the authoritarian Napoleon current, see S. Moravia, *Il tramonto dell'illuminismo*, Roma, Bari 1986, pp. 480-484.

⁸³ B. Constant, 5 pluviôse, in *Archives Parlementaires* [nt. 72], p. 179 : «Il soumet aux tribunaux spéciaux [...] des délits de toute nature. Il désigne, de la manière la plus arbitraire, les menaces, excès et voies de fait contre les acquéreurs de biens nationaux, les machinations pratiquées hors l'armée par des individus non militaires, les rassemblement séditieux [...] les expressions dont le projet de loi se sert pour les indiquer ne sont ni précises, ni à l'abri d'une foule d'interprétations et d'extensions dangereuses» (see also his comments on p. 182). The *juridictions prévôtales* were established to stop vagrancy, robbery or assault on stagecoaches and sedition. To compare the laws approved in 1670 and 1731 and those approved in the Laws of the year IX, cfr. Esmein, *Histoire* [nt. 71], pp. 471-473. The law, in fact, was not only taken from the model of the *ancien régime*: if we analyze the provisions governing the composition of the judicial organ, we note how he had drawn from his revolutionary experience. Three professional judges, three soldiers with at least the rank of captain and two citizens were called to join. The three soldiers and two citizens were appointed by the executive, by the First Consul in person (art. 2), similar to what took place during the Reign of Terror regarding the revolutionary tribunals. At closer inspection, the prohibition of recourse to the Supreme Court was a legacy of the just mentioned tribunals. See Royer, *Histoire de la justice* [nt. 59], p. 373 e segg.; Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* cit. [nt. 36], pp. 422-423; CAVANNA, *Storia* [nt. 27], p. 494 e segg.

⁸⁴ «[...] nous voyons tous les jours des juges ordinaires manquer aux formes par erreur, par oubli: les membres du tribunal spécial auront-ils un privilège surnaturel? Seront ils plus que d'autres exempts d'erreurs, d'oubli, de passions? Si, après le jugement, il n'y a pas appel pour vices de formes, pour fausse application de la loi, ce ne sont plus de juges que vous instituez; *ce sont des hommes auxquels vous donnez la disposition illimitée de la vie des citoyens*» (Constant, 5 pluviôse, *Archives Parlementaires* [nt. 72], p. 184, my italics).

dissolution of any real defense of the accused caused by the denial of appeal to the Supreme Court⁸⁵, while also fearing the continuation *ad infinitum* of the special tribunals. Essentially, they made a draft law, «qui, dirigé contre quelques brigands, menacerait tous les citoyens»⁸⁶.

⁸⁵ «Le tribunal peut, par exemple, juger en secret, tandis que la loi qui l'institue veut que ses jugements soient rendus en public; il peut juger au nombre de cinq, tandis que la loi exige six juges; il peut juger sans confronter les témoins, sans entendre le prévenu ou ses défenseurs: où est le recours contre ces vices de formes? L'on nous répond que la publicité nous garantit l'observance des formalités prescrites; mais puisqu'il n'y a point de recours, je ne vois rien qui nous garantisse cette garantie, la publicité» (*ibidem*).

⁸⁶ *Ivi*, p. 188. Two days later Daunou attacked the draft law: «Citoyens tribuns, tout peut se réduire dans cette discussion à un seul fait et à sa conséquence immédiate. Le fait, c'est que le projet qui vous occupe est inconstitutionnel; la conséquence, c'est qu'aucune considération ne peut vous déterminer à l'adopter. J'exposerai d'abord les preuves du fait, et j'établirai ensuite l'indéclinable nécessité de la conséquence. En matière de délits emportant peine afflictive ou infamante, un premier jury admet ou rejette l'accusation; si elle est admise, un second jury reconnaît le fait; s'il est reconnu, des juges appliquent la peine; leur jugement est sans appel, mais il est soumis au recours en cassation: voilà l'ordre constitutionnel. Pour un très grand nombre de délits emportant peine afflictive ou infamante, il n'y aura ni jury d'accusation ni jury de jugement; un tribunal de six ou huit juges cumulera les trois fonctions d'admettre l'accusation, de reconnaître le délit, d'appliquer la peine; et pourvu que la compétence de ce tribunal soit vérifiée, ses jugements sans appel seront aussi sans recours en cassation, ni pour violation des formes, ni pour fausse application de la loi: voilà le projet. La contradiction se montre d'elle-même; elle est dans l'ensemble et dans les détails; le projet nie textuellement tout ce que la Constitution affirme; et tout ce qu'elle repousse, il l'établit» (Daunou, 7 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 222). The day after it was up to Chénier to highlight the illiberal aspects of the draft. Firstly, he observes how the accused are «enlevés à leurs juges naturels, privés des formes ordinaires, des formes protectrices déterminées par le Code pénal» (Chénier, 8 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 238). Secondly he highlights how the appointment of judges by the First Consul transformed the organ into a «véritable commission sous la main du Gouvernement» (*ibidem*). Finally, he denounces the huge power granted to the judge by reason of the non-peremptoriness of the incriminating case in point: «[...] leurs attributions sont immenses. Ils prononcent d'abord exclusivement sur une foule de délits publics dont plusieurs, comme on l'a suffisamment développé, ne sont nullement définis dans le projet de loi» (*ivi*, p. 239). The epilogue of Chénier is not unlike that of Constant or Daunou: «Il est surabondamment démontré que le projet de loi, s'il est adopté par le Corps législatif, renverse les institutions les plus sages; qu'il détruit les formes les plus salutaires; qu'il affaiblit l'influence utile du tribunal de cassation; qu'il corrompt la législation criminelle; qu'il anéantit la garantie de l'accusé;

Obviously, Bonaparte did not like the opposition. He had a violent article published in the *Journal de Paris*: «ils sont douze ou quinze, et se croient un parti. [...] Déraisonneurs intarissables, ils se disent orateurs. Ils débitent depuis cinq ou six jours de grands discours qu'ils croient perfides, et qui ne sont que ridicules misérables métaphysiciens... »⁸⁷. It was an action that was crucial to the passing of the law by the Tribunat, although with a close margin of votes (49 to 41)⁸⁸, and by the legislative body⁸⁹. In any case, at the end of 1801 Napoleon spread the news. In only one semester more than seven hundred trials were held: «de grands coupables ont été saisis, les témoins ont cessé d'être muets»⁹⁰. Why the importance of this success? The answer is obvious. The extension that was renewed several times, reached the point of becoming law in the new code. But there is more. During the preparatory work for the code of criminal justice, in the new version of the draft of the Code of Criminal Procedure the *Cours spéciales* appeared, courts that the legislature controlled, closely following the 1801 law. This is the focal point of our discussion: *the exception was embedded in the body of the code*. But how was it possible to make permanent that which the character of the exceptionality should have introduced? The justification is twofold. In the first place it is evident that the problem of banditry was being resolved thanks to this law, and secondly it was desired to convince people that these provisions were addressed in reality *to non-citizens, to enemies*:

«Dans le sixième titre qui établit l'exception, la loi s'occupe plus essentiellement de la société considérée en masse, en poursuivant par des

qu'il attaque la liberté civile; qu'il viole ouvertement le pacte social; que sous quelque point de vue que l'on envisage, d'après la théorie des philosophes législateurs, d'après l'exemple de toutes les nations libres, d'après le texte formel de notre Constitution, en principes généraux, en droit positif, il est absolument inadmissible» (*ivi*, p. 240). Three days later even Ginguené will use the same discursive strategy (*ivi*, pp. 247-255).

⁸⁷ *Journal de Paris*, 15 pluviôse an IX, examined by the author in the work of M.A.H. Taillandier, *Documents biographiques sur P.C.F. Daunou*, Paris 1847, p. 197 n. 2.

⁸⁸ Tribunat, 16 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 302.

⁸⁹ Corps législatif, 18 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 339.

⁹⁰ *Exposé de la situation de la République*, 1^{er} frimaire an X (22 novembre 1801), in *Correspondance de Napoléon I^{er}*, publiée par ordre de l'Empereur Napoléon III, Paris 1861, VII, p. 327.

moyens plus répressifs, soit certains crimes, quels qu'en soient les auteurs parce que ces crimes troublent et désorganisent l'ordre social, soit certaines classes d'individus quels que soient leurs crimes parce que les accusés sont en guerre ouverte avec la société et devraient être traités par elle *moins comme des criminels que comme des ennemis armés pour sa destruction*»⁹¹.

As can be seen, a logic not so different from the one used by those who had justified the existence of the revolutionary tribunals and even before the passing of the legislation which was aimed at pursuing the anti-revolutionaries⁹²: from 'enemies of the Republic' to 'enemies of the

⁹¹ *Du titre VI du livre II du code d'instruction criminelle, fait par M. Réal, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatifs du 5 décembre 1808*, in Locré, *Législation civile et criminelle*, cit. [nt. 39], 14 (ed. Bruxelles 1836), p. 304. Also Réal, to the same extent of post Thermidorian jurists such as Target, denounces the ingenuity of the revolutionary legislator, author of the *code pénal* of 1791: «A cette grande et heureuse époque, l'assemblée nationale réunissait à beaucoup d'enthousiasme un peu de cette inexpérience qui caractérise aussi bien la jeunesse des assemblées politiques que la jeunesse de l'homme. A cette époque brillante où toutes les idées philanthropiques étaient exaltées, le législateur, plongé dans le centre de l'exaltation, dans le moment même où, murissant les éléments du code criminel, il s'occupait des moyens de comprimer les passions de l'homme, supposa que les hommes étaient ce qu'ils devraient être, et dans son *code philanthropique, oubliant les hommes tels qu'ils sont*, ce législateur fut bien éloigné de s'occuper de l'homme dépravé, plus méchant encore, du vagabond et du bandit. Chose étrange!» (ivi, p. 306, my italics).

⁹² See the persuasive suggestions of P. Gueniffey, *La politique de la Terreur. Essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794*, Paris 2000, in particular chapter VII, significantly entitled *Le contrat social à l'épreuve de l'exception*, pp. 163-196. In terms of legislation aimed at persecuting enemies of the *Révolution* see Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], pp. 224-240. See also the important volume of the *Quaderni fiorentini* in which this phenomenon is extensively discussed («Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009). *I diritti dei nemici*, I e II): we only report the contributions of P. Costa, *I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in particolare for our purpose, I, pp. 14-18.; R. Martucci, *Les nazionae, lato oscuro dell'Ottantanove. La Rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)*, p. 321 e segg.; G. Cazzetta, *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, pp. 435-437 e pp. 454-464. This discursive strategy inevitably leads to question ourselves about the new dispositions on the emergence of international terrorism by a part of European and American criminalistics, which approves the logic of citizen / enemy controposition: see the important observations of G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da*

State/Napoleon'.⁹³ There is still more: in the same report, the *rapporteur* made no secret of a fact, namely, that since 1801 he had thought of putting permanent special courts inside the ordinance. The smokescreen to which we referred to earlier is therefore dispersed...⁹⁴.

evitare, una realtà da non rimuovere, in Delitto politico e diritto penale del nemico, ed. A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna 2007, pp. 179-197; M. Donini - M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano 2007; C. de Maglie - S. Seminara, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova 2007; L. Eusebi, *Dinnanzi all'«altro» che ci è problema: l'«incostituzionalità» di ogni configurazione dell'«altro» come nemico*, «Archivio giuridico Filippo Serafini», CCXXIX, (2009/4), pp. 433-454.

⁹³ The Ginguené tribune, in our eyes, was particularly insightful seven years earlier. It reads: «Si j'en crois les discours de quelques-uns des défenseurs du projet de loi, le mal, dont personne assurément n'est tenté de nier la gravité, ne peut être guéri que par les remèdes les plus violents, les plus extrêmes, que par une dérogations aux principes, et , s'il le faut même, à la Constitution. Je respecte assurément les intentions de ces orateurs; mais ils ne savent pas ou ils ne se rappellent plus où conduisent de pareilles maximes. Ils seraient bien étonnés eux-mêmes de la ressemblance de ces assertions avec celles qui eurent cours à une époque dont ils sont loin d'être partisans, avec celles mêmes des chefs les plus effrénés de la démagogie de 1793» (Ginguené, 11 pluviôse an IX, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 254, our italics).

⁹⁴ «Il a été bientôt reconnu que la loi devait être permanente et universelle. La même expérience qui avait prononcé sur la nécessité de son existence, avait aussi prononcé sur la nécessité de sa permanence et de son universalité; et les célèbres ordonnances, les ordonnances vraiment populaires et nationales d'Orléans, de Moulins et de Blois, avaient décrété cette institution spéciale pour tous les temps, pour tous les lieux. Les commissaires qui rédigèrent l'ordonnance de 1670 avaient eu le bon esprit de placer l'exception à coté de la règle commune et ce n'est que pendant la révolution qu'obligés de traduire chaque jour tous les actes d'administration en autant de lois, les législateurs, métamorphosés en gouvernants, donnèrent à presque toutes leurs lois ce caractère local et passager qui ne peut convenir qu'aux actes d'administration; et douze années d'abus avaient dépravé l'opinion à ce point qu'au moment même où l'on revenait aux principes, un gouvernement instruit et fort, mais modéré et prudent, et qui ne voulait rien obtenir que de l'expérience et de la conviction, fut obligé de transiger avec cette opinion, et la loi du 18 pluviôse an IX reçut, non dans son universalité, puisque le gouvernement pouvait l'appliquer à tous les départements, mais dans sa durée, une limitation puisqu'elle devait cesser d'exister deux ans après la paix. Mais s'il était de la sagesse d'un gouvernement réparateur de n'arriver à la permanence de l'institution qu'après avoir passé par l'épreuve de l'établissement momentané, ce gouvernement devrait être accusé d'imprévoyance et de cruauté, si aujourd'hui, foulant aux pieds les leçons de l'expérience des siècles passés, l'expérience plus récente de nos derniers malheurs, l'expérience incontestée de l'efficacité

However, it should be noted that with respect to the law of Pluviôse year IX there is a difference, namely that sedition or treason could no longer be found among punishable conducts. It is not easy to explain this choice. It can be assumed that the legislature considered the penal code to be sufficient, since the *royalistes* and Jacobins had been annihilated. This answer is only partially satisfactory. We are convinced that Napoleon continued to pursue the subversives with the same subtle and quiet instrument he had already used, and is what we improperly call ‘administrative detention’, since it is something even more and worse. Thus, we come to the third level of repression.

3.3. *The return of the Bastille.*

‘Administrative detention’ is a practice used by the police against persons deemed potentially harmful to national security, a police system called to respond only to the Minister of Police⁹⁵. In the spring of 1810, Napoleon decided to ‘legalize’ this practice with a decree. However, it is not believed that he did it for precautionary measures, but primarily to entrust the management of dangerous individuals to the judiciary power. The purpose of the autocrat was rather to subtract this power of imprisonment from the hands of the Police Minister and reserve it for

du remède, il indiquait, en ne présentant qu’une institution passagère, une époque de malheurs et de désolation où la sécurité publique serait encore une fois livrée à la merci de tous les brigands. Une institution provisoire sur cette matière, et dans les circonstances où nous nous trouvons, ne pourrait qu’encourager les méchants, et condamnerait le gouvernement à des demandes en prorogation de délai qui accuseraient sa marche de faiblesse et sa législation d’instabilité [...]. *Puisque l’institution doit être permanente et universelle, elle doit faire partie du code général; elle doit, comme, exception, se trouver à coté de la règle, parce que, ici, l’exception est permanente et durable comme la règle elle-même*: Du titre VI du livre II du code d’instruction criminelle, fait par M. Réal, conseiller d’état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatifs du 5 décembre 1808, in Loqué, *Législation civile et criminelle* cit. [nt. 39], 14 (ed. Bruxelles 1836), pp. 308-309.

⁹⁵ On these «nouvelles bastilles», as they were appropriately defined by Schnapper, see Schnapper, *Les systèmes repressifs* cit. [nt. 71], p. 32; J.-G. Petit, *Ces peines obscures; la prison pénale en France, 1780-1875*, Paris 1990, pp. 128-129; Da Passano, *Emendare o intimidire* cit. [nt. 71], pp. 96- 98; J. C. Vimont, *La prison politique en France, Genèse d’un mode d’incarcération spécifique XVIII e-XXe siècles*, Paris 1993, pp. 69-82. Cfr. P. Hicks, *The napoleonic ‘police’ or ‘security state in context*, «Napoleonica. La revue», 4 (2009), pp. 3-19.

himself, through the establishment of a private council. What Napoleon said during the discussion of this decree is very strange. He relied on the principle of the natural judge - «il n’y a plus de garantie pour tous les citoyens s’il est possible qu’un simple mandat du ministre les distraie de leurs juges naturels»⁹⁶ - and with nonchalance declared that «les prisons de haute police ne sont que des prisons d’exception et il n’appartient qu’au souverain de décider si les circonstances obligent de s’écarter des règles communes»⁹⁷. (Therefore, from the *arbitrium* of the Minister to the *Empereur*.) Of course, Napoleon was also influenced by the desire to instrumentally regulate this powerful tool⁹⁸. The decree, which showed in sequence the recipients of administrative detention, stated that the detention should not exceed a period of one year. The reality, as documented by the research of French historians, was very different: some were forgotten in State prisons scattered throughout the Empire⁹⁹. One of them was located in Italy, in the Emilian Apennines in Compiano¹⁰⁰. We should note that this was not preventative detention, nor one of the police measures governed by articles 44-55 of the Penal Code¹⁰¹.

⁹⁶ Napoleon in Council of State, 16 November 1809, in J. Bourdon, *Napoléon au Conseil d’Etat, Notes et procès-verbaux inédits de Jean Guillaume Loché, Secrétaire général du Conseil d’Etat*, Paris 1963, p. 104.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ It is interesting to read what Cambacérès wrote regarding his *Mémoires*: «L’Empereur, éclairé par l’expérience, savait que la sureté de l’Etat commande de séquestrer de la société un certain nombre de sujets, qu’il n’est pas convenable de faire traduire devant les tribunaux, et qu’il serait dangereux de mettre en liberté. Après avoir longtemps réfléchi sur les moyens d’organiser une institution analogue à ce besoin, il chargea une Commission du Conseil d’Etat de rédiger, sous ma présidence, un projet de décret, dont il fournit lui-même les principales bases»: J.J. R. de Cambacérès, *Mémoires inédits*, Présentation et notes de Laurence Chatel de Brancion, 2, Paris 1999, pp. 329-330. It is important to note that Napoleon would have assigned inspectorial functions to five members of the Council of State: v. R. Ferrante, *Tra diritto commerciale e diritto penale: Luigi Emanuele Corvetto codificatore*, in *Luigi Emanuele Corvetto (1756-1821) tra finanza, diritto e politica, Atti del Convegno, Genova, 11-12 maggio 2007*, ed. P. Massa Piergiovanni, Genova 2007, pp. 212-214.

⁹⁹ Vimont, *La prison politique en France* [nt. 95], p. 98 e segg.

¹⁰⁰ Da Passano, *Emendare o intimidire* [nt. 71], p. 98

¹⁰¹ We have quoted the most significant regulations. Art. 44: «L’effet du renvoi sous la

The opening words of the decree in its dry bureaucratic language are shocking:

« [...] il est un certain nombre de nos sujets détenus dans les prisons de l'Etat; sans qu'ils soit convenable ni de les faire traduire devant les tribunaux, ni de les faire mettre en liberté»¹⁰². Neither judgment nor release. One might regret the *ad amplius cognoscendum* wording of the courts of the ancien régime ...

Here are the four categories that the reason of State, always *salus rei publicae*, looming like a sword of Damocles over the imperial subjects, forced to keep segregated. In the first place, it regarded those who

surveillance de la haute police de l'état, sera de donner au gouvernement, ainsi qu'à la partie intéressée, le droit d'exiger, soit de l'individu placé dans cet état, après qu'il aura subi sa peine, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur, s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite, jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou le jugement: toute personne pourra être admise à fournir cette caution. Faute de fournir ce cautionnement, le condamné demeure à la disposition du gouvernement, qui a le droit d'ordonner, soit l'éloignement de l'individu d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départements de l'empire».

Art. 45: «En cas de désobéissance à cet ordre, le gouvernement aura le droit de faire arrêter et détenir le condamné, durant un intervalle de temps qui pourra s'étendre jusqu'à l'expiration du temps fixé pour l'état de la surveillance spéciale».

Art. 46: «Lorsque la personne mise sous la surveillance spéciale du gouvernement, et ayant obtenu sa liberté sous caution, aura été condamnée par un arrêt ou jugement devenu irrévocable, pour un ou plusieurs crimes, ou pour un ou plusieurs délits commis dans l'intervalle déterminé par l'acte de cautionnement, les cautions seront contraintes, même par corps, au paiement des sommes portées dans cet acte. Les sommes recouvrées seront affectées de préférence aux restitutions, aux dommages et intérêts, et frais adjugés aux parties lésées par ces crimes ou ces délits».

Art. 47: «Les coupables condamnés aux travaux forcés à temps et à la réclusion, seront de plein droit, après qu'ils auront subi leur peine, et pendant toute la vie, sous la surveillance de la haute police de l'état».

Art. 48: «Les coupables condamnés au bannissement, seront de plein droit, sous la même surveillance pendant un temps égal à la durée de la peine qu'ils auront subie».

Art. 49: «Devront être renvoyés sous la même surveillance, ceux qui auront été condamnés pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'état».

¹⁰² *Décret concernant les prisons d'Etat*, 3 mars 1810, in J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'Etat*, XVII, Paris 1836, p. 53.

attacked the security of the State, and secondly the demagogues captured during the Civil War. The same rule applied to the first and the second categories: for reasons of interest it was advised not to subject them to judgment. The third category was identified in thieves and hardened criminals «que nos cours n'ont pu condamner, *quoiqu'elles eussent la certitude de leur culpabilité*, et dont elles ont reconnu que l'élargissement serait contraire à l'intérêt et à la sûreté de la société»¹⁰³. Finally «les hommes dangereux [...] appartenant aux différents pays réunis qui ne peuvent être mis en jugement, parce que leurs délits sont ou politiques ou antérieurs à la réunion, et qu'ils ne pourraient être mis en liberté sans compromettre les intérêts de l'Etat»¹⁰⁴. It is clear that many of those imprisoned would never encounter a judge. Others, instead, had a fair trial and were even acquitted; others still never received a sentence. Fearful of having to acquit them, the judges suspended the trial.

However, there was hope for these prisoners to leave prison one day. Everything depended on the annual meeting of the Private Council that could declare that the reason of State had failed¹⁰⁵.

Napoleon himself revealed two years later how many *prisonniers d'Etat* there were. «Sur environ 700 personnes arrêtées par mesure de haute police, il n'y en a réellement qu'à peu près 60 qui soient de véritables prisonniers d'Etat; le reste se compose de bandits que *l'imperfection des lois criminelles a forcé les cours d'acquitter*, que ces cours elles-mêmes regardent comme très dangereux»¹⁰⁶. This statement from the *Empereur* confirms our initial assumption, namely, that the 'administrative detention' went far beyond its primary objective and was used only to persecute the subversives. It appears to us, in fact, to be a tool to secure penal repression. Thus, the circle is closed¹⁰⁷.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵ Artt. 1 e 2, *ibid*. Art 5: «Une colonne d'observations contiendra l'analyse des motifs pour faire cesser ou prolonger la détention de chaque prisonnier» (*ivi*, p. 54).

¹⁰⁶ Napoléon in Council of State, 3 April 1812, in Bourdon, *Napoléon au Conseil d'Etat, Notes et procès-verbaux inédits* [nt. 96], p. 106.

¹⁰⁷ To complete the picture, it is important to consider the analysis of the historian Jean Tulard, certainly not in a negative light towards Napoleon when writing about how the

Emperor tolerated the use of torture during police interrogations: «la torture était de pratique courante, bien qu'interdite, dans la police impériale. Nodier en parle longuement dans ses *Souvenirs* et donne le nom du principal tortionnaire de la préfecture, Bertrand. Lors du procès de Cadoudal, un chouan, Picot, montra, dans un geste qui fit impression sur l'auditoire, ses mains mutilées par le redoutable interrogateur» (J. Tulard, *Napoléon et les droits de l'homme*, «Revue des sciences morales et politiques», 144, 2, (1989), p. 269). It is certain that after the 1830s the picture just shown would change a great deal. The special courts were abolished, and the most terrifying aspects of the code of 1810 were to be eliminated with the famous reform of 1832: see A. Chauveau, *Code pénal progressif. Commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris 1832, *passim*; G. Sicard, *Doctrine pénale et débats parlementaires: la réformation du Code pénal en 1831-1832*, «Revue d'histoire des facultés de droits», 14 (1993), pp. 137-165; and above all, the research study of P. Vielfaure, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet, entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix Marseille, 2001, in particular p. 335 e segg.; see also the recent essay already cited by Colao (*Il "dolente regno delle pene"* [nt. 66], pp. 133-135). And yet the most radical utilitarian approach was destined to lose strength, if we think of Pellegrino Rossi's famous eclectic conception. And it is with Pellegrino Rossi that we want to conclude the discourse, quoting some reflections from his famous Treaty of penal law in the 1829 edition, prior to the reform and the political events of the '30s. The diagnosis made by him on the content of the code of 1810, on the philosophy that pervades it and on the penal law system as a whole, is extremely interesting and revealing, along with the disjunction between *code civil* and *code pénal* that has survived until today: «la France a une législation pénale qui est, sans doute, plus rationnelle et plus humaine que celle qui existait avant la révolution. Cependant un code, œuvre précipité d'un pouvoir qui rétablissait la confiscation et rouvrait des bastilles, devait être, comme il est en effet, fort au dessous de la civilisation française [...]. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du code entier par la lecture de l'art 1^{er} [...]. Les cours prévôtales n'iront plus, nous le croyons, effrayer la France de leurs terribles exploits. [...] Le Code pénal (il en est autrement du Code civil) n'est pas le Code de la France; c'était le Code de Napoléon. Il est l'expression de l'individualité impériale»: P. Rossi, *Traité de droit pénal*, ed. Bruxelles 1829, pp. 32-33, p. 46, p. 60, our italics. And what is more important, Rossi identifies the relationship that is needed to incorporate the code into a certain type of constitution and government: «la justice pénale sous un gouvernement absolu, lorsqu'elle est aussi bonne qu'il est possible, y est toujours de deux couleurs: équitable pour les délits privés, exagérée pour les délits publics, et toujours appliquée à l'aide d'une procédure sans garanties [...]. La liaison du système pénal avec le système politique est si intime, qu'on pourrait presque douter de la bonne foi de ceux qui osent encore affirmer que l'établissement d'une bonne législation, surtout criminelle, soit chose possible sous un pouvoir absolu»: Rossi, *Traité* cit. *supra*, *Introduction*, chap. III, p. 64 ; *livre IV*, chap. II, p. 509. On the figure of Pellegrino Rossi see

M. Sbriccoli, *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in *Des libertés et des peines. Actes du colloque Pellegrino Rossi*, Genève, 1980, pp. 179-194; Id., *Il diritto come mediazione. Note sul pensiero giuridico-politico di Pellegrino Rossi*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata», 1982, III, pp. 1625-1644; v. *Un liberale europeo. Pellegrino Rossi (1787-1848): atti della giornata di studio, Macerata, 20 novembre 1998*, ed. L. Lacchè, Milano 2001; see also A. Dufour, *Pellegrino Rossi*, in *Dictionnaire historique des juristes français* [nt. 37], pp. 678-679; on the political and constitutional context and the role of Rossi see L. Lacchè, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio del 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna 2002.