

# La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique

Patrick Ferot

## ► To cite this version:

Patrick Ferot. La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique. Sciences de l'Homme et Société. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2007. Français. <tel-00429540>

**HAL Id: tel-00429540**

**<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00429540>**

Submitted on 3 Nov 2009

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LA PRESOMPTION D'INNOCENCE :**  
**ESSAI D'INTERPRETATION HISTORIQUE**

## SOMMAIRE

### **PARTIE 1. LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : UN CONCEPT PROCEDURAL RECENT**

#### **TITRE 1. L'ORDONNANCE CRIMINELLE DE 1670 : L'IMPOSSIBLE PRESOMPTION D'INNOCENCE**

##### **Chapitre 1. L'Ordonnance exclut le concept**

Section 1. La procédure d'instruction annihile le concept

Section 2. La procédure de jugement interdit le concept

##### **Chapitre 2. Critique de l'Ordonnance : émergence du concept**

Section 1. Une justice criminelle remise en cause

Section 2. Un milieu judiciaire qui évoque des idées nouvelles

#### **TITRE 2. LA REVOLUTION : L'AFFIRMATION CONCEPTUELLE DE LA PRESOMPTION D'INNOCENCE**

##### **Chapitre 1. Du concept procédural au principe procédural : une approche confuse**

Section 1. Le peuple de France aspire à une autre justice criminelle

Section 2. Difficile élaboration du principe : les projets de déclaration

##### **Chapitre 2. Une consécration imparfaite**

Section 1. Le rapport de Nicolas BERGASSE

Section 2. Le vote de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

### **PARTIE 2. LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : UN PRINCIPE PROCEDURAL IGNORE**

#### **TITRE 1. UNE PRISE DE CONSCIENCE DIFFICILE**

##### **Chapitre 1. Un principe difficilement admis**

Section 1. Un principe compromis

Section 2. Le jury, l'intime conviction et la présomption d'innocence

**Chapitre 2. Un silence généralisé sur ce principe**

Section 1. Un principe passé sous silence

Section 2. Un principe décrit mais non exposé explicitement

**TITRE 2. UNE PRISE DE CONSCIENCE TARDIVE**

**Chapitre 1. Un principe procédural exposé récemment**

Section 1. Les premières évocations du principe

Section 2. Un principe qui ne se concrétise pas

**Chapitre 2. Un principe procédural reconnu mais fragile**

Section 1. Une consécration récente

Section 2. La présomption d'innocence : Un colosse au pied d'argile

## **INTRODUCTION GENERALE**

La poursuite d'une infraction pénale implique, outre la collation d'éléments matériels qui en corroborent l'existence, la formalisation de règles de conduite que le juge suivra pour parvenir à la vérité judiciaire. Il s'agit, sur ce point, d'organiser un cadre réflexif permettant de découvrir, non seulement l'auteur du fait incriminé, mais aussi de démontrer, sans aucune erreur possible, qu'il a bien participé à la commission de l'infraction <sup>(1)</sup>. La présomption d'honnêteté dont ce dernier bénéficiait disparaît parce que celui qui a éventuellement enfreint la loi s'exclut de la société, et ce, pour avoir transgressé la norme juridique acceptée par tous. Seul un jugement lui permettra de retrouver une place en son sein <sup>(2)</sup>. Dans ces conditions, le statut d'innocent reconnu à tout citoyen, et qui prévaut avant l'engagement de poursuites pénales, se trouve remis en cause. Ce dernier subit alors l'emprise d'une suspicion qui accuse, c'est-à-dire, qui modifie sa situation personnelle et juridique.

Aussi, pour éviter que l'accusation ne se mue en une culpabilité supposée, et ne conditionne négativement la procédure d'instruction, puis le procès, dont l'objet consiste à transformer une situation de fait en une réalité juridique non contestable <sup>(3)</sup>, c'est-à-dire à rechercher l'ensemble des éléments, de quelque nature qu'ils soient, permettant d'établir, de façon définitive la vérité

---

<sup>1</sup> Faustin HELIE souligne que *"Tous les efforts et toute la science du juge tendent donc à constater les probabilités qui sont la base nécessaire de toute poursuite, et à préparer la certitude qui est la base nécessaire de tout jugement"*. De la preuve en matière criminelle, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, p. 396.

<sup>2</sup> Henri LEVY-BRUHL note que *"le procès est destiné à aboutir à un jugement par lequel il est mis fin à une contestation où les plaideurs ne sont pas les seuls intéressés : elle touche aussi, peu ou prou, la collectivité ; elle jette le trouble dans le groupe social parce que le droit d'un ou plusieurs de ses membres se trouve mis en doute"*, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, 1964, p.24

<sup>3</sup> Plus précisément, *" le but du procès pénal est de transformer les soupçons et les charges qui ont servi de fondement à la poursuite en une certitude suffisante pour prononcer la condamnation"* (MERLE Roger, VITU André), *Traité de Droit Criminel, Procédure Pénale*, 5<sup>ème</sup> éd, Paris, 2001, p. 182, Michèle Laure RASSAT estime, quant à elle, que *"l'objectif poursuivi par la procédure pénale est d'aboutir à un degré raisonnable de certitude eu égard aux faits et à la personne qu'on juge, ce qui passe par un recueil et un examen de preuves pénales"*, *Traité de Procédure Pénale*, Paris, P.U.F, 2001, p. 297.

judiciaire (<sup>4</sup>), il est possible de prédéterminer le regard procédural qui sera porté sur l'accusé dès le début de l'enquête. Cette démarche entend assurer un équilibre entre les intérêts de la personne soupçonnée, et ceux de la partie poursuivante, qu'il s'agisse du ministère public en charge de l'action publique ou de la victime qui prend l'initiative de déposer plainte en se constituant partie civile. Le demandeur ne doit pas être avantagé par rapport à celui qui est soupçonné. Plus précisément, il convient de ne pas enfermer ce dernier dans une situation juridique marquée, dès le début, par l'existence d'un a priori défavorable.

Aussi est-il possible de considérer que la culpabilité du citoyen ne soit pas immédiatement supposée. Cela signifie que durant le temps procédural de l'enquête, de l'instruction et du procès celui-ci conservera, non seulement le statut juridique qui était le sien, antérieurement aux poursuites engagées, c'est-à-dire une innocence effective, mais qu'au surplus il ne sera pas obligé d'être un sujet actif dans la démonstration de sa non culpabilité. Plus exactement, il sera présumé innocent dès le début de l'enquête et jusqu'au jugement qui décidera de sa culpabilité ou de son innocence. Il s'agit ici de poser un préalable qui va tenir pour vraie, l'innocence de l'accusé tant que le contraire n'aura pas été juridiquement démontré. Aussi, en l'absence de décision de justice qui aura expressément reconnu la culpabilité de celui qui est pénalement poursuivi, sa qualité de personne innocente lui restera acquise. Le postulat d'une innocence supposée (<sup>5</sup>) ou plus précisément le fait d'être

---

<sup>4</sup> Ce principe reste inscrit dans le Code de procédure pénale. En effet, l'article 81 précise que "*le juge d'instruction procède conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité*". L'article 82, rappelle quant à lui que "*Dans son réquisitoire introductif, et à toute époque de l'information par réquisitoire supplétif, le procureur de la République peut requérir du magistrat instructeur tous actes lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité*". Enfin, l'article 310 de ce code énonce, s'agissant du pouvoir dévolu au Président de la Cour d'assises, que ce dernier "*est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut [...] prendre toutes mesures qu'il croit être utile pour découvrir la vérité*".

<sup>5</sup> Pour certains auteurs la question se pose de savoir s'il faut parler de fiction ou de technique juridique. En effet "*si la notion de « fiction » est retenue, la « réception » de la présomption par les juges sera « sous-déterminée » en raison des atteintes permanentes que lui portent nécessairement l'examen des cas concrets. En revanche, si la technique juridique l'emporte, la présomption d'innocence sera « sur-déterminée » par la loi elle même puisque dans cette hypothèse ce n'est pas la probabilité de l'infraction qui constitue le critère sous-jacent de l'autorité du principe, mais*

considéré comme innocent, dès le dépôt d'une plainte, "sert en réalité à désigner celui des plaideurs qui devra faire la preuve et succombera dans le doute"<sup>(6)</sup>, ce qui a pour conséquence de reconnaître à la personne soupçonnée, puis accusée, un droit à la passivité contrairement à celui qui accuse.

Dans ces conditions, le principe de la présomption d'innocence "*repose sur une attitude de l'esprit qui, avant toute preuve, arrête un préjugé pour désigner un sujet de la preuve et déterminer celui des plaideurs qui devra fournir la preuve*"<sup>(7)</sup>. La partie poursuivante a l'obligation de rechercher, et d'exposer, l'ensemble des éléments et des indices qui confirmeront que celui qu'elle accuse a effectivement participé aux faits qui lui sont reprochés <sup>(8)</sup>. Corrélativement, elle doit également accepter que le juge, en l'absence de certitude ou parce que la valeur probante des éléments débattus devant lui ne l'a pas convaincu, ne prononce aucune condamnation. Si infime soit-il, le doute profite toujours à l'accusé <sup>(9)</sup>. La présomption d'innocence ne peut

---

*un résultat juridiquement protégé en faveur de la personne mise en examen*", SPENCER (John) DELEUZE (Barbara) VORMS (David), *La preuve : une question inclassable, Archives de politique criminelle*, 1993, pp.38-39.

<sup>6</sup> MERLE (Philippe), *Les présomptions légales en droit pénal*, 1970, p. 5.

<sup>7</sup> ANISSA-AIT OUARET (Jalade), *La présomption d'innocence et la preuve pénale*, Mémoire de D.E.A droit pénal et sciences criminelles, 2003 2004, Bordeaux IV, p.12.

<sup>8</sup> Roger MERLE et André VITU estiment qu'"il est normal que pèse sur l'auteur de l'allégation la charge de la prouver ce qu'il avance, bref, de prendre l'initiative et d'apporter les éléments propre à appuyer ses dires et à faire disparaître la situation de neutralité du défendeur. Aussi doit-on affirmer, avec certains auteurs, qu'il s'agit plutôt d'un principe général du droit procédural, en vertu duquel est organisée la stratégie du procès pénal", *Traité de Droit Criminel Procédure Pénale*, 5<sup>ème</sup> éd, Paris Cujas, 2001, n° 143, p.183.

<sup>9</sup> Ce que pose avec beaucoup d'acuité le *Traité de droit criminel* de Roger MERLE et André VITU. Ces auteurs énoncent que lorsque "*l'accusation ne peut pas établir l'existence de l'infraction en ses divers éléments et prouver la culpabilité, l'accusé ou le prévenu doit être acquitté. Ainsi le doute que l'accusation n'a pu éliminer équivaut à une preuve positive de non-culpabilité. Tel est le sens de l'adage in dubio pro reo, traduction procédurale de la présomption d'innocence*", *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Vol 2, Paris, 2001, p.181, n°143. De même, peut-on lire sous la plume d'autres auteurs aussi éminents qu'"*un individu, suspect ou poursuivi, n'a pas à prouver qu'il est innocent, et d'autre part que si la preuve de sa culpabilité, faite par le ministère public ou la partie civile est insuffisante et qu'il subsiste un doute, il doit être acquitté ou relaxé. Le doute dit-on profite à l'accusé (in dubio pro reo)*", STEPHANI (Georges), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard). *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2004, 19<sup>ème</sup> éd., p.25-26.



recouvrer d'autre définition que celle d'un principe <sup>(10)</sup>, maintenant non discuté <sup>(11)</sup>, qui organise, et dirige le procès pénal en garantissant les droits de l'accusé <sup>(12)</sup>. Notre champ d'étude se trouve donc circonscrit à l'examen de ce double mécanisme de la charge de la preuve et du bénéfice du doute qui, sur ce point ne trouve de réelle effectivité que parce que le juge se détermine en fonction de son intime conviction. La régulation des rapports antagonistes entre celui qui accuse et celui qui est accusé assure donc un avantage juridique à ce dernier <sup>(13)</sup>. Elle configure la démonstration de la culpabilité en

---

<sup>10</sup> Sur la nature juridique de la présomption d'innocence, et donc sa classification dans une catégorie juridique spécifique on peut dégager, comme le note Henri HENRION, qu'"il y a les classifications données par les dispositions consacrant la présomption d'innocence [...]. Il y a les classifications construites par la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence intègre la présomption d'innocence dans la catégorie des principes juridiques ou dans celle des libertés fondamentales, la doctrine assimile de son côté la présomption d'innocence à un principe, à un principe protecteur de l'individu, à un principe fondamental, à un principe de valeur constitutionnelle, à une maxime du procès", *la nature juridique de la présomption d'innocence*, Thèse, droit, Montpellier, 2004, p. 16-17.

<sup>11</sup> La doctrine contemporaine est unanime sur ce point, notamment, BOUZAT (Pierre) PINATEL (Jean), *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970. (CONTE Philippe, MAISTRE CHAMBON Patrick), *Procédure pénale*, Paris, Masson Armand Colin, FOURMENT (François), *Procédure pénale*, Paris, Paradigme, 2002, JACOPIN (Sylvie), *Procédure pénale*, Paris, Montchrestien, 2005, LARGUIER (Jean) CONTE (Philippe), *Procédure pénale*, Paris, Mémento Dalloz, 21<sup>e</sup> éd, 2006, (MERLE Roger, VITU André), *Traité de Droit Criminel Procédure Pénale*, 5<sup>ème</sup> éd, Paris Cujas, 2001, (PRADEL Jean), *Procédure Pénale*, Paris, Cujas, 1993, 7<sup>ème</sup> éd, (RASSAT Michèle Laure), *Traité de Procédure Pénale*, Paris, P.U.F, 2001, (SOYER Jean Claude), *Droit pénal et Procédure pénale*, Paris, L.G.D.J, 1997, 13<sup>ème</sup> éd, STEPHANI (Georges), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard). *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2004, 19<sup>ème</sup> éd.

<sup>12</sup> Robert BADINTER précise que, "*la présomption d'innocence est donc un principe qui ne saurait se réduire à une simple garantie de procédure. Elle procède du sens même de la procédure pénale : garantir que le système de répression ne frappera que les auteurs d'infractions avérées*", *La présomption d'innocence, histoire et modernité, Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 134

<sup>13</sup> Claude LOMBOIS souligne ainsi que, "*Technique, non point morale, elle donne au poursuivi le privilège procédural attaché à la position de défendeur : il faut prouver contre lui et le doute lui profite*", *La présomption d'innocence, Pouvoirs*, 1990, n°55, p.88. Néanmoins, Jean-Jacques TAISNE considère que "*l'adage in dubio pro reo est présenté par la doctrine dominante comme une conséquence de la présomption d'innocence alors qu'il en est la source : c'est parce que tout individu dont la culpabilité n'est pas évidente, bénéficie du doute sous forme d'un acquittement, et non d'un simple sursis à statuer, que l'on peut dire que son innocence est présumée*", *La présomption d'innocence mythe ou réalité*, Mémoire pour l'obtention du D.E.S de Sciences Criminelles, Université de Lille II, 1973, p. 12, n° 23.

présumant l'innocence de l'accusé. Implicitement dégagé d'une lecture de l'article 9 de *la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* qui veut que, "*tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*", la présomption d'innocence reste alors sans véritable portée procédurale, c'est-à-dire sans conséquence sur la démonstration de la vérité judiciaire.

Pour les Constituants, ce texte recouvrait un sens précis. Ce principe de la présomption d'innocence n'avait d'autre but, selon eux, que d'assurer la sûreté du citoyen face aux mesures arbitraires que la justice de l'ancien régime pouvait appliquer et à la possibilité que le Roi, source de toute justice, avait de reprendre à tout moment la délégation qu'il avait consentie aux juges, c'est-à-dire de retenir le cours de la justice pour juger personnellement de l'affaire. Il s'agissait de faire en sorte que le pouvoir judiciaire assure réellement la protection juridique de celui qui était accusé, ou plus précisément que celui-ci ne soit soumis, alors que les poursuites étaient engagées, à des mesures portant atteinte à sa liberté <sup>(14)</sup>. Il n'était nullement envisagé alors de modifier les règles posées par le droit savant depuis le Moyen-âge, et qui organisaient la preuve pénale. C'est donc sur le terrain particulier de la défense d'une liberté proclamée solennellement, que la présomption d'innocence s'installe, sans pour autant faire l'objet d'une déclinaison procédurale dans les dispositions législatives prises à l'époque révolutionnaire et lors de la rédaction des codes napoléoniens.

C'est la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 *portant réforme de la procédure pénale* qui, pour la première fois, inscrit toutefois dans le Code civil, le principe de la présomption d'innocence. Défini comme un droit inhérent à la personne

---

<sup>14</sup> "Ainsi l'accent est mis en 1789 moins sur le principe que sur la conséquence qui dans ce contexte historique paraît la plus importante : la nécessité de ne pas limiter la liberté individuelle de celui qui fait l'objet d'un procès", KIEJMAN (Georges), Les Présomptions de fait de culpabilité et la présomption légale d'innocence, l'innocence IV, Journée d'étude de l'Institut de criminologie de PARIS 28 et 29 Mai 1975, *Cahiers de l'Institut de Criminologie de Paris*, p. 15.

humaine <sup>(15)</sup>, celui-ci ne trouve sa définition procédurale qu'avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes*. Ce texte insère en effet dans le Code de Procédure Pénale, un article préliminaire <sup>(16)</sup> où sont exposés de manière intangible, les principes procéduraux qui structurent la poursuite, l'instruction puis le jugement d'une infraction. Par cette reconnaissance effective en droit interne <sup>(17)</sup>, le législateur fixe donc la conduite à tenir par le juge répressif dans sa recherche de la vérité judiciaire.

Dès lors, toute personne soupçonnée, puis accusée, se voit reconnaître, grâce à une définition précise des obligations qui pèsent sur le demandeur <sup>(18)</sup>, un statut impliquant *"la nécessité de ne pas entraver la liberté individuelle de celui qui fait l'objet de poursuites, la nécessité de faire que celui qui est accusé continue de bénéficier de toutes les prérogatives d'un citoyen qui ne serait pas accusé"* <sup>(19)</sup>. Plus précisément, il s'agit de poser ce principe que non

---

<sup>15</sup> Il s'agit de l'article 9-1 qui énonce que *"Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence"*.

<sup>16</sup> Dans son paragraphe III, il est indiqué que *"toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie"*.

<sup>17</sup> Ce principe est également reconnu en droit international. L'article 11 de la **Déclaration Universelle des Droits de l'Homme** est ainsi rédigé ; *"toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public ou toutes les garanties nécessaires à la défense lui auront été assurées"*, l'article 6 § 2 de la **Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen** signée par la France le 4 novembre 1950, ratifiée le 31 décembre 1973 puis publiée par décret le 3 mai 1974 proclame que *"toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie"*, l'article 14-2 du **Pacte International sur les Droits Civils et Politiques** précise que *"toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie"*, enfin l'article 48 § 1 de la **Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne** proclamée et signée, le 7 décembre 2000, par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, qui rappelle que *"tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement accomplie"*.

<sup>18</sup> Ainsi que le souligne Fabrice DEFFERRARD *"la présomption d'innocence [...] se présente comme une règle de fond destinée, pour l'essentiel, à tenir l'innocence pour établie et à distribuer la charge de la preuve éventuellement contraire à celui qui la conteste"*, *Le suspect dans le procès pénal*, 2005, p.40.

<sup>19</sup> KIEJMAN (Georges) Les Présomptions de fait de culpabilité et la présomption légale d'innocence, *Cahiers de l'Institut de Criminologie de Paris*. 3, 4, p. 15.

seulement il n'a pas à démontrer son innocence mais que les incertitudes ou les questionnements que le juge pourrait avoir sur sa culpabilité, interdiront toute condamnation. La présomption d'innocence s'harmonise donc avec les droits de la défense et participe de la reconnaissance d'un statut protecteur de l'accusé. Elle contraint, dans la quête des moyens de preuve, les acteurs judiciaires du procès répressif et se trouve donc au cœur de cette démarche spécifique.

Or, l'évolution historique de la preuve pénale n'est pas sans incidence sur l'émergence du principe de la présomption d'innocence <sup>(20)</sup>. Les mécanismes réflexifs qui agencent et organisent les conditions d'appréhension de la vérité judiciaire, favorisent ou interdisent toute reconnaissance de la présomption d'innocence. Son existence est consubstantielle des conditions dans lesquelles les moyens de preuve sont débattus devant le juge, tant lors de l'instruction que durant le procès. Elles lui permettront de se déterminer par rapport aux thèses opposées que les parties auront exposées. L'histoire de la procédure criminelle montre ainsi que le système probatoire induit la valeur que l'on accorde à une innocence supposée. Les développements à venir embrassent donc un champ chronologique étendu qui, sans prétendre à une exhaustivité, permettront néanmoins de tracer les contours d'une évolution doctrinale qui amenèrent progressivement à la reconnaissance de ce principe.

Ainsi à Rome, et pour s'en tenir aux lignes de faîte, faut-il relever que le système judiciaire pénal avait théorisé les modes de preuve recevables <sup>(21)</sup>

---

<sup>20</sup> Georges LEVASSEUR souligne en effet que "*le régime juridique des preuves pénales dans un pays donné et à une époque donnée, est le produit fort complexe des traditions, de l'imprégnation religieuse, du régime politique, de la situation économique, de l'état social, du niveau d'éducation, de culture et de civisme de la population, des tendances idéologiques dominantes dans la population en question*", *Le droit de la preuve en droit pénal français, La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 175.

<sup>21</sup> Le droit romain connaissait comme moyens de preuve, le témoignage, l'aveu, l'écrit, le serment et la preuve par présomption, cf sur ce point l'article de Roger HENRION, la preuve en droit romain, *La preuve en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, 1981, pp.58-76. Nous renvoyons également à l'ouvrage de Théodore MOMSEN, *Le droit pénal romain* traduit de l'allemand par J.DUQUESNE, Paris, 1907,

durant le procès pénal <sup>(22)</sup> et que le juge appréciait librement. Il se décidait, en dehors de toutes règles formelles préalablement établies, en fonction de son sentiment personnel <sup>(23)</sup> et parce qu'il avait été convaincu par la pertinence des arguments de l'une ou l'autre des parties <sup>(24)</sup>. L'intime conviction <sup>(25)</sup>, dans le droit pénal romain, constitue, de l'époque classique au Bas empire, le seul critère sur lequel se fonde le jugement <sup>(26)</sup>. Dès lors, le

---

ainsi qu'à Jean Philippe LEVY, Cicéron et la preuve judiciaire, *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, Mélanges Henri LEVY-BRUHL, 1959, pp.187-196.

<sup>22</sup> La procédure de jugement, appliqué aux citoyens romains, est dévolue dans l'ancien droit aux Comices puis, dès le II<sup>e</sup> siècle av J-C, aux Jury criminels ou *Quaestiones perpetuae*; la première quaestio sera instituée en 149 avant J.C par la *lex Calpurnia de pecuniis repetundis*. La procédure de ce jury criminel, présidé par un magistrat habilité à statuer en dernier ressort, prend la forme d'un débat entre l'accusateur, qui doit justifier de ses prétentions, et l'accusé.

<sup>23</sup> Jean Philippe LEVY précise qu'il s'agit "d'une conception non pas exactement juridique, mais plutôt humaniste de la preuve du procès et de la croyance", Cicéron et la preuve judiciaire, *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique*, Mélanges Henri LEVY-BRUHL, p. 196

<sup>24</sup> Théodore MOMMSEN indique que "la législation romaine ne s'occupe pas de la question de savoir de quelle manière le juge est parvenu à se convaincre de la culpabilité de l'accusé : tous les renseignements que nous trouvons à cet égard dans les sources juridiques ne sont pas tant des descriptions positives que des considérations rationnelles pratiques aussi évidentes en tant que principes qu'elles sont difficiles et complexes dans leur mise en œuvre. Il ne peut pas en être autrement ; car le fondement éthique du droit pénal romain laisse peu de place aux formes légales de preuves", *Le droit pénal romain*, Vol II, p. 436.

<sup>25</sup> Un rescrit d'HADRIEN adressé à VALERIUS-VERUS, repris au titre V du livre XXII du Digeste, *Des témoins*, confirmer ce principe. Il est ainsi énoncé que "*Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest. [...]. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere, sed ex sentia animi tui te aestimare portare quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris*"(On ne peut point décider précisément quelles espèces de preuve sont suffisantes, et comment chaque chose doit être prouvée [...]. Tout ce que je puis vous répondre en peu de mots, c'est que le juge ne doit pas se borner à examiner une seule espèce de preuves, mais que vous devez, suivant votre prudence, examiner de votre part ce qui mérite une entière croyance et ce qui n'est pas suffisamment prouvé), Digeste 22, 5, 3,1, traduction tirée des cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien, traduits en français par feu M. Hulot. A METZ chez BEHMER et LAMORT, Imprimeurs libraires, A PARIS chez RONDONNAU, au dépôt des lois, An XII, réimprimé en 1979 par Scienta verlag, Aalen, Allemagne, Tome 3, p. 259-260.

<sup>26</sup> Cf sur ce point l'article de Jean Philippe LEVY et plus précisément sa conclusion, Cicéron et la preuve judiciaire, *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, Mélanges Henri LEVY-BRUHL, p.195 et sqq.

principe de la présomption d'innocence n'est, il faut le souligner, nullement évoqué <sup>(27)</sup>.

La chute de l'empire romain d'occident au V<sup>ème</sup> siècle, sur les décombres duquel s'installent les peuples germaniques, eut pour conséquence de faire disparaître les principes de droit pénal et de procédure criminelle élaborée par les légistes romains. Ces derniers lui préfèrent, parce qu'elles apparaissaient par trop complexes, des règles plus simples fondées sur la régulation d'un droit à la vengeance <sup>(28)</sup>, le recours au tribunal ne s'imposant qu'en l'absence de ce mode de règlement privé des conflits. Dans ce cas, le juge saisi par une accusation formulée par le plaignant et selon des formes contraignantes <sup>(29)</sup> se décidait en fonction de preuves, de nature irrationnelle <sup>(30)</sup>, c'est-à-dire suivant des signes ou des événements extérieurs non discutables qui s'imposaient dans leurs conséquences. Il constatait simplement la défaite de l'une des parties. Dans ces conditions, l'accusé, chargé d'un a priori

---

<sup>27</sup> Nous renvoyons, pour plus de précisions, à l'article d'Elodie BAUZON, la présomption d'innocence et la charge de la preuve en droit romain, *La présomption d'innocence. Essai de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, Vol 4, 2003.2004, pp. 25-32.

<sup>28</sup> Appelé wergeld, "La composition remplace la vengeance : elle constitue donc le prix de la renonciation à la vengeance", CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 2006, p. 97.

<sup>29</sup> Comme le décrit Faustin HELIE l'accusé était cité " devant les rachimbourgs siégeant au malberg, [...]. L'assignation était donnée à domicile et en présence de témoin, [...], pour comparaître à sept jours, [...]. Si l'accusé ne comparaisait pas, l'assignation était répétée jusqu'à trois fois pendant quarante jours. Après la dernière sommation, il était cité devant le placité du roi [...]. Trois témoins devaient affirmer le double fait de l'assignation et de la désobéissance à la loi, et, cette preuve faite, la mise hors la loi, [...], était prononcée [...].", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Paris, 1866, Vol 1, n°116, p. 139-140.

<sup>30</sup> A côté de l'écrit et du témoignage, on avait plus fréquemment recours à deux grandes preuves irrationnelles : le serment et l'ordalie. Sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage de Jean Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, plus spécifiquement pp.92-97, n° 45-47, au *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle* de Faustin HELIE, Vol I, n°124, p.149, à l'article de F.L. GANSHOF, La preuve dans le droit franc, *Recueil de la Société Jean BODIN*, Tome XVII, notamment p. 78 et sqq. ainsi qu'à celui de Marguerite BOULET SAUTEL, Aperçus sur le système des preuves dans la France coutumière du Moyen Age, *Recueil de la Société Jean BODIN*, Tome XVII, La Preuve, Deuxième Partie, Moyen Age et temps moderne, 1965, p. 280.

défavorable qu'il lui incombait de faire tomber, devait "*démontrer son innocence, ou du moins sa pureté, et par là même l'inanité de l'accusation*"<sup>(31)</sup>. On le supposait coupable. Son innocence n'était reconnue que parce qu'il avait triomphé des épreuves auxquelles il s'était soumis. Le juge ne se décidait pas en fonction d'une méthode progressive et rationnelle qui conduisait du soupçon à l'interrogation, puis de l'interrogation à la certitude, fondement de toute vérité judiciaire <sup>(32)</sup>. Ce système probatoire, inscrit dans un univers mental particulier, où le hasard et la divinité prédominaient, interdit, de fait, toute expression du principe de la présomption d'innocence puisque que l'accusé devait rapporter la preuve qu'il n'avait pas commis les faits pour lesquels il était poursuivi.

Toutefois, ce procès pénal, compte tenu des mutations que la société féodale connaissait, ne pouvait perdurer <sup>(33)</sup>. L'assèchement des compétences judiciaires dévolues aux justices féodales au profit d'une justice royale centralisée <sup>(34)</sup>, l'institutionnalisation d'un corps d'officiers royaux, formés au droit savant, et par ailleurs chargés d'engager des poursuites en l'absence de toute dénonciation <sup>(35)</sup> repoussait, pour mieux la faire disparaître, une

---

<sup>31</sup> CARBASSE (Jean marie), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, p.71, n° 36.

<sup>32</sup> Comme le souligne René GARRAUD, le juge "*ne peut procéder, de sa propre initiative, ni pour se saisir ni pour s'éclairer ; son rôle consiste à répondre aux questions qui lui sont posées, à examiner les preuves produites devant lui*", *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907, Vol I, p. 13-14.

<sup>33</sup> Faustin HELIE note en effet que, "*cette loi de force, cette justice brutale des armes ne purent se maintenir sans mélange, même à l'époque où le régime féodal avait sa toute puissance il y a dans le cœur de la société, même au temps les plus grossiers, des idées de justice, des notions de droit, que la force et les armes ne peuvent dompter*", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, vol I, n°180, p. 223.

<sup>34</sup> Notamment par la théorie des cas royaux, puisque ces affaires touchaient la personne du roi, ses biens, son autorité ou ses agents, mais aussi en se saisissant d'une affaire normalement dévolue aux juridictions seigneuriales suivant le principe de la prévention. Par ailleurs l'appel systématique des jugements rendus par ces juridictions contribua aussi à en réduire leur attribution.

<sup>35</sup> C'est une Ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1303 qui officialise la fonction de Procureur du roi en imposant à ces derniers de prêter serment. Sur ce point, nous renvoyons à l'article de Guillaume LEYTE, les origines médiévales du ministère public, CARBASSE (Jean Marie) (sous la direction de), *Histoire du Parquet*, Paris, 2000, notamment p. 50 et sqq. Une ordonnance de Charles VIII de 1493 fait également référence aux fonctions de Procureur général et

procédure accusatoire où, en réalité, le juge "*arbitre les débats mais ne juge pas le litige*"<sup>(36)</sup>. Enfin l'apparition d'une procédure inquisitoire, empruntée au droit municipal méridional <sup>(37)</sup> mais surtout aux Cours d'église, et qui permettait juge de se saisir d'office sans aucune accusation préalable, ne fit qu'accélérer l'émergence d'un autre procès pénal.

En effet, la promulgation des lois canoniques <sup>(38)</sup> dont l'exemple s'imposa, énonçait que le juge d'église pouvait poursuivre puis juger des infractions alors qu'il n'existait aucune accusation préalable <sup>(39)</sup>. Il lui était ainsi permis de se saisir, dès lors que la rumeur publique désignait quelqu'un comme étant l'auteur d'une infraction <sup>(40)</sup> et ressortissant de la compétence de ces

---

de Procureur général au Parlement qui seront précisés dans l'Ordonnance criminelle de 1539, sur ce point cf Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 294 et sqq.

<sup>36</sup> SALAS (Denis), *Du procès pénal*, Paris, 1992, p.63.

<sup>37</sup> Sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage de Jean Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, p. 180, n° 93.

<sup>38</sup> Pour l'essentiel, il s'agit de la publication, entreprise au XII<sup>ème</sup> siècle par un moine italien, GRATIEN, de Conciles et de Décrétales rédigés à l'initiative de certains Papes. Sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage de Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, n° 183, p.226 et sqq.

<sup>39</sup> L'acte d'accusation, introduit par un *libellus* et qui contenait le nom du demandeur, exposait l'objet de l'accusation. Cité par le juge, l'accusé, après communication de ces éléments, disposait d'un délai pour faire valoir les exceptions permettant de rejeter l'accusation et d'arrêter la procédure. L'accusateur s'engageait, suivant un acte écrit, ou *inscriptio*, à fournir les preuves de la culpabilité. Cf sur ce point à l'ouvrage de Paul FOURNIER, *Les officialités au Moyen Age. Etude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, Paris, 1880, notamment p. 235-246.

<sup>40</sup> Le droit canon élaborait cette procédure à partir d'un passage de l'évangile de Saint MATTHIEU (18, 15, 17) qui énonce que, "*Si ton frère vient à pécher, va le trouver, et reprends le seul à seul. S'il t'écoute, tu auras gagné ton frère. Mais, s'il n'écoute pas, prends avec toi une ou deux autres, pour que toute affaire soit décidée sur la parole de deux ou trois témoins. Que s'il refuse de les écouter, dis le à la communauté. Et s'il refuse d'écouter même la communauté, qu'il soit pour toi comme le païen et le publicain*", La Bible de Jérusalem, 2000, p. 1737. Il existe ainsi une dénonciation évangélique dont le but est de "*faire cesser sans scandale un état immoral ou d'obtenir la réparation d'une injustice*", FOURNIER (Paul), *Les officialités au Moyen Age. Etude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, p. 258, mais aussi la dénonciation judiciaire qui "*n'est point inspirée par un devoir de charité, mais par un devoir de justice ; elle n'a point pour but l'imposition d'une pénitence, mais la condamnation du coupable à une peine canonique*", Ibidem, p. 258-259.



juridictions <sup>(41)</sup>. Le juge, à raison de cette seule dénonciation choisissait, entre la procédure de la *purgatio canonica* qui décidait du sort de l'accusé <sup>(42)</sup> et l'enquête <sup>(43)</sup> qui permettait, "*alors même qu'il n'y avait pas d'accusateur, d'entamer un procès contre la personne diffamée, d'entendre des témoins et de prononcer une condamnation*"<sup>(44)</sup>. Cette procédure gagnait les cours laïques <sup>(45)</sup>, et ce, même si ces dernières avaient recours à une pratique judiciaire quelque peu identique <sup>(46)</sup>.

---

<sup>41</sup> Les officialités connaissaient des crimes d'hérésie, de sacrilège, de parjure, d'usure, de simonie, de rapt, d'adultère, de blasphème, de sortilège, de faux en écriture apostolique. Quant à l'infraction de la paix, elle ressortissait des juridictions séculières et ecclésiastiques. La justice ecclésiastique était également compétente pour juger des infractions commises par "les membres du clergé régulier, les religieux profès, les frères laïcs, les frères de la charité, même les chevaliers de Malte ; [...] les ecclésiastiques du clergé séculier, presbyteros et diaconos et subdiaconos, cantores et lectores quos omnes appellamus [...] à tous ceux qui vivaient cléricalement les écoliers de l'université, tous ceux même qui avaient reçu la simple tonsure" HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, n° 190, p. 235.

<sup>42</sup> Il s'agit d'un serment prêté sur les Evangiles par le prévenu qui, assisté de *compurgatores*, affirme ne pas avoir commis le délit qui lui est imputé. Si le serment ne peut être prêté dans ces conditions, le juge prononce alors la sentence car le délit est considéré comme démontré. Nous renvoyons également sur ce point à l'ouvrage de Paul FOURNIER, *Les officialités au Moyen Age. Etude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, p.266.

<sup>43</sup> La première trace de cette procédure est relevée dans une décrétale d'Innocent III du 22 septembre 1198, adressée à l'archevêque de Milan, et contre lequel, malgré l'absence d'accusation, fut diligentée une enquête sur les conditions frauduleuses dans lesquelles, ce dernier avait conservé la chancellerie de son archevêché, sans y pourvoir.

<sup>44</sup> ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, p.74. Plus précisément, si le juge rejetait l'accusation la procédure s'arrêtait. Dans le cas contraire l'accusé, devenu réatus, était emprisonné lorsqu'il risquait la peine capitale. A partir des arguments qui lui étaient fournis, le juge canonique ne formait sa conviction que sur l'aveu de l'accusé ou sur des preuves irréfutables.

<sup>45</sup> Consacré par l'article 21 de l'Ordonnance prise en décembre 1254 par Louis IX pour la réformation des mœurs dans le Languedoc et le Languedoil et qui énonce qu'"et qui in dictis senescalliis secundum jura et terre consuetudinem fit inquisitio in criminibus volumus et mandamus quod respetent, acta inquisitionis tradantur ex integro", ISAMBERT JOURDAN DECRUSSY, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'An 420 jusqu'à la Révolution de 1789...*, Vol, p. 271. Ce système de l'enquête fut confirmé par d'autres Ordonnances royales, et notamment celles de Philippe IV le Bel (Ordonnance de 1291), Philippe V le Long (1318) puis Philippe VI de Valois (1338).

<sup>46</sup> Il s'agit de l'apprise. Philippe de BEAUMANOIR la décrit ainsi, "*Se cil qui est pris pour soupçon de vilain cas ne veut attendre l'enquête du fet, adonques i appartient il apprise : c'est à dire li juge de son office doit apprendre et encherchier du fet ce qu'il puet savoir et s'il trueve par*

Le procès criminel ne consistait plus en un simple débat entre particuliers. Il répondait à cette exigence publique qu'il fallait préserver les intérêts de la société et ne pas laisser les crimes impunis, faute d'accusateur. Ce recours à la procédure de l'enquête s'inscrivait donc dans une orientation régaliennne du procès pénal <sup>(47)</sup>, où "*l'information est le fondement du procez criminel, & sans la preuve du crime l'accusation est vaine & sans effect*"<sup>(48)</sup>. Il s'agissait de rechercher les éléments permettant de parvenir à la culpabilité de celui qui était désigné comme l'auteur des faits. En confiant l'enquête à un juge, le sort de l'accusé dépendait des actes effectués durant l'instruction. Bien qu'il n'ait plus à démontrer son innocence, celle-ci n'était aucunement supposée.

Parallèlement à cette procédure, la démonstration de la vérité judiciaire subissait de profonds changements. En effet, les preuves irrationnelles étaient abandonnées <sup>(49)</sup> au profit de preuves rationnelles dont l'origine se situait

---

*l'aprise le fet notoire par grant plenté de gent, il pouroit bien metre l'aprise en jugement*" BEAUMANOIR (Philippe de), *Coutumes de Beauvaisis*, texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique par AM. SALMON, Paris, 1900, p.140, n°1237, Toutefois, elle s'en différenciait car elle ne mettait pas fin au litige puisque, "*la disference qui est entre aprise et enqueste est tele que enqueste porte fin de queresle et aprise n'en porte point*", BEAUMANOIR (Philippe de), *Coutumes de Beauvaisis*, p. 140, n°1238.

<sup>47</sup> "*Par la dénonciation, le plaignant laissait à la discrétion du juge le soin de la poursuite et les intérêts qu'il surveillait auparavant ; en se bornant à signaler les faits il abdiquait son action directe ; il la livrait à la justice, et celle-ci se trouva dès lors investie, par une véritable délégation, du droit d'accusation que délaissaient les parties auxquelles il appartenait*". HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 342, n°288.

<sup>48</sup> CHARONDAS le CARON, *Œuvres de Monsieur CHARONDAS le CARON jurisconsulte parisien*, Tome premier, Livre IV, Chapitre III, p. 695.

<sup>49</sup> Dans son ouvrage *Recherches sur les cours laïques du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, Yvonne BONGERT montre, à partir des dépouillements opérés sur des chartes des XI<sup>e</sup>, XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècle, que les preuves ordaliques, "*se réduisent à trois types : les ordalies de l'eau chaude, de l'eau froide et du fer rouge ; Il n'est plus question des sorts, du jugement par la croix, par le pain et le fromage*", BONGERT (Yvonne), *Recherches sur les cours laïques du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, 1949, p.216-217. S'agissant du duel judiciaire, l'Ordonnance de 1258 prise par Louis IX consacre l'interdiction des "*batailles pour tout nostre domoine en toutes quereles, mais nos n'ostons mie les clains, les respons, les contremanz, ne tous autres erremanz qui ont esté accostumé en cort laie jusques à ores, selonc les usages de divers païs, fors tant que nos en oston les batailles ; en en leu de batailles, nos metons prueves de tesmoinz et de chartres*". Philippe IV le BEL, dans une Ordonnance de 1306, revenait sur cette interdiction, "*la ou il aperra évidemment homicide, trahison, ou autres griefs, violences ou maléfices, excepté larreçin, parcoy peine de mort s'en deust ensuivre, si que celui qui l'auroit faist ne peust estre*

dans la redécouverte, au XII<sup>ème</sup> siècle (<sup>50</sup>), de manuscrits de droit romain. La relecture de la vaste compilation effectuée à BYZANCE par l'empereur JUSTINIEN au VI<sup>ème</sup> siècle (le Code, le Digeste, les Institutes, et les Nouvelles), ouvrait pour les légistes du Moyen Age une méthodologie différente pour parvenir à la vérité judiciaire. En décidant de ne plus soumettre au hasard ou à la divinité la décision de justice, et en se référant notamment, parmi les preuves du droit classique romain, à l'aveu ou au témoignage, le droit savant médiéval (<sup>51</sup>) posait le postulat d'une approche objective de la vérité judiciaire fondée sur une démarche analytique dans laquelle il importait de justifier ce qui n'était en fait qu'une supposition (<sup>52</sup>). Ce nouveau cadre réflexif, dont héritera le juge pénal de l'ancien régime, se définit, exclusivement, par l'idée que la démonstration de la culpabilité doit être la résultante d'une démarche rationnelle qui s'appuie sur des catégories logiques inspirées de la scolastique.

Pour prendre sa décision, le juge, dans un premier temps, réunit les éléments de preuve qui permettent d'affirmer, de manière indiscutable, que l'accusé a effectivement commis les faits qui lui sont reprochés. La culpabilité de l'accusé était établie suivant une méthode analytique (<sup>53</sup>) où, les moyens de preuve,

---

*convaincus par tesmoins ou autre manière suffisante*". Les derniers duels probatoires, attestés dans les registres du Parlement de PARIS, datent de 1422.

<sup>50</sup> Ce sont les écoles épiscopales italiennes, et notamment celle de BOLOGNE, qui sont à l'origine de cette diffusion. IRNERIUS, "Maître ès arts", mais aussi juge, enseigne dans cette ville, entre 1088 et 1125, une méthode consistant dans la lecture, devant ses élèves, des textes de JUSTINIEN, et dont il propose, pour chaque mot difficile ou important, une explication. Cette technique, fondée sur l'exégèse, marque le début d'une révolution culturelle et juridique où la vérité judiciaire ne sera plus le résultat du hasard ou de la force physique.

<sup>51</sup> Il fut élaboré par des auteurs comme IRNERIUS, ROGERIUS, PLACENTIN, BALDE, JEAN d'ANDRE, VINCENT de BEAUVAIS, cf sur ce point l'ouvrage de Jean Philippe LEVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p.23.

<sup>52</sup> Selon TANCREDE "*Probatio est rei dubiae per argumenta facta demonstratio*", cité par Jean-Philippe LEVY dans son ouvrage *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p. 22-23.

<sup>53</sup> Jean Philippe LEVY décrit les étapes de la démarche entreprise par le juge pour parvenir à cette vérité judiciaire, "*au point de départ le juge ignore tout (nescienta) ou, ce qui revient au même, les deux parties en litige ayant énoncé des prétentions contraires il doute [...] jusqu'ici la preuve n'est pas encore intervenue. Quand elle est produite, son premier résultat sera de produire un soupçon*

pour lesquels une échelle de valeur avait été élaborée, se complétaient les uns par rapport aux autres suivant des combinaisons préalablement fixées. Les légistes du Moyen-âge en étaient arrivés à ce principe que le jugement s'inscrivait dans une opération de pure logique appuyée sur des genres probatoires variables mais unanimement acceptés.

Au sommet de cette hiérarchie se situait la théorie du notoire, création du seul droit canon (<sup>54</sup>), et qui, parce que le fait était incontestable, dispensait les parties d'en rapporter la preuve. Cette notoriété (<sup>55</sup>), que le juge n'avait qu'à constater, autorisait une répression rapide des infractions considérées comme publiques et connues de tous, de telle sorte que le trouble causé puisse cesser immédiatement, évitant ainsi de répandre le mauvais exemple. Plus précisément, le juge, lié par la réalité physique de ce qui était dénoncé et poursuivi, ne pouvait que condamner. La supériorité d'un événement indiscutable empêchait la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Elle annihilait toute construction procédurale du procès pénal autour d'un présupposé favorable à l'accusé et empêchait également la naissance d'un quelconque doute sur les éléments du débat.

A défaut de notoriété, le juge recourait à une preuve compète ou *probatio plena* grâce à laquelle "*la vérité n'est plus atteinte par une perception des sens [...]. Elle décharge du fardeau de la preuve et permet au juge de fonder un jugement sur son*

---

*(suspicio) qui constitue le premier degré de la preuve : l'esprit du juge est un peu ébranlé mais le doute persiste. [...]. Mais si des arguments plus forts sont présentés le juge se forme une opinio et le doute, sans toute fois s'évanouir s'atténue fortement : c'est le deuxième degré de la preuve. Le troisième est atteint lorsque le juge adhère complètement à un parti, tout doute étant désormais écarté", La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle, p. 28.*

<sup>54</sup> Ignoré du droit romain, ce *notorium* trouve son origine dans la première Epître de Saint PAUL aux Corinthiens qui énoncent les décisions prises quant aux questions relatives aux mœurs des chrétiens et de leurs rapports avec le monde païen. Ainsi, est-il rapporté, que l'apôtre ayant eu connaissance d'un concubinage entre un membre de la communauté chrétienne et sa belle-mère, considérait qu'il convenait de l'excommunier immédiatement (Paul, 1 Cor, 5, 1,5), *La Bible de Jérusalem*, p. 2000-2001.

<sup>55</sup> L'exemple type était constitué par le flagrant délit mais aussi par l'aveu en justice et l'autorité de chose jugée.

autorité"<sup>(56)</sup>. Bien qu'elle puisse succomber devant une preuve de même valeur. La *probatio plena* "représente un degré élevé de la hiérarchie, une *probabilis certitudo*. Elle fait naître une *plena fides*, *plena credulitas* dont on pourra se contenter dans tous les cas ou la chose ne sera pas notoire"<sup>(57)</sup>. Comprenant pour l'essentiel la preuve testimoniale <sup>(58)</sup> et la preuve littérale sous la forme authentique ou reconnue par l'accusé, les auteurs de cette époque y avaient ajouté l'aveu de la partie adverse et la présomption violente.

En l'absence d'une *probatio plena*, le juge acceptait une preuve incomplète, c'est-à-dire une preuve qui n'était "pas suffisante pour juger définitivement l'accusé"<sup>(59)</sup>. Création du droit savant, cette *preuve semi-pleine* ou autrement dénommée *demi-preuve*, et qui ne comprenait pas de listes considérées comme exhaustives <sup>(60)</sup>, avait pour conséquence de valoir "plus que l'absence totale de preuve"<sup>(61)</sup>. Elle induisait, dans un premier temps, le recours au serment purgatoire déferé uniquement à

---

<sup>56</sup> LEVY (Jean Philippe), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p. 67. Cette preuve testimoniale allait occuper une place essentielle dans la démonstration de la vérité judiciaire. Pierre François MUYART de VOUGLANS estime qu'elle est "dans le premier rang de celles qui tendent à convaincre l'auteur du crime, parce que, comme nous l'avons observé, c'est elle dont l'usage est le plus ancien et le plus fréquent en matière criminelle, la plupart des crimes ne pouvant se prouver d'une autre manière", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p. 223.

<sup>57</sup> LEVY (Jean Philippe), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p. 67.

<sup>58</sup> Seul deux témoignages au moins permettaient d'obtenir la preuve complète. Ce principe tiré du droit romain mais également de l'Ancien et du Nouveau testament fut repris par le droit savant, cf sur ce point Jean Philippe LEVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p. 69, note 8.

<sup>59</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, Vol 1, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre premier, n°16, p.660.

<sup>60</sup> Les jurisconsultes font référence à la *presumptio verisimilis*, la règle *unus testis*, les *cartae domesticae*, la *comparatio literarum*, la *fuga rei*, la *fama*. Sur ce point cf. LEVY (Jean Philippe), *La hiérarchie des preuves La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p.108 et sqq.

<sup>61</sup> LEVY (Jean Philippe), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p.106.

l'accusé. *"Une fois prêté, l'absolution suivra, mais ce n'est pas sur lui, mais sur l'absence de preuve qu'elle sera fondée"*<sup>(62)</sup>. L'absence de cette preuve *pleine et entière* autorisait le principe d'un cumul de preuves de moindre valeur. Plus précisément, lorsqu'elles présentaient un sens logique et non discutable, ces preuves *sempliciter*, permettaient au juge, par un jeu d'interconnexion et de complémentarité, d'obtenir la *preuve pleine et entière* qui l'autorisait à condamner. Une telle exigence dans la recherche et la démonstration de la culpabilité pouvait se révéler impossible à réaliser parce que les moyens développés devant le juge demeuraient insuffisants à eux seuls pour condamner, mais suffisants pour continuer l'instruction de l'affaire. C'est dans ce contexte que les légistes eurent recours *"à cette autre espèce de preuve, qui est fondé sur le raisonnement, & sur la connoissance d'autres faits"*, et qui permettaient au juge de parvenir à la preuve du fait incriminé en la complétant par des indices <sup>(63)</sup> aux multiples déclinaisons <sup>(64)</sup>.

Ce système probatoire formaliste, qualifié de preuve objective ou preuve légale, parfaitement théorisé à la fin du XVII<sup>ème</sup> siècle et au XVIII<sup>ème</sup> siècle, et qui sépare le fait en lui-même de la règle de droit, a pour conséquence d'encadrer rigoureusement la démarche du juge <sup>(65)</sup>. Inscrit dans une opération

---

<sup>62</sup> LEVY (Jean Philippe), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle*, p.121.

<sup>63</sup> Comme le précise Daniel JOUSSE *"on appelle indices, tous les faits particuliers qui marquent qu'une chose a été faite, ou se fait, ou doit se faire ; & par le moyen desquels on peut parvenir à la connoissance de cette chose, ou fait principal qu'on cherche à découvrir. Ce sont des conjectures raisonnables de ce qui se fait ordinairement, soit qu'on argumente des causes à leurs effets, ou des effets à leurs causes"*, *Traité de la justice criminelle de France*, Vol 1, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre VI, section première, n°245 p.753-754.

<sup>64</sup> *"Les indices sont ou prochains ou éloignés, suivant le plus ou moins de liaison qu'ils ont avec le crime ou fait principal dont ils sont indices. Lorsque cette liaison est intime & nécessaire, on les appelle certains et indubitables, & concluants. Si cette liaison est seulement intime & presque nécessaire, on leur donne le nom de violens, de graves ou de prochains. Enfin, si cette liaison, ou rapport est éloigné, on les appelle douteux ou légers"*, JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Tome Premier, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre VI, Section I, p. 754, n° 245.

<sup>65</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS montre la difficulté pour le juge de parvenir à la vérité car *"telle est la misère de la condition des hommes, que leurs lumières étant bornées à des objets purement extérieurs, qui eux-mêmes le plus souvent offusqués par les*

réflexive particulièrement détaillée, il permet un examen méthodique, suivant des règles préalablement posées et intangibles, de l'ensemble des éléments de preuve recueillies durant la procédure <sup>(66)</sup>. Le juge n'a d'autre obligation que de vérifier, puis d'apprécier ainsi la valeur des aveux, des témoignages, des écrits, mais aussi des circonstances indicatives et des moyens de défense suivant un ordre rigoureux et immuable <sup>(67)</sup>.

Cette méthodologie <sup>(68)</sup> lui permettait ainsi de condamner l'accusé à la peine capitale parce qu'il avait réussi à démontrer, sans aucune erreur possible, que l'accusé était bien l'auteur <sup>(69)</sup> du fait criminel poursuivi dont il avait reconstitué, avec la plus grande précision possible, les circonstances de sa

---

*nuages que leurs passions y répandent ; ce qui paroît certain & démontré aux uns, est entièrement suspect ou équivoque aux yeux des autres. Il a donc fallu, pour remédier, autant qu'il étoit possible, aux écarts continuels, ou ce contraste de sensations ne manqueroit pas de jeter ceux qui doivent décider de la vie, de l'honneur, & des biens d'un citoyen, leur prescrire de certaines règles, qu'on a cru les plus propres pour parvenir à la connoissance des faits contestés entre les parties. De là ces différens genres de preuves que la loi introduit, & qu'elle vaut que les juges prennent pour la base de leurs jugemens, judex debet judicare secundum allegata et probata", Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes, p. 217.*

<sup>66</sup> Comme le relève Faustin HELIE, "chaque fait est considéré dans sa valeur propre, pris isolément, et dans sa valeur relative lorsqu'il se combine avec d'autres faits, et chaque combinaison a ses formules, chaque preuve, quelle qu'elle soit, a son évaluation", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 419, n°356.

<sup>67</sup> "Son rôle consiste simplement à assister à la production des preuves, à les vérifier et à contrôler la réunion des conditions légales pour décider en conséquence en se déclarant convaincu ou non", RACHED (Aly-A), *De l'intime conviction du juge. Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Thèse Droit, Paris, 1942, p. 25.

<sup>68</sup> Faustin HELIE décrit ainsi le processus que le juge va suivre pour prendre sa décision. "C'était alors que commençait pour ceux ci une tâche grave et difficile. Il s'agissait d'examiner toutes les pièces du procès, d'en apprécier le caractère, et d'en peser la valeur, de recueillir les preuves, les charges et les indices qui pouvaient en résulter ; de formuler numériquement [...] leur quantité et leur qualité ; d'appliquer la même méthode d'examen aux défenses de l'accusé ; de rapprocher les unes et les autres, et, ce travail achevé, de prononcer rigoureusement, d'après son résultat, les règles prescrites par les lois", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol I, n°355, p. 418.

<sup>69</sup> "La certitude des preuves établit la science du juge et la conviction qui lui est nécessaire pour pouvoir prononcer une condamnation contre l'accusé", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Tome Premier, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre Premier, Section I, p. 664, n° 28.

commission. La condamnation n'était que le résultat d'une démarche mécaniste <sup>(70)</sup>, fondée sur la seule appréciation de moyens de preuve discutés devant le juge et dont il connaissait par avance leur valeur respective et leur conséquence sur la démonstration de la culpabilité. Le juge se voyait imposer sa décision car, *"dès que la cause constatait telle preuve, telle présomption, tel indice, il devait attacher à cet indice, à cette présomption, à cette preuve, l'effet que la loi avait voulu lui assigner"* <sup>(71)</sup>. La culpabilité ne résultait pas de la perception intime des éléments présentés et discutés devant le juge mais uniquement de leur conformité aux règles de valeur préalablement fixées <sup>(72)</sup>. Celui-ci cherchait à acquérir *"une entière conviction, c'est à dire une connaissance objective de la réalité des faits"* <sup>(73)</sup>. Il lui importait seulement d'établir cette preuve complète, c'est-à-dire cette certitude matérielle que l'accusé fût effectivement l'auteur des faits criminels qui lui étaient reprochés.

Cette conception légaliste de la preuve encadrait étroitement la recherche de la vérité judiciaire. Elle interdisait au juge toute analyse personnelle <sup>(74)</sup> car celui-ci *"n'était pas libre d'apprécier lui-même cette preuve et de lui refuser son assentiment ; sa conviction intime fût-elle contraire, il fallait qu'il*

---

<sup>70</sup> Comme le définit Adhémar ESMEIN, le juge *"est comme un clavier qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches"*, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 260.

<sup>71</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, n° 356, p. 419.

<sup>72</sup> Ainsi que le souligne Faustin HELIE, *"le principe de cette institution était de matérialiser la preuve de manière à ce qu'elle fut attachée au fait lui-même et non à l'appréciation que le juge en pouvait faire"*, *De la preuve en matière criminelle*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, p. 407.

<sup>73</sup> RANOUIL (Pierre Charles), *Aux origines de l'intime conviction : un malentendu*, *Les Episodiques*, n°3, mai 1989, p. 67.

<sup>74</sup> Bien plus, comme le rappelle Pierre François MUYART de VOUGLANS, obligation était ainsi faite au juge de *"régler son jugement sur les preuves qui lui sont administrées et non sur ce qui est de sa connaissance personnelle"*, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p. 257.



*étouffât sa conviction*"<sup>(75)</sup>). Aussi, lorsque la réunion des éléments matériels aboutissait à une preuve complète, il devait condamner. Parce qu'il était le simple résultat d'une série d'opérations rationnelles et extérieures, le jugement se trouvait exempt de toute critique puisque justifié par une démonstration logique et purgée de toute défaillance.

Pour autant, et bien que la doctrine savante reconnaisse à l'accusé des droits qu'il pouvait mettre en œuvre, tant durant l'instruction que lors du procès pénal <sup>(76)</sup>, ce dernier demeurait dans une situation procédurale négative. En effet, le juge, dont l'objectif consistait à démontrer la culpabilité de l'accusé, ne pouvait, dans ces conditions, que s'enfermer dans un a priori défavorable. Au surplus, l'enquête dont la conséquence fut de renforcer le rôle du juge dans cette recherche permanente de la preuve légale, neutralisait toute approche intériorisée dans le processus décisionnel. La démarche poursuivie n'avait d'autre finalité que d'obtenir, lors de l'examen des pièces réunies dans le sac de procédure, cette preuve complète qui permettait de condamner, y compris en faisant application de la question, c'est-à-dire en faisant usage de la violence physique dans le seul but de recueillir, à titre complémentaire, les aveux de l'accusé.

Présumer l'innocence, c'est à dire poser ce postulat que l'accusé n'est pas l'auteur du fait criminel tant qu'il n'a pas été définitivement condamné, constitue donc une situation antinomique dans ce système de preuve légale. En organisant ainsi la recherche de la vérité judiciaire, la doctrine savante initialise un encadrement de la démarche du juge qui lui interdit de présupposer l'innocence de l'accusé. La culpabilité se trouve établie suivant des règles qui précisent la valeur des moyens de preuve recueillis puis exposés, et

---

<sup>75</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, n° 356, p. 419.

<sup>76</sup> Sur l'existence des droits de la défense dans le procès d'Ancien Régime et leur mise en mouvement, nous renvoyons à l'ouvrage d'Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix en Provence, 1999.

non parce que le juge en acquiert la certitude. Sa conviction est contrainte (<sup>77</sup>), c'est-à-dire qu'elle dépend de règles quantifiables et quantifiées, dont les conditions d'organisation s'établissent suivant des mécanismes rigoureux qui ordonnent objectivement la découverte de la vérité judiciaire.

Ce mécanisme probatoire s'intégrera aux Ordonnances royales prises par la royauté dans le domaine de la procédure pénale et dont les plus importantes furent données à Blois en 1498, puis à Villers-Cotterêts en avril 1539. Structurant la procédure criminelle jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle, l'ensemble des règles procédurales, confirmé dans la grande Ordonnance criminelle (<sup>78</sup>) prise en août 1670 par Louis XIV, maintenait cependant toute la théorie de la preuve légale fixée par le droit savant. Les Cours et les tribunaux s'éloignèrent cependant de l'application rigoureuse de ce cadre juridique. Ainsi, la pratique judiciaire qui cherchait à contourner la difficulté de recueillir une preuve complète, tout en poursuivant l'objectif de répression des crimes atroces, mit en évidence le fait que le juge pénal appréciait librement les preuves exposées devant lui.

Plus précisément, il s'affranchissait du carcan probatoire en permettant au juge de condamner alors que la preuve complète n'avait pu être réunie. Ce glissement vers le principe de l'intime conviction qui s'immisçait dans la recherche de la vérité judiciaire ne modifia guère le statut procédural d'un accusé déjà placé dans une situation défavorable, car seul devant un juge qui,

---

<sup>77</sup> Comme le décrit Faustin HELIE, "sous la législation de 1539 et 1670, les juges, à peine libres de leur conviction, ne l'étaient nullement de leur sentence. Le législateur, pour donner contrepoids à la procédure secrète, les avaient liés étroitement par une foule de petites règles qu'il avait semées devant leur pas et qui enchaînaient complètement leur volonté", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, n° 356, p. 419

<sup>78</sup> Ce texte est véritablement fondateur de la procédure criminelle puisque Daniel JOUSSE précise que "L'Ordonnance criminelle du mois d'Août 1670, qui fixe le procédure qu'on doit observer dans la poursuite des crimes, mérite à juste titre le nom de Loi", *Traité de la justice criminelle en France*, Vol I, Préface, p.xlj. On trouve également chez GUYOT, dans son *Répertoire universel*, le terme de *Code criminel* pour désigner l'Ordonnance de 1670.

secrètement, instruisait un dossier dont il ne pouvait avoir connaissance. En réalité, La rigueur de la théorie médiévale, qui voulait qu'en l'absence de cette preuve complète l'accusé soit absous, ne le protégeait plus. Bien plus, elle étouffait un droit à l'innocence.

La lecture des grands traités de droit criminel publiés sous l'Ancien Régime, et plus spécifiquement durant la seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle <sup>(79)</sup>, période la plus féconde pour l'étude du droit criminel <sup>(80)</sup>, confirme ce point. Ecrits le plus souvent par des magistrats comme Daniel JOUSSE <sup>(81)</sup>, Pierre François MUYART de VOUGLANS <sup>(82)</sup> ou bien encore François

---

<sup>79</sup> Sont ainsi respectivement publiés en 1715 les *Observations sur les matières criminelles* de BRUNEAU, en 1740 le *Traité des matières criminelles* de ROUSSEAU de la COMBE, en 1752 le *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, édits et déclarations, sur les crimes et délits, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle* de LAVERDY, en 1757 les *Institutes au droit criminel* de MUYART de VOUGLANS, en 1758 *l'esprit des Ordonnances de Louis XIV* de SALLE, en 1762 *Instruction criminelle* de MUYART de VOUGLANS ainsi que le *Traité des crimes* de SOULATGES, en 1763 le *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670 avec un abrégé de la justice criminelle* de JOUSSE, en 1765, le *Code criminel ou le commentaire sur l'Ordonnance de 1670* de SERPILLON, en 1768 les *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne* de POUILLAIN du PARC, en 1771 le *Traité des matières criminelles* de JOUSSE, en 1780 *Les lois criminelles* de MUYART de VOUGLANS.

<sup>80</sup> Les écrits doctrinaux du XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècle ne consacrent guère de développements au droit criminel. André LAINGUI écrit ainsi que "le XVII<sup>e</sup> siècle n'est pas le grand siècle de la doctrine pénale. Il vit sur l'acquis de la précédente. Dans toute l'œuvre d'un privatiste de la classe de Domat, on ne trouve que des bribes de droit pénal, sans étude d'ensemble", LAINGUI (André) LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, Tome 1, p.15.

<sup>81</sup> Daniel JOUSSE, né le 10 février 1704 à Orléans, meurt dans cette même ville le 21 août 1781. Après des études de droit à la Sorbonne où il s'initie également aux mathématiques, à la physique, à l'astronomie et aux belles-lettres, il devient à 30 ans, lieutenant général au Présidial d'Orléans, grâce à sa famille qui lui achète cette charge. Il refusera celle de lieutenant criminel au Châtelet devenue vacante. Collègue et ami de POTHIER, il sera également en relation avec PREVOST de la JANNES, professeur de droit à la faculté de droit d'Orléans. André LAINGUI précise que "chez Jousse les pesantes références et les discussions d'école, qui trop souvent alourdissaient les ouvrages de ses prédécesseurs, ont disparu au profit d'une grande information vaste mais précise, de discussions serrées et de jugements d'une grande clarté", LAINGUI (André) LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, Paris, 1979, p.16.

<sup>82</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS, né à Moirans en 1713, meurt à Paris le 14 mars 1791. Issu du monde de la Robe, il se fait recevoir avocat au Parlement de Paris en 1741 jusqu'en 1771. A cette date, il est nommé conseiller dans le nouveau parlement créé par MAUPEOU. En 1774, à la suite du rappel de l'ancien parlement il est alors versé au Grand Conseil où il y restera jusqu'à l'extinction de cette compagnie. Selon André LAINGUI "il est resté le plus célèbre des anciens criminalistes français. Son nom sonore, sa longue vie qui lui permet de parcourir tout le

SERPILLON <sup>(83)</sup> auxquels il convient d'ajouter d'autres auteurs de moindre notoriété <sup>(84)</sup>, ces ouvrages spécialisés exposent avec précision, les règles qui articulent toute la procédure criminelle. Ils fixent également les principes qui guident les juges dans leur réflexion juridique lorsqu'ils statuent sur le sac de procédure <sup>(85)</sup>. Ils établissent ainsi indirectement le statut procédural de l'accusé. Plus précisément, ils esquissent le regard que les juges porteront sur lui, dès l'enquête, au cours de l'instruction et durant le procès pénal.

L'œuvre de ces criminalistes, dont le prestige allait perdurer jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle, met en évidence, bien que leur publication se fasse à un moment où les règles supposées par l'Ordonnance criminelle de 1670 se trouvent affaiblies par la pratique judiciaire de l'intime conviction, que le droit à l'innocence n'est absolument pas évoqué. Le principe procédural de la présomption d'innocence, en tant que mécanisme réflexif qui structure la recherche de la vérité judiciaire, organise le procès pénal dans la

---

XVIII<sup>e</sup> siècle, pour mourir au début de la Révolution le dernier des docteurs de l'ancien droit pénal, ont probablement plus fait pour sa gloire que ses ouvrages", P.F MUYART de VOUGLANS ou l'anti BECCARIA (1713-1791), *Revue de la société internationale d'histoire de la profession d'avocat*, 1989, p.69.

<sup>83</sup> François SERPILLON, né le 2 septembre 1695 à Autun, il meurt en 1772. Avocat à Dijon, il devient lieutenant général criminel au baillage, chancellerie et siège présidial d'Autun. Son œuvre la plus notable est le *Code criminel*, un des principaux ouvrages de droit criminel du XVIII<sup>ème</sup> dans lequel il critique la torture, et qui comprend, à la fin de l'ouvrage, le discours prononcé par SERVAN en 1776. JOUSSE précise dans son *Traité de la Justice criminelle* que "L'ouvrage de M. Serpillon [...] contient non seulement un commentaire sur l'Ordonnance de 1670 ; mais encore la résolution d'un grand nombre de questions & de recherches sur les matières criminelles, qui sont le fruit d'un travail & d'une expérience de quarante années, où cet illustre magistrat, également distingué par les qualités de l'esprit & du cœur, a rassemblé un grand nombre de connaissances qui sont très instructives pour tous ceux qui s'appliquent à cette partie de notre jurisprudence française", JOUSSE (Daniel), *Traité de la Justice criminelle...*, Tome Premier, Préface, première partie, p.xliij.

<sup>84</sup> Comme François BOUTARIC, Antoine DESPEISSES, Claude DUPLESSIS, Augustin Marie POUILLAIN DU PARC, Jean Antoine SOULATGES, Guy du ROUSSEAUD de la COMBE, Claude Joseph de FERRIERE et Clément Charles François de LAVERDY.

<sup>85</sup> Ainsi que le souligne Antoine ASTAING quand il écrit que "les auteurs, qui ont en vue d'instruire les juges, ont dans l'intention de dire sur quelle base, en s'appuyant sur quel raisonnement, ceux-ci peuvent dire le droit. [...] Ils ont pour but de combiner de manière savante, les diverses sources auxquelles les juges devront puiser. Ils cherchent enfin à orienter l'évolution de la procédure pénale et du droit criminel en proposant, en indiquant des solutions nouvelles", *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>) siècle. fAudace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix en Provence, 1999, p.35.

démonstration de la culpabilité et constitue un a priori favorable pour l'accusé, demeure absent de ces ouvrages. Cette conception sera néanmoins remise en cause par les idées des Lumières, et plus spécifiquement par la traduction d'un petit ouvrage écrit par un philosophe italien, et qui n'appartenait en rien au monde la Robe.

Cesare BECCARIA (<sup>86</sup>) pose en effet, dans son ouvrage *des Délits et des peines* publié, en 1764 les premières pierres d'une réforme de la justice criminelle. La Révolution française de 1789, dont une partie de ses représentants les plus éclairés appartiennent au monde judiciaire, et qui aura lu avec intérêt ce petit livre, se propose ainsi de réfléchir à une forme différente du procès pénal mais aussi de discourir sur ce que pourrait être la preuve pénale. Cette période, riche en changements et ruptures de tous ordres, esquisse la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Le principe de la présomption d'innocence commence à faire son chemin.

Si les discussions, qu'a connues l'Assemblée Constituante lors l'adoption de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ont retenu notre attention sur l'élaboration de la présomption d'innocence, celles-ci ne peuvent faire oublier les écrits personnels des constituants mais aussi la presse lors de la discussion sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ils permettent de saisir le sens véritable donné par les Constituants à l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et donc de percevoir que ces derniers ne le concevaient que comme une protection face aux atteintes portées à la liberté, et non comme un principe procédural. Toutefois, aussitôt posée, cette présomption d'innocence fut ignorée par une politique

---

<sup>86</sup> César Bonesa BECCARIA (marquis de), né le 15 mars 1738 à Milan, il meurt le 28 novembre 1794 dans la même ville. Elevé dans le collège des jésuites à Paris, il s'applique de bonne heure à la philosophie en prenant pour guide les encyclopédistes, HELVETIUS, CONDILLAC. Ce fut cependant MONTESQUIEU et ses *Lettres persanes* qui devaient lui révéler sa véritable vocation et sa disposition pour les études philosophiques. Interpellé par les désordres économiques de sa ville natale, il écrit, en 1762, son premier ouvrage intitulé, *Du désordre des monnaies dans l'Etat de Milan, et des moyens d'y remédier*. Formant, avec les frères VERRI, une société d'amis, il entreprend, entre 1764 et 1765, la publication d'un périodique, intitulé *Caffe*, dans lequel sont publiés différents traités sur la littérature, la morale, la physique et la métaphysique. En 1768, il se voit attribué une chaire d'économie politique. Toutefois ce sera le *Traité des délits et des peines* qui lui assurera une notoriété définitive

législative qui, à partir de 1793, asséchait les droits de l'accusé, faisant de ce dernier un coupable présumé

Cependant, malgré ces parenthèses juridiques, la Constituante, entreprit l'ébauche d'une autre justice criminelle puisant aux sources de l'Ordonnance criminelle de 1670 et s'inspirant de modèles étrangers notamment de la procédure pénale anglaise qui considérait que seul un jury, libéré de règles savantes, pouvait, avec bons sens et sagesse, décider du sort d'un accusé lorsqu'il se trouvait convaincu. La présomption d'innocence demeurait comme elle avait été initialement conçue et écrite par les Constituants. Il s'agissait non d'un principe procédural gouvernant le procès pénal et régulant le rapport entre le juge et l'accusé, mais d'un principe général qui reconnaissait à l'accusé le droit de ne pas être victime de mesures arbitraires.

La vérité judiciaire, libérée des contraintes de la preuve légale, restait le fruit de la seule conviction des juges. La refonte complète des lois pénales, voulue par Napoléon, n'apportera aucune modification sur ce mécanisme probatoire, ni aucune réflexion précise sur le statut procédural de l'accusé. Le XIX<sup>ème</sup> siècle qui voit le primat du droit civil sur les autres droits dont ils ne sont qu'une émanation, demeure peu prolixe sur le problème de la preuve pénale. Certes, si le droit criminel fait l'objet de publications constantes et permanentes de la part de professionnels du droit ou de professeurs des facultés, il faut néanmoins souligner la faiblesse, voire l'indigence des réflexions sur la preuve pénale et le statut de l'accusé. L'intérêt pour cette question renaîtra sous l'impulsion de criminalistes étrangers.

La publication des recueils ou des grands répertoires de droit, dès la seconde partie du XIX<sup>ème</sup> siècle, participe de l'autonomisation d'un droit criminel qui progressivement dessine les grands principes de la justice pénale et de la procédure criminelle. La présomption d'innocence émerge dans son mécanisme final, c'est-à-dire dans l'articulation qu'on lui connaît actuellement, à savoir que la charge de la preuve incombe au ministère public et à la partie civile et que le doute profite toujours à l'accusé. Pour autant, elle reste néanmoins extrêmement fragile puisque le simple renvoi à la

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne suffit pas à lui assurer une reconnaissance effective et efficiente. L'intervention du législateur, qui fait voter les lois n° 93-2 du 4 janvier 1993 et n° 2000-516 du 15 juin 2000, concrétise de fait l'idée que ce principe acquis n'était aucunement reçu dans son acception puisqu'il fallut l'inscrire solennellement dans le Code de Procédure Pénale.

La leçon que nous pouvons tirer de l'examen des diverses sources doctrinales et législatives se veut double. Il faut avant tout constater et admettre que la présomption d'innocence, comme principe procédural consubstantiel de la preuve pénale, ne dispose pas de racines profondes (Partie 1). Bien plus, sa reconnaissance comme mécanisme de la démonstration de la vérité judiciaire, et par là même comme constituant un principe procédural qui gouverne de manière absolue le procès pénal, ne s'impose pas avec évidence, et ce, d'autant plus que la volonté de répondre immédiatement à l'acte criminel en érode la portée (Partie 2).

Partie 1. La présomption d'innocence : un concept procédural récent

Partie 2. La présomption d'innocence : un principe procédural ignoré

## **PARTIE 1 : LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : UN CONCEPT PROCEDURAL RECENT**



Reconnaître un droit à l'innocence ne peut que s'inscrire dans ce rapport procédural qui s'établit entre l'accusé et le juge. Ce dernier ne peut condamner si la culpabilité, dont la démonstration appartient à la partie poursuivante, n'est pas suffisamment rapportée. Jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle, cette démonstration de la vérité judiciaire, qui demeure uniquement l'affaire des parties, n'inclut aucunement l'existence d'un droit à l'innocence. Les règles qui régissent le système probatoire se montrent défavorables à l'accusé parce qu'il lui appartient de prouver le fait de ne pas avoir commis l'action criminelle qu'on lui impute, et ce en subissant diverses épreuves physiques, voire en triomphant de son adversaire lors d'un duel. Ces moyens procéduraux constituent des présomptions de fait qui suffisent à emporter, sans discussion possible, la conviction du juge. La condamnation revêt un caractère automatique. Dans ces conditions, l'accusé ne peut être considéré comme supposé innocent durant le procès pénal.

La rénovation judiciaire entreprise par Louis IX, et qui supprime progressivement le règlement privé des litiges ou le rachat des peines, porte également sur le problème de la preuve pénale. Le futur Saint Louis, empruntant à la procédure des cours d'église, entreprend de faire prévaloir la raison sur l'irrationnel, ce qui aboutit à ce que le pouvoir royal intervienne pour fixer les règles du procès pénal. Elaborés dans le cadre de plusieurs Ordonnances celles-ci fixent et précisent le cadre d'une procédure pénale issue des pratiques coutumières ou judiciaires.

En premier lieu, elles confirment la distinction entre une procédure ordinaire et une procédure extraordinaire. Utilisée généralement pour les délits les plus légers, la première se caractérise par la publicité donnée au procès, au cours duquel les parties discutaient contradictoirement de leurs moyens. A l'inverse, la procédure extraordinaire, réservée aux crimes graves, se définissait par le secret de l'instruction et le recours possible à la question. En effet, l'article 110 de l'Ordonnance prise à Blois en mars 1498 énonçait que "*ledit procès se fera le plus diligemment et secretement que faire se pourra, en maniere que aucun n'en soit averti* ". L'article 112 précisait quant à lui que "*lesdits procès faits à toutes les diligences dessus dites, jusqu'à la question ou torture*". Ces

mécanismes procéduraux consacrent donc la solitude de l'accusé durant la phase d'instruction, mais surtout mettent en évidence que les moyens juridiques dont dispose le juge pour parvenir à démontrer la culpabilité ne laissent aucune place pour un droit à l'innocence, c'est à dire au droit d'être regardé comme innocent tant que la culpabilité n'est pas judiciairement établie. Obtenir une preuve légale qui ne soit que le reflet d'un raisonnement indiscutable permettra au juge de condamner et non de démontrer la vérité judiciaire.

L'Ordonnance de Villers-Cotterêts *sur le fait de justice*, d'août 1539, confirme l'idée que le juge instructeur devient le maître du procès pénal parce qu'il collecte et réunit tous les moyens de preuve qui figeront la culpabilité de l'accusé. Ce dernier, sans l'assistance d'un conseil, et sans pouvoir accéder au dossier pénal, ne sera jamais considéré comme étant présumé innocent. Le jugement sera élaboré et discuté à partir des procès verbaux réunis dans le sac de procédure sans que les juges du siège puissent procéder par eux mêmes. On assiste au renforcement d'un déséquilibre procédural construit au détriment de l'accusé. L'existence de critiques, certes isolées, qui s'élèvent sur cette procédure, reste sans grande influence sur le sort de l'accusé. Elles seront par ailleurs sans influence sur l'œuvre de réformation et de codification de la procédure criminelle entreprise par Louis XIV à la suite de l'Ordonnance civile de 1667.

Préparé dans le cadre du Conseil de justice proposé par COLBERT, et instauré par LOUIS XIV en 1665, l'Ordonnance criminelle, donnée à Saint Germain en Laye en août 1670, puis enregistrée par le Parlement de Paris le 26 du même mois, se voyait appliquée à tout le Royaume de France dès le 1<sup>er</sup> Janvier 1671 (<sup>87</sup>). Comprenant 398 articles réunis en 28 chapitres de longueurs inégales, ce texte confirme et complète les précédentes

---

<sup>87</sup> Le texte précisait que "*l'Ordonnance soit gardée et observée dans tout notre royaume, terres et pays de notre obéissance, à commencer au premier jour de janvier de l'année prochaine 1671*". En réalité, il faut noter que son application ne sera pas immédiate. Ainsi en Flandres ne sera-t-elle observée qu'à partir de mars 1679 suivant lettres du Roi enregistrées au Conseil souverain de Tournai le 10 avril 1679. En Lorraine, province rattachée à la France en 1766, le Code Léopold de 1707 y restera en vigueur.

Ordonnances criminelles de 1498 et de 1539. Il uniformise également la marche du procès pénal, et par voie de conséquence la procédure pénale, dans les Cours souveraines ou les tribunaux inférieurs en fixant des règles rigides et impératives. Cependant, l'Ordonnance criminelle de 1670 reste muette sur le problème de la preuve pénale. Plus précisément, les discussions qui entourent sa rédaction ne contiennent aucun développement sur la volonté de théoriser différemment la démonstration de la culpabilité. En maintenant le système de la preuve légale, élaborée progressivement par la doctrine savante depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle, ce texte confirme le rôle pivot du juge qui instruit et qui détermine l'issue du procès même si le juge conserve le pouvoir, lors de l'audience de jugement, de vérifier les éléments de preuves ou de prendre en compte les moyens de défense de l'accusé. Ce droit à l'innocence reste lettre morte. La rigidité du système probatoire, associée à l'impérieuse obligation de respecter les règles initiées par l'ordonnance de 1670, a pour conséquence de légaliser des erreurs judiciaires, et donc de susciter une critique assez vive, non tant sur le procès pénal en son entier, mais plutôt sur certains de ses mécanismes par trop attentatoires aux droits de la défense.

Le retentissement de certains scandales judiciaires où manifestement le droit à l'innocence avait été étouffé par la rigidité mécanique des règles procédurales et probatoires a amené l'opinion publique, relayée par quelques philosophes et écrivains des Lumières, à souhaiter une humanisation de la procédure criminelle. La question pénale prend une place certaine dans le débat des idées qui interpelle une monarchie peu encline à transformer en profondeur une justice pourtant décriée. Pour autant, le problème de la preuve pénale, qui constitue également la source des errements judiciaires dénoncés par ces Lumières, reste peu évoqué. L'autorité de la doctrine savante qui demeure paralyse toute volonté de réformer une matière par trop ardue.

Néanmoins, un consensus parvient à se dégager sur la nécessité de réformer cette justice criminelle, dont il faut faire disparaître les aspects les plus cruels. Les mentalités se mettent à changer, et il apparaît indispensable de repenser les droits de l'individu face à l'arbitraire du juge. Le pouvoir royal, durant les dernières années du XVIII<sup>ème</sup> siècle, s'efforce d'améliorer le sort de l'accusé.

Malheureusement, le poids des conservatismes judiciaires restreint la portée des mesures qui, au demeurant, restent silencieuses sur la consécration d'un droit à l'innocence. Les événements qui conduisirent à la chute de la royauté constituent le point de rupture avec le procès pénal de l'ancien régime. Se trouve consacrée l'idée qu'il est indispensable de garantir la sécurité physique de l'accusé.

Ainsi, l'Ordonnance criminelle de 1670, héritant notamment des principes procéduraux élaborés précédemment par les Ordonnances de 1498 et 1539 mais aussi d'un système de preuve légale qui enfermait le juge, ne pouvait que paralyser toute émergence d'un droit à l'innocence (Titre 1). Les dernières années de l'Ancien Régime, parce que le peuple de France en exprime le souhait, sont marquées par cette idée qu'il y a lieu de reconsidérer la place de l'accusé. La Révolution, qui entend alors penser une autre justice va, en exposant des principes fondamentaux garantissant les droits du citoyen accusé, exposer le fait que ce dernier puisse être présumé innocent (Titre 2).

Titre 1. L'Ordonnance criminelle de 1670 : L'impossible présomption d'innocence  
 Titre 2. La Révolution : L'affirmation conceptuelle de la présomption d'innocence

## **Titre 1. L'Ordonnance criminelle de 1670 : L'impossible présomption d'innocence.**

L'Ordonnance criminelle prise en 1670, partie intégrante d'une œuvre de codification voulue par Louis XIV et conduite par COLBERT, uniformisa, dans un cadre commun, outre les principes fixés par les précédentes Ordonnances de 1498 et de 1539, les règles doctrinales éparses ainsi que les pratiques judiciaires des diverses juridictions du royaume. Le procès pénal, organisé en cinq étapes <sup>(88)</sup>, n'avait d'autre finalité que de parvenir à la condamnation de l'accusé car, en maintenant le système probatoire du droit savant médiéval, la justice criminelle, organisée autour de ce texte, renforçait l'isolement de l'accusé face au juge. La reconnaissance de garanties procédurales élaborées par la doctrine ne permettra pas qu'il soit regardé comme un innocent supposé. En effet, ce texte constitue l'aboutissement d'un mouvement progressif et fusionnel entre une démarche réflexive qui n'a d'autre vocation que d'obtenir une *preuve pleine et entière* <sup>(89)</sup>, c'est-à-dire d'une preuve indiscutable permettant de prononcer une condamnation, et les diverses règles procédurales qui, encadrant l'intervention du juge, instaurent une culpabilité automatique dès que cette preuve était acquise aux débats.

Une telle démarche trouve son explication dans le constat d'une conjonction entre la répression du fait criminel et la nécessité de pouvoir prouver avec certitude la culpabilité de l'accusé. La société ne pouvait se pérenniser que si le crime était poursuivi et châtié. Indépendamment d'un encadrement de la procédure et de l'abandon des preuves irrationnelles, l'accusé demeure dans une situation qui ne lui permet pas d'être considéré comme présumé innocent, c'est-à-dire qu'il ne lui sera pas reconnu le droit de ne pas être considéré,

---

<sup>88</sup> "Le procès pénal [...], peut être décomposé en cinq étapes : la mise en mouvement de l'action publique, l'instruction préparatoire, l'instruction définitive, les jugements, les recours", CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, p. 208.

<sup>89</sup> Cette expression, utilisée dans le cadre de ce travail, est reprise du *Dictionnaire de Droit et de Pratique* de FERRIERE, Vol 2, p. 377. On retrouve chez Daniel JOUSSE l'expression *pleine ou entière*.

durant toute la procédure et jusqu'au jugement, comme l'auteur du fait criminel dont on l'accuse.

Une telle analyse n'est rendue possible que si l'on tient compte d'un ensemble d'éléments de fait qui anéantissent tout statut protecteur pour l'accusé. Ainsi l'absence d'avocat durant l'instruction, et lors du jugement, isole t-il ce dernier de la procédure. Par ailleurs, la nécessité pour le juge de recueillir l'aveu de celui que l'on soupçonne, y compris en ayant recours à la violence, permet d'éluder toute discussion contradictoire puisque cet aveu constitue une preuve parfaite. Le juge doit condamner puisqu'il ne s'agit pas d'arbitrer, dans le cadre d'une démarche personnelle, entre des prétentions opposées, c'est à dire de reconnaître la justesse juridique des prétentions débattues, mais de constater l'effectivité des moyens de preuve qui lui sont soumis. Dès lors, le silence auquel l'accusé peut éventuellement recourir, s'il constitue un moyen de défense par trop incertain, ne permet aucunement de protéger une innocence supposée. Ce mécanisme de la preuve légale, combiné aux règles procédurales, favorise chez le juge, non pas l'émergence d'une volonté de savoir, terreau indispensable à l'établissement de la vérité judiciaire, mais plutôt l'élaboration d'une opération rationnelle qui tend à démontrer de manière intangible la culpabilité.

L'élaboration de l'Ordonnance criminelle de 1670, qui reprenait le canevas des anciennes Ordonnances, tout en les complétant ou les précisant, n'allait en rien modifier la démarche du juge. Bien plus, continuait-il à écarter toute reconnaissance d'une présomption d'innocence (Chapitre 1). Toutefois, la rigueur de ces règles procédurales suscitait quelques critiques qui évoquèrent, certes succinctement, les conditions autorisant à reconnaître un droit à l'innocence (Chapitre 2).

Chapitre 1 L'Ordonnance exclut le concept

Chapitre 2 Critique de l'Ordonnance : Emergence du concept

## Chapitre 1. L'Ordonnance exclut le concept

L'Ordonnance criminelle de 1670 poursuit la finalité procédurale des précédentes ordonnances qui progressivement, par leurs règles, isolèrent l'accusé face à un juge d'instruction dont les pouvoirs allaient en s'affirmant. Parce qu'il s'agit de se montrer inflexible devant le crime, toute l'architecture de cette procédure criminelle pénale, élaborée par strates successives, se définit avant tout par le principe qu'il est indispensable de recueillir tous les éléments de preuve permettant de constituer une *preuve pleine et entière*. Tous les moyens pour y parvenir seront concentrés dans les mains du juge qui n'aura d'autre but que d'établir, de façon rationnelle, la preuve d'une culpabilité et non de démontrer, à partir des éléments qu'on lui soumet, et dans le cadre d'une analyse personnelle, la preuve de la culpabilité l'accusé. Les garanties, dont ce dernier peut éventuellement disposer par le jeu des exceptions ou des nullités <sup>(90)</sup>, demeurent sans effet sur un droit à l'innocence. La suspicion entourant l'accusé constitue, de fait, une culpabilité supposée qu'il convient impérativement de confirmer suivant le système de la preuve légale que les Cours, et les juridictions inférieures doivent appliquer. La primauté de la sanction l'emporte sur la recherche de la vérité judiciaire et la reconnaissance d'un droit à l'innocence qui ne trouvera aucune expression possible durant l'instruction et lors du jugement.

En effet, l'examen du sac de procédure, où sont versées les pièces du procès et dont la synthèse sera lue par un juge rapporteur qui généralement se trouve être celui qui a procédé à l'instruction, demeure sans effet sur la démonstration de la culpabilité par les autres juges assemblés. La conviction est fonction de la preuve qui a été réunie, ce qui a pour conséquence qu'il n'y a pas de place pour le doute, c'est à dire pour ce sentiment que l'accusé ne soit pas l'auteur du fait criminel et qu'il soit dans ces conditions renvoyé des fins de la poursuite. L'économie générale du procès pénal procède donc de la

---

<sup>90</sup> Cf sur ce point Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> siècle)*, *Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*.

nécessité impérieuse de parvenir à la culpabilité, ce qui interdit tout droit à l'innocence.

Le constat est donc extrêmement précis. Durant la phase d'instruction on neutralise l'idée que l'accusé puisse être traité comme un innocent supposé (section 1). Lors du jugement on refusera le principe que la preuve imparfaite puisse lui bénéficier sous la forme d'un renvoi des fins de l'accusation initialement portée contre lui (section 2).

Section 1 La procédure d'instruction annihile le concept

Section 2 La procédure de jugement interdit ce concept



## **Section 1. La procédure d'instruction annihile le concept.**

Une fois l'action publique mise en mouvement, s'ouvrait une instruction confiée à l'un des juges du siège. Celui-ci cristallisait les circonstances de l'infraction en faisant dresser des procès verbaux, en collectant les éléments matériels de celle-ci et en procédant à l'audition des témoins et de l'accusé. Son objectif consistait à recueillir une *preuve pleine et entière* qui concrétise automatiquement la culpabilité. Une telle démarche annihile un droit à l'innocence (Paragraphe 1), d'autant plus que le recours à la question permet de contourner l'absence de cette preuve (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Un droit à l'innocence étouffé.**

La volonté affichée d'établir la culpabilité renforce indubitablement la suspicion qui pèse sur l'accusé (A) et permet d'ignorer les conséquences d'une preuve insuffisante (B).

#### **A) Une démarche procédurale défavorable à l'accusé.**

Pour les criminalistes de l'Ancien Régime, la justice criminelle a comme finalité première de permettre une prompte répression dès la découverte d'un fait criminel. Pour assurer, non seulement la perpétuité des institutions monarchiques mais aussi la tranquillité du royaume (<sup>91</sup>), il importe donc qu'une réponse immédiate puisse être apportée, à savoir que l'auteur d'un fait transgressif soit retrouvé, poursuivi, puis châtié aussi rapidement que possible. Dans ces conditions, l'instruction criminelle qui constitue, comme le précise la doctrine, le cœur d'un système procédural (<sup>92</sup>), va servir de cadre à

---

<sup>91</sup> Comme le précise Daniel JOUSSE "*la punition des crimes est la fin & le but principal de l'administration de la justice, qui est de conserver les sujets du roi dans une paix et une tranquillité durable et d'entretenir entre eux le bien de la société sans lequel aucun gouvernement ne sauroit subsister ; ce qui ne peut se faire si les excès et délits qui la troublent ne sont réprimés par une punition prompte et exemplaire*", *Traité de la justice criminelle de France*, Volume Premier, Préface, première partie.

<sup>92</sup> "*De toutes les parties au procès criminel, il n'en est point, sans contredit, de plus important que l'instruction, dont l'objet particulier de préparer, rechercher, ordonner, et*

la démarche du juge dont le but sera de fixer la réalité des faits criminels pour, par la suite, démontrer la culpabilité de l'accusé <sup>(93)</sup>. Les règles qui organisent le procès pénal, se coordonnent de telle sorte qu'elles assurent une répression efficace, au détriment d'une recherche minutieuse de la vérité judiciaire, et a fortiori d'un respect du droit à l'innocence. Pour le juge, il s'agit de démontrer que le fait criminel dont l'existence est avérée puisse, sans conteste possible, être imputé à celui qu'on suspecte grâce à la collation de divers moyens de preuve. Préalablement quantifiés dans leur force respective et liée dans le cadre d'une opération de pure logique, ils formeront ainsi une *preuve pleine et entière* qui obligera le juge à condamner.

Cette nécessité de parvenir à une démonstration parfaite consacre une distorsion dans la recherche de la vérité judiciaire. En effet, le juge, indépendamment des garanties offertes à l'accusé <sup>(94)</sup>, cherche impérativement à démontrer la réalité objective de la culpabilité. Sitôt l'action publique déclenchée <sup>(95)</sup>, celui-ci, dans un

---

*composer tout ce qui est nécessaire pour parvenir à la condamnation ou à l'absolution de l'accusé ; c'est pour cela que les Auteurs l'appellent l'âme du procès, & qu'ils lui donnent la préférence même sur le jugement " MUYART de VOUGLANS, (Pierre François), Institutes au droit criminel, ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes, Partie V, p. 156.*

<sup>93</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS rappelle que "pour traiter d'une manière plus conforme à nos mœurs & à nos usages, nous observerons d'abord, que cette preuve doit avoir deux objets principaux : l'un, de constater le corps du délit ; l'autre, de convaincre l'accusé d'en être l'auteur. C'est à ces deux point essentiels que le juge doit s'attacher, & que doivent se rapporter tous les différens genres de preuve qu'il emploie, pour se mettre en état de porter un jugement dans cette matière", *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes, Partie V, p.219.*

<sup>94</sup> Nous renvoyons à nouveau, s'agissant de ce point précis, à la thèse d'Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française.

<sup>95</sup> Comme le précise Pierre François MUYART de VOUGLANS "La plainte est le premier acte de l'instruction criminelle. [...] Un acte secret par lequel on défère un crime à la justice, pour qu'elle s'en assure la preuve, & qu'elle en ordonne la punition. Cette délation se fait de deux manières ; ou directement, lorsqu'elle est faite à la requête de la Partie publique, ou de la Partie privée qui a ressenti du préjudice du crime ; ou indirectement, lorsque cette Partie privée voulant poursuivre sans se faire connoître, se contente de le dénoncer au Procureur du Roi ou des Seigneurs, qui poursuit en son nom, & fait tous les frais du procès criminel", *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes, p.158.*

premier temps, s'efforce de recueillir, notamment par lui même comme le font actuellement les officiers de police judiciaire, tous les éléments matériels du fait criminel <sup>(96)</sup>. Il se fait communiquer les rapports techniques ainsi que les expertises imposées par les nécessités de l'enquête <sup>(97)</sup>. Munis de ces premiers éléments, il procède alors à l'audition des témoins dans le cadre d'une information.

Définie comme "*le vif crayon ou tableau du délit, et la principale pièce du procès criminel, sur laquelle les juges s'arrêtent davantage pour fonder leur jugement touchant l'absolution ou la condamnation de l'accusé*"<sup>(98)</sup>, cette information se caractérise avant tout par le secret <sup>(99)</sup> et constitue un moment important dans le déroulement de l'instruction préparatoire confiée alors à un juge <sup>(100)</sup>. Elle "*est de toute la procédure criminelle, l'acte le plus essentiel, & qui demande le plus de formalités*" <sup>(101)</sup>. Première étape d'une construction intellectuelle patiente qui

---

<sup>96</sup> "*Les juges dressant sur-le- champ et sans déplacer, procès-verbal de l'état auquel seront trouvées les personnes blessées, ou le corps mort : ensemble du lieu où le délit aura été commis, et de tout ce qui peut servir pour la décharge ou conviction*", Ordonnance criminelle de 1670, Titre IV, article 1.

<sup>97</sup> Prévus au Titre V, *des rapports des médecins et chirurgiens*, et au Titre VIII, *De la reconnaissance des écritures et signatures en matière criminelle*, de l'Ordonnance criminelle de 1670.

<sup>98</sup> LANGE (François), *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, ou le nouveau praticien françois*, Cologne, 1731, Seconde partie, Chapitre IV, p.91.

<sup>99</sup> "*les témoins seront ouïs secrètement et séparément*", Article 11 du titre VI de l'Ordonnance de 1670, Pierre François MUYART de VOUGLANS estime que cette mesure "*est fondée sur la nécessité d'accélérer la procédure criminelle, afin de ne point laisser dans la vexation l'innocent, & d'empêcher le dépérissement des preuves par la fuite du coupable qui en auroit connoissance ; mais principalement de prévenir les abus que les accusateurs et les accusés pourroient faire eux-mêmes de la communication de cette procédure, pour corrompre les témoins et les faire varier dans le récollement*", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie V, Chapitre III, p. 163.

<sup>100</sup> Selon Claude Joseph de FERRIERE, "*l'instruction des Procès criminels appartient au Lieutenant criminel, privativement à tous autres*", *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique*, Tome second, verbo Lieutenant criminel, p. 151.

<sup>101</sup>, MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie V, Chapitre III, p. 162. Au demeurant, Claude Joseph de FERRIERE indique que le juge instructeur a été "*institué pour corriger, châtier & punir les crimes*

permettra au juge de démontrer, de façon logique, la culpabilité de l'accusé et de fixer ainsi, sans aucune erreur possible, la vérité judiciaire. Pour ce faire, ce dernier se doit de recueillir, aussi rapidement que possible, des témoignages concordants et non suspects qui l'autoriseront à condamner (<sup>102</sup>).

Ce qui l'anime, ce n'est pas tant la recherche de la vérité judiciaire que de réunir l'ensemble des éléments probatoires qui lui permettront de décider des suites procédurales du dossier après les conclusions du procureur (<sup>103</sup>) et de prendre, en toute liberté, une ordonnance *décrétant l'accusé* (<sup>104</sup>). Le constat peut ainsi être posé d'un tropisme procédural (<sup>105</sup>), en ce sens que le juge se voit interdire toute introspection personnelle. Son raisonnement se trouve dicté par une doctrine séculaire qui rigidifie, non seulement le mécanisme probatoire, mais surtout fixe de manière irrévocable le sort de l'accusé dès lors qu'une preuve indiscutable, ou plus précisément une *preuve pleine et entière* a pu être recueillie. La réunion des indices, des présomptions et des éléments matériels

---

*qui se commettent dans l'étendue de sa ville", Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique, p. 151.*

<sup>102</sup> La doctrine précise que "deux ou trois témoins qui déposent d'un même fait d'une manière claire, précise & sans variation, suffisent pour en assurer la preuve, tant en matière civile que criminelle", DENISART (Jean Baptiste), *Collections de décisions nouvelles et de notations relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1768, Tome troisième, p. 216, de même selon Daniel JOUSSE "pour faire une preuve complète d'un fait, il faut qu'il soit prouvé par deux témoins intègres & dignes de foi ; & qu'il n'y ait aucune circonstance qui rendent leur témoignage, nul ou suspect", *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre III, Section II, p.711, enfin Pierre François MUYART de VOUGLANS précise que la preuve criminelle "n'est censée complète, que lorsqu'elle est fondée au moins sur les dépositions conformes de deux témoins également irréprochables & au dessus de toute exception", *Les lois Criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, p. 790.

<sup>103</sup> "Tous décrets seront rendus sur conclusions de nos procureurs, ou de ceux des seigneurs", Ordonnance criminelle de 1670, Titre X, article 1.

<sup>104</sup> "Le décret était un véritable jugement préparatoire qui se rendait sur le vu des charges et informations et sur les conclusions de la Partie publique, et qui ordonnait que l'accusé sera soit seulement assigné pour être ouï, soit ajourné à comparoir en personne, soit pris au corps et constitué prisonnier ", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 402.

<sup>105</sup> Faustin HELIE estime qu'il ne s'agissait que d'"une procédure préparatoire. Elle recueillait les charges, elle préparait les preuves ; elle ne les établissait pas d'une manière définitive. Elle disposait les éléments nécessaires pour donner au procès la direction qu'il devait suivre", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 399-400.

dont les valeurs respectives s'additionnent pour former une certitude juridique, permet de condamner (<sup>106</sup>).

Une telle démarche, parce qu'elle se trouve encadrée, ne fait que renforcer le climat de suspicion qui entoure l'accusé. Elle ne peut avoir d'autre conséquence que de le priver d'un droit à l'innocence. Le juge se trouve tenu de rassembler, dans le cadre d'une démarche logique, des éléments épars dont la seule réunion aboutira à constituer une preuve évidente et certaine, fondement d'une juste condamnation. La fiction d'une innocence supposée où l'accusé, dès son arrestation, se voit dispensé de toute initiative pour démontrer son innocence puisqu'elle reposerait sur celui qui accuse, ne peut recevoir une pleine application. Le déroulement non seulement de l'instruction criminelle, dont l'importance ne peut être négligée (<sup>107</sup>), mais aussi du procès pénal, fige l'attitude du juge. Ce dernier entend démontrer la culpabilité de celui qui est accusé (<sup>108</sup>).

Enfermé dans cette seule optique, que les traités ou les commentaires doctrinaux décrivent, non sans précision, celui-ci cheminera jusqu'à la formation d'une *preuve pleine et entière*. Aussi, les mesures, mais également

---

<sup>106</sup> François SERPILLON écrit ainsi que *"la science des juges ne suffit pas pour condamner : il y a deux sortes de sciences, celle qui produit une certitude morale, & celle qui produit une certitude physique; la science morale est celle qui dépend du raisonnement [...]; la science qui produit une certitude physique, est celle qui dépend immédiatement des sens [...]; ces deux espèces de sciences forment les deux espèces de conviction morale ou physique ; mais les convictions morales ne sont pas suffisantes en matière criminelle, ou il ne s'agit que du fait ; les questions de fait ne sont pas de la morale, mais de la pure connoissance de la physique"*, *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, LYON, 1784, Tome II, /s Titre XXV, art XII, n° 11, p. 320.

<sup>107</sup> *"De toutes les parties du procès criminel, il n'en est point, sans contredit, de plus importante que l'instruction, dont l'objet particulier est de préparer, rechercher, ordonner, & composer tout ce qui est nécessaire pour parvenir à la condamnation ou à l'absolution de l'accusé ; c'est pour cela que les auteurs l'appellent l'âme du procès"*, MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p. 156.

<sup>108</sup> Augustin Marie POULLAIN du PARC" souligne qu'*"Aussi-tôt que l'accusation est formée, le seul objet auquel on doit s'attacher, est de couvrir le crime, celui qui l'a commis & ses complices. La sûreté publique exige que cette instruction se fasse promptement ; & cela seroit impossible si l'on admettoit dès le commencement une procédure contradictoire entre l'accusateur & l'accusé comme on l'a établi, en matière civile, entre le demandeur et le défendeur"*, *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1771, Tome XI, p. 3.

les actes diligentés par le juge, dès la découverte du fait criminel, vont-ils, selon nous, induire, une occultation d'un droit à l'innocence. Postérieurement à l'audition des témoins, le juge qui entreprend aussi rapidement que possible l'interrogatoire de l'accusé (<sup>109</sup>), ne poursuit en réalité d'autres objectifs que de recueillir les aveux de ce dernier (<sup>110</sup>). Il s'agit d'obtenir cette *preuve pleine et entière* et non pas de démontrer sa culpabilité.

Indépendamment des droits et des garanties que l'on reconnaissait à l'accusé (<sup>111</sup>) grâce notamment aux règles déontologiques (<sup>112</sup>) et procédurales (<sup>113</sup>) qui s'imposaient au juge, aux conditions dans lesquelles se déroulait

---

<sup>109</sup> "Les prisonniers pour crimes seront interrogés incessamment, et les interrogatoires commencés au plus tard dans les vingt-quatre heures après leur emprisonnement", Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIV, article 1.

<sup>110</sup> Comme le rappelle Daniel JOUSSE "l'interrogatoire fait peu de temps après la capture, est ordinairement un moyen beaucoup plus sûr pour tirer la vérité de la bouche de l'accusé, que lorsqu'il a eu le temps de réfléchir", *Traité de la justice criminelle de France*, Tome II, Partie III, Livre II, Titre XIII, Section première, article premier, n° 3, p. 254. Il confirme plus précisément ce point en énonçant que "l'accusé ne doit avoir aucune connoissance, ni communication des faits sur lesquels on doit l'interroger ; afin qu'il n'ait pas le temps de préparer ses réponses, et d'inventer des mensonges pour déguiser la vérité", *Traité de la justice criminelle de France* Tome II, Partie III, Livre II, Titre XIII, Section première, article premier, n° 11, p. 258.

<sup>111</sup> Nous renvoyons, sur ce point, à la thèse d'Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française.

<sup>112</sup> C'est le principe de la prohibition des interrogatoires captieux qui interdit au juge de tendre, lors des interrogatoires, des pièges à l'accusé. FERRIERE précise que ce dernier "doit agir avec beaucoup de sagesse et beaucoup de prudence, et ne doit point se servir des ruses qui ne conviennent point à son caractère, ni promettre l'impunité à l'accusé, pour lui faire avouer son crime", FERRIERE (Claude Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique*, Tome second, p. 61, verbo, Interrogatoires sur les faits résultans d'une information; par ailleurs sur les différentes règles qui président à cet interrogatoire nous renvoyons au *Traité de la justice criminelle de France* de Daniel JOUSSE, notamment au Tome II, Partie III, Livre II, Titre XIII, section III, "de la manière de bien interroger un accusé", p. 270 et sqq.

<sup>113</sup> Le juge se devait d'instruire à charge et à décharge comme le souligne l'article 10 du titre VI de l'Ordonnance criminelle de 1670 qui énonce que "La déposition de chacun témoins sera rédigé à charge ou à décharge". Par ailleurs, l'accusé pouvait présenter requête aux fins de nullité des actes irréguliers, cf Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française, plus précisément les pages 71 et sqq.

l'interrogatoire de l'accusé (<sup>114</sup>), au principe selon lequel l'accusé n'avait pas à faire la preuve de son innocence (<sup>115</sup>) et que les dénonciateurs téméraires étaient sévèrement sanctionnés (<sup>116</sup>), il faut ici considérer que le cadre procédural de l'instruction, tel que fixé par l'Ordonnance criminelle de 1670, n'autorise aucunement l'application d'un droit à être regardé comme innocent. La culpabilité n'est pas l'aboutissement d'un examen contradictoire et interne des éléments de preuve discutés durant l'instruction. Elle est simplement le résultat d'une opération mathématique qui permet d'imposer au juge une décision qui ne le fasse pas douter (<sup>117</sup>).

Différents mécanismes procéduraux vont alors isoler celui que l'on soupçonne. Ainsi, après la mise à exécution du décret de prise de corps, il *"ne sera permis aucune communication aux prisonniers enfermés dans les cachots, ni souffert qu'il leur soit donné aucunes lettres ou billets"*(<sup>118</sup>). Mais surtout,

---

<sup>114</sup> "Le juge sera tenu de vaquer en personne à l'interrogatoire, qui ne pourra être fait par le greffier, à peine de nullité et d'interdiction contre le juge et le greffier...", Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIV, article 2. De même "Il sera procédé à l'interrogatoire au lieu ou se rend la justice, dans la chambre du conseil ou de la geole...", Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIV, article 4.

<sup>115</sup> Comme le rappelle Pierre François MUYART de VOUGLANS, "l'accusateur est en matière criminelle, ce qu'est le demandeur en matière civile, & il est tenu comme lui de justifier les causes sur lesquelles son action est fondée, *Accusator quasi causator*", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie II, Chap. I, p.24.

<sup>116</sup> "Les accusateurs & dénonciateurs qui se trouveront mal-fondés, seront condamnés aux dépens, dommages & intérêts des accusés, & à plus grande peine s'il y échoit. Ce qui aura lieu à l'égard de ceux qui ne se seront rendues parties ; ou qui s'étant rendues parties, s'en seront désistés, si leurs plaintes son jugées calomnieuses", Ordonnance criminelle de 1670, Titre III, article 7.

<sup>117</sup> Comme le décrit Faustin HELIE, "les interrogatoires étaient considérés le plus essentiel et le plus difficile de la procédure.[...] En effet il s'agissait de faire jaillir de cet interrogatoire quelque preuve du crime, de pénétrer les déguisements de l'accusé, de tirer de sa bouche l'aveu de son action et de l'acheminer adroitement à cet aveu par des inductions prises dans les circonstances, et par les contradictions de ses propres réponses. Les anciens légistes [...] ne voyaient pas que, dans une procédure qui n'admettait pas une discussion contradictoire des charges, il y avait une sorte de nécessité d'arracher l'aveu [...]. Le juge avait besoin de cet aveu pour la propre tranquillité de sa conscience", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Tome 1, n° 341, p. 403-404.

<sup>118</sup> Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIII, article 17.

lorsqu'il aura prêté serment (<sup>119</sup>), celui-ci devra répondre seul aux questions posées par le juge, c'est-à-dire "*par leur bouche, sans le ministère de conseil qui ne pourra leur être donné*"(<sup>120</sup>). La solitude qui s'abat sur l'accusé sera propice à la recherche de l'aveu qu'il importe de recueillir.

L'accusé, sur lequel pèse une certaine défiance (<sup>121</sup>), n'est pas regardé comme un homme dont l'innocence est remise en cause mais comme un coupable supposé ce qui interdit toute possibilité de poser ce principe que le doute puisse lui profiter. La distance nécessaire entre la suspicion légitime et la culpabilité avérée se trouve abolie. De ce fait, un tel enchaînement mécanique des étapes procédurales aboutit à cloisonner l'instruction, en la rendant pratiquement inaccessible à l'accusé, et à hypothéquer toute reconnaissance d'un droit à l'innocence qui voudrait que le juge, dans la plénitude de son appréciation personnelle, ne donne aucune suite à la plainte qu'il se trouve en charge d'instruire s'il n'est pas convaincu.

Dès lors, la présomption d'innocence, qui induit le principe d'un présumé dans l'établissement de la vérité judiciaire, implique en réalité que les moyens de preuve soient appréciés librement par le juge qui pourra les écarter lorsqu'ils n'emportent pas sa conviction. Or, tel ne peut être le cas dans le cadre de l'instruction fixée par l'Ordonnance criminelle de 1670. Le mouvement procédural, mis en place dès l'arrestation du suspect, et qui articule toute l'attitude du juge, n'a d'autres conséquences que de l'enfermer dans une logique de châtiment. La culpabilité est fondée, non sur le principe que les moyens de preuve débattus durant l'instruction et l'information ont emporté la conviction, mais sur le fait qu'ils sont, compte tenu de

---

<sup>119</sup> "*L'accusé prêtera le serment avant d'être interrogé, et en sera fait mention, à peine de nullité*", Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIV, article 7.

<sup>120</sup> Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIV, article 7.

<sup>121</sup> Ce que montre Pierre François MUYART de VOUGLANS quand il rappelle toute la difficulté que le juge rencontre dans la recherche de la vérité, en effet "*par la même raison, que l'objet particulier de l'accusé, dans l'interrogatoire, est de justifier, & de pallier son crime, le juge doit aussi de son côté apporter dans cet acte une attention particulière, pour démêler la vérité à travers les nuages, où le coupable cherche à l'envelopper*", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crime*, Partie V, Chapitre X, p. 192.



leur valeur préalablement quantifiée, suffisants pour démontrer avec une certitude absolue que l'accusé avait commis les faits, objet des poursuites.

Cette démarche n'intègre pas l'idée que l'accusé puisse se voir appliquer un principe procédural qui, procédant par hypothèses, vienne à le considérer comme exempt de toute culpabilité tant qu'une décision judiciaire n'est pas définitivement intervenue. La doctrine sur ce point le montre parfaitement en rappelant notamment que l'obligation de procéder immédiatement aux interrogatoires trouve sa justification dans le fait que "*les criminels n'aient pas le temps d'inventer des moyens pour déguiser la vérité, et éviter la punition de leur crime*"<sup>(122)</sup>. Toute incertitude sur la valeur des preuves présentées devant le juge demeure sans effet sur une éventuelle décision d'absolution et ce, d'autant plus que ce dernier peut décider de poursuivre autrement la procédure initialement engagée. La décision de civiliser le procès criminel qui permet à l'accusé d'assurer plus efficacement sa défense dans le cadre d'une procédure écrite et contradictoire, concrétise néanmoins le fait que le juge n'accorde aucune valeur juridique au doute. La présomption d'innocence demeure une gageure compte tenu de ce mécanisme procédural.

## **B) L'impossible application du concept : la réception en procès ordinaire.**

En décidant, avant toute confrontation avec les témoins <sup>(123)</sup>, de recevoir l'accusé en procès ordinaire, le juge <sup>(124)</sup> modifie la procédure initialement

---

<sup>122</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., Tome 2, Partie III, Livre II, Titre XIII, Section première, Article premier, n° 3, p. 254.

<sup>123</sup> "*S'il paroît, avant la confrontation des témoins, que l'affaire ne doit pas être poursuivie criminellement, les juges recevront les parties en procès ordinaire...*", Ordonnance de 1670, Article 3, Titre XX. Cette mesure ne fait que reprendre les précédentes dispositions des Ordonnances de 1498 et 1539 qui organisaient déjà ce renvoi.

<sup>124</sup> En employant le pluriel, l'article 3 du titre XX de l'Ordonnance criminelle de 1670 laisse entendre que ce renvoi serait l'expression d'une décision collégiale. Les procès verbaux demeurent silencieux sur ce point. Certains auteurs accréditent cette théorie. Daniel JOUSSE estime qu'"il [le Lieutenant-Criminel] ne peut seul civiliser un procès criminel, ni recevoir les parties en procès ordinaire [...] ni convertir un procès civil en procès criminel...", et de renvoyer à un arrêt du Conseil rendu le 30 mars 1719 pour le Présidial de BRIVES et à un arrêt du Parlement du 1<sup>er</sup> septembre 1766, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome III, Partie III, Livre III, Titre II, Article III, Paragraphe II, n°44, p.124. François SERPILLON, rapporte quant à lui qu'un "*un lieutenant criminel ne peut rendre seul une sentence de civilisation [...] il faut au moins deux*

engagée pour juger d'un crime grave. La décision autorise alors l'accusé à faire usage des règles du procès civil pour assurer sa défense. Cependant, elle ne change aucunement la nature même de l'action engagée (<sup>125</sup>). Elle permet à l'accusé "*d'en faire de sa part dans les formes prescrites pour les enquêtes*"(<sup>126</sup>). De fait, le monologue procédural initié par le juge se transforme en débat contradictoire entre l'accusateur et l'accusé qui disposera d'une plus grande capacité de défense. Ce dernier, élargi en cas d'emprisonnement, pourra non seulement recourir aux services d'un avocat mais aussi avoir accès à toutes les pièces de la procédure. Il se verra également communiquer l'identité des témoins, procédera par un échange de mémoires avec son contradicteur, et fera entendre des témoins suivant les règles fixées par le titre XXII de l'Ordonnance civile de 1667.

L'accusé, avant le recollement et la confrontation des témoins, organisait "*de manière anticipée, la présentation et la preuve de faits justificatifs*" (<sup>127</sup>). Cette *réception en procès ordinaire* qui, sur le plan procédural, ne pouvait cependant être engagée qu'en l'absence de poursuites déclenchées par le

---

*officiers avec le lieutenant criminel", Code criminel ou commentaire sur l'Ordonnance de 1670, tome 2 sous titre XX article III, n° 8, p.195. Pour Pierre François MUYART de VOUGLANS, ce renvoi dépend du juge d'instruction car lorsque "l'affaire n'est pas de nature à donner lieu à quelque peine afflictive ou infamante ; alors le juge doit ordonner, même d'office, & sans qu'il soit besoin des conclusions du ministère public, que les parties seront reçues en procès ordinaire", Institutes au droit criminel, Partie V, Chapitre XV, p. 209. Ce dernier, quelques années plus tard adoptera une position plus orthodoxe en écrivant que "la conversion [...] a lieu toutes les fois que les juges du siège [...] jugent à propos de civiliser les procès, en convertissant l'information en enquête", Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel, p. 642.*

<sup>125</sup> Comme le note Daniel JOUSSE "*la connoissance des procès criminels ainsi reçus en procès ordinaire n'appartient point au juge civil [...] ils continuent d'être poursuivis devant le même juge qui a instruit de l'affaire au criminel*", Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle, p.402. Même conclusion chez François SERPILLON, "*Le lieutenant criminel reste juge d'un procès criminel, & dans la suite civilisé*", Code criminel ou commentaire sur l'Ordonnance de 1670, tome 2, sous titre XX article III, n° 9, p. 195.

<sup>126</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Tome II, Partie III, Livre II, Titre XIII, Section II, n° 7, p. 500.

<sup>127</sup> ASTAING (Antoine), *Droits et garanties de l'accusé de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française, p. 254, n° 416.

procureur du roi (<sup>128</sup>) n'aurait du concerner que les causes qualifiées de légères, c'est à dire celles qui ne risquaient que des peines pécuniaires (<sup>129</sup>). Même si l'Ordonnance de 1670 demeurerait muette sur ce point, il faut relever que cette *réception en procès ordinaire* pouvait également s'appliquer en cas de crimes graves, c'est-à-dire pour les affaires qui méritaient une peine afflictive alors que la procédure aurait voulu que l'instruction se poursuive à l'extraordinaire.

Les procès verbaux, relatifs à la rédaction de l'article 3 du titre XX de l'Ordonnance de 1670, témoignent de cette pratique judiciaire. Ils évoquent les conditions autorisant les juges à décider de la sorte. le Premier Président Guillaume de LAMOIGNON (<sup>130</sup>) précise ainsi que *"lorsqu'avant la confrontation des témoins il paraît aux juges que l'affaire ne doit pas être poursuivie criminellement, ils ne renvoient pas les parties en procès*

---

<sup>128</sup> "On ne reçoit jamais les parties en procès ordinaire, lorsqu'il n'y a point d'autre accusateur que le Procureur du Roi, ou Fiscal", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit. , Tome II, Partie III, Livre II, Titre XIII, Section II, n° 13, p. 502. De même, chez Pierre François MUYART de VOUGLANS, peut-on lire, *"mais s'il n'y a au procès d'autres parties que le Procureur du Roi ou celui des Seigneurs, la réception en procès ordinaire ne peut jamais avoir lieu"*, *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie V, Chapitre XV, p. 209-210.

<sup>129</sup> L'article 150 de l'Ordonnance de 1539, précise ainsi que *"sinon que la matière fust de si de petite importance, qu'après les parties oyées en jugement, l'on deust ordonner qu'elles seroient reçues en procez ordinaire"*. L'article 19 du titre XIV de l'Ordonnance de 1670 énonce simplement que *"l'accusé de crime auquel il n'écherra peine afflictive, pourra prendre droit par les charges, après avoir subi l'interrogatoire"*. François SERPILLON considère ainsi que *"le cas le plus ordinaire ou il lieu à la civilisation, c'est celui de spoliation, ou recélé fait par une veuve, quelques jours avant ou après le décès de son mari"*, *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, tome 2, sous titre XX, article III, n° 16, p. 197.

<sup>130</sup> Guillaume de LAMOIGNON, né le 20 octobre 1617 au château de Basville-en-Hurepoix (Essonne), il meurt dans ce même lieu le 10 décembre 1677. Conseiller au Parlement de Paris en 1635, il devint Maître des requêtes en 1644 et conseiller d'Etat en 1645. Reçu le 2 octobre 1658 Premier Président du Parlement de Paris il est nommé, en mars 1662, pour présider la chambre de justice qui devait juger FOUQUET, avec qui il s'était auparavant brouillé. Supportant difficilement les pressantes interventions de Louis XIV et de COLBERT, pour accélérer le cours de la justice à l'encontre de celui qui avait été autrefois son ami, il renonce à ses fonctions au mois de décembre de la même année. On nomma SEGUIER pour le remplacer. Il concourut à la rédaction des Ordonnances civiles et criminelles, et fit en sorte que le Parlement y prenne part, alors que le projet de COLBERT et de PUSSORT était de se passer de LAMOIGNON en en faisant enregistrer ces Ordonnances en lit de justice.

*ordinaire ; mais qu'à proprement parler, ils changent la forme d'instruire et font un procès civil au lieu d'un procès criminel, mais on remet les parties en procès ordinaire que quand après la confrontation les juges ont reconnu qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes pour asseoir une condamnation"*<sup>(131)</sup>. Il ne paraissait pas souhaitable de renvoyer l'accusé des fins de la poursuite, lorsqu'il était difficile de réunir la *preuve pleine et entière*, comme l'exigeait la doctrine ou lorsque l'accusé pouvait apporter la contradiction aux preuves de l'accusateur <sup>(132)</sup>. Maintenir l'accusé sous main de justice, tel se trouvait être le viatique du juge qui n'avait d'autre objectif que de parvenir à démontrer la culpabilité de ce dernier.

Intervenant immédiatement après la lecture du projet, cette position confirme que la civilisation du procès criminel permet aux magistrats de recourir à une procédure simplifiée en cas de crimes graves, et les autorise à ne prendre aucune décision définitive sur le sac de procédure. En réalité, en renvoyant l'accusé en procès ordinaire parce qu'il n'y a pas de preuves suffisantes, ces derniers organisent un détournement procédural car, ou ce dernier est coupable et il convient de lui appliquer la peine normale de son crime, ou il ne l'est pas, et dès lors il faut l'absoudre. Les juges utilisent donc cette procédure non parce qu'ils ont cette certitude intérieure que l'accusé est l'auteur du fait criminel mais parce qu'ils n'ont pas la preuve légale pour le condamner. Convaincus sur des indices insuffisants, les juges ont ainsi recours à un subterfuge dans l'attente d'un indice manquant qui leur permettra de parvenir à la *preuve pleine et entière*.

---

<sup>131</sup> *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, Paris, 1776, p. 229.

<sup>132</sup> Ce que précise BOURDIN quand il écrit que "*lorsqu'il y a parité et concurrence de preuves, tant de la part de l'accusateur que pour la défense du criminel, on a accoustumé de mettre et recevoir les parties en procès ordinaire*", BOURDIN (Gilles), *Paraphrase de M.Gilles Bourdin sur l'ordonnance de mil cinq cens trente-neuf, traduite en françois par A. Fontanon*

Denis TALON (<sup>133</sup>) confirme ce principe. Il indique ainsi que *"ce n'est pas qu'il n'ait été de l'usage de recevoir les parties en procès ordinaire, et de reprendre l'extraordinaire s'il survenoit de nouvelles preuves ; mais cela ne se pratiquoit que dans les crimes capitaux, lorsque l'accusation étant instruite dans toutes ses formes, les témoins récolés et confrontés, s'il ne se trouvoit aucune preuve suffisante pour prononcer aucune condamnation contre l'accusé, mais il y en avoit pourtant suffisamment pour ne lui pas accorder son absolution : car alors, par une espèce d'interlocutoire, on recevoit les parties en procès ordinaire, l'accusé avoit la liberté de faire entendre des témoins pour prouver son innocence"*(<sup>134</sup>). L'avocat général expose donc, le principe d'une culpabilité effective mais juridiquement incertaine, au détriment d'une innocence supposée.

Cependant, l'intervention du Président de MESMES (<sup>135</sup>) montre toute l'hypocrisie, pour les crimes graves, de cette réception en procès ordinaire. Elle met en évidence le fait, que les mentalités judiciaires ne pouvaient admettre, que le procès pénal puisse intégrer un a priori favorable pour l'accusé. Aussi, estimons-nous indispensable de rapporter l'intégralité de son intervention. Elle confirme que cette *réception en procès ordinaire* constitue un moyen de temporiser, en l'absence d'une preuve pleine et entière. Il rapporte ainsi, qu'*"étant à la tournelle, il en avoit vu un exemple considérable. Un messenger de Bordeaux ayant été chargé de voiturer des deniers du roi, il fut volé par deux hommes qui lui enlevèrent une somme notable ; pour raison*

---

<sup>133</sup> Denis TALON, il naît à Paris en 1628 et meurt le 2 mars 1698. Fils d'Omer TALON, célèbre avocat général du Parlement de Paris, il succède à son père le lendemain de son décès survenu le 30 décembre 1652. Le lendemain, présenté au roi par LE TELLIER, il devint Conseiller d'état. Désigné pour instruire le procès de FOUQUET, il fut cependant remplacé dans ses fonctions parce qu'il ne concourrait pas suffisamment à la perte du surintendant des finances, et envoyé Procureur général aux Grands jours d'Auvergne en 1665. En 1693 il devint Président à mortier au Parlement de Paris.

<sup>134</sup> *Procès-verbal des conférences Procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, p. 230.

<sup>135</sup> Jean Jacques de MESMES, (Comte d'Avaux), né à Paris en 1640, il meurt à Paris le 9 janvier 1688. Maître des requêtes en 1762, il devient Président à mortier en 1672, Prévôt et Maitres des cérémonies du roi, il fut reçu à l'Académie française le 23 décembre 1676.

*de quoi ayant fait informer, et le procès instruit à l'un de ceux qu'il accusoit d'avoir commis le vol, il ne trouvoit qu'un seul témoin qui déposât favorablement du fait : ce qui donna lieu qu'avant faire droit l'accusé seroit mis à la question ordinaire et extraordinaire; et l'ayant soufferte sans rien avouer, les parties furent reçues en procès ordinaire. Le procès ayant été longtemps discontinué, et ce messenger se trouvant de nouveau poursuivi par les fermiers que ce vol regardoit, il fit tant de diligence de sa part, qu'il trouva un autre témoin qui déposa aussi formellement que l'autre : en conséquence de quoi la procédure criminelle ayant été reprise, et l'accusé arrêté, son procès lui fut fait et parfait sur cette nouvelle preuve, et fut par l'événement condamné à la roue et exécuté"*<sup>(136)</sup>.

Le Président de MESMES montre que l'incertitude probatoire, ou plus exactement l'absence d'une *preuve pleine et entière*, ne bénéficie aucunement à l'accusé, et ce d'autant plus que le juge était autorisé, comme le prévoyait sans ambiguïté l'article 5 du titre XX l'Ordonnance criminelle (<sup>137</sup>), à reprendre à l'extraordinaire la procédure initialement engagée. Il était possible de maintenir un accusé dans une situation d'attente ou *in réatu*. Les rédacteurs de l'Ordonnance confirmaient donc une pratique qui libérait le juge du cadre contraignant de la preuve légale et de ses conséquences. Ils concrétisaient de fait une présomption de culpabilité. L'absence de droit à l'innocence est ici parfaitement exprimée.

Sur le point précis d'une *réception en procès ordinaire* argumentée par une absence de *preuve pleine et entière*, en cas de crimes graves, il nous faut préciser que les criminalistes de l'Ancien régime n'apporte guère de précision

---

<sup>136</sup> *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, p. 231.

<sup>137</sup> "Encore que les parties aient été reçues en procès ordinaire, la voie extraordinaire sera reprise, si la matière y est disposée". Selon François SERPILLON "on avoit omis cet article dans le projet de l'Ordonnance. Mais M. le Président de Memes observa, qu'en recevant les parties en procès ordinaire, on avoit coutume de réserver la voie extraordinaire ; ce qui obligea d'en faire un article séparé", *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, tome 2, sous titre XX article V, n° 1, p. 203.

sur cette hypothèse (<sup>138</sup>). Cependant, on trouvera sous la plume de Claude DUPLESSIS (<sup>139</sup>), le principe que *"s'il n'y a pas de preuves convaincantes et suffisantes pour condamner : mais que de l'autre côté il y ait des semi preuves et des circonstances violentes qui empêchent qu'il ne puisse être sur le champs absous; et que cependant la qualité de la matière ni les circonstances du procès ne soient disposés à la torture ; ou que les faits justificatifs, ou les faits de reproche sont par l'enquête d'office dont il a été parlé ci dessus bien prouvez alors on reçoit les parties en procès ordinaire, et on ordonne cependant que les prisons seront ouvertes à l'accusé ; c'est-à-dire que l'affaire est par là civilisée"*(<sup>140</sup>). Ce dernier expose ainsi, s'agissant du seul problème de la preuve, que le juge dispose d'un moyen juridique pour éluder l'absolution d'un accusé qui n'a pas été entièrement convaincue.

De même, quelques années plus tard Pierre François MUYART de VOUGLANS adopte une position identique, voire même plus détaillée, quand il évoque également la difficulté pour obtenir une preuve parfaite. Confirmant que *" Suivant l'Ordonnance de 1539, Article 50, les parties doivent être reçues en procès ordinaire, toutes les fois que la matière est de petite*

---

<sup>138</sup> Guy du ROUSSEAUD de la COMBE estime que si *"en jugeant un procès criminel on trouve qu'il n'y a pas lieu de faire une procédure extraordinaire ou que la nature de l'accusation ne méritait point une pareille instruction, on convertit le procès criminel en procès civil et ordinaire, et les informations en enquête, sauf à l'accusé d'en faire sa part"*, *Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent*, p. 541. Daniel JOUSSE indique simplement que *"lorsque l'affaire devient légère par l'instruction, c'est le cas le plus ordinaire de renvoyer à fins civiles"*, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome 2, Partie III, Livre II, Titre XXIII, section II, p. 501. Enfin Robert Joseph POTHIER considère que, *"lorsque les faits portés par l'information ne paroissent pas devoir mériter une peine publique, et qu'ils ne sont pas d'ailleurs assez éclaircis pour décider des dommages et intérêts qui peuvent être prétendus par le plaignant, le juge reçoit les parties en procès ordinaire"*, *Œuvres Posthumes de M. POTHIER, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France*, Tome 8, p. 323.

<sup>139</sup> Claude DUPLESSIS, né en 1626, il meurt à Paris en 1681. Avocat au Parlement de Paris, il devint grâce à ses travaux le conseil de plusieurs grandes familles et même de COLBERT pour les affaires de l'état et du roi. Frappé par l'absence de méthode qui définissait les commentaires de la Coutume de Paris, il résolut de les corriger, notamment s'agissant des matières relatives au droit.

<sup>140</sup> DUPLESSIS (Claude), *Œuvres de Monsieur DUPLESSIS, ancien avocat au Parlement, divisées en deux volumes*, Paris, 1726-1728, Tome second p. 47.

*importance"*<sup>(141)</sup>, il en fixe cependant les termes. Outre le fait que le renvoi en procès ordinaire puisse s'opérer par "*la qualité du crime, qui est léger par sa nature comme rixe & injure verbale*"<sup>(142)</sup>, ou par "*la qualité des parties comme en fait de recellés et spoliation d'hoirie fait par une veuve ou des héritiers*"<sup>(143)</sup>, ce dernier rappelle que cette "*matière petite importance*" peut également se définir par "*la qualité de la preuve, comme en fait de crimes graves qui ne sont aucunement prouvés, ou dont les preuves ne sont pas suffisantes pour asseoir une condamnation à peine afflictive ou infamante*"<sup>(144)</sup>.

Quasiment plus d'un siècle après l'adoption de l'Ordonnance criminelle, Pierre François MUYART de VOUGLANS montre toute l'importance de la *preuve pleine et entière*. Pour autant, il ne confirme pas moins une pratique judiciaire consistant à contourner les conséquences d'une preuve imparfaite, à savoir de prononcer l'absolution de l'accusé. Il faut voir dans ces développements sur la réception en procès ordinaire en cas de preuve insuffisante ou douteuse, la volonté de ne pas laisser le crime impuni. On peut ainsi comprendre les raisons profondes qui amènent le juge à civiliser un procès commencé au criminel. Elles traduisent une volonté de poursuivre la procédure en l'absence d'une preuve légale. Aussi, cette *réception en procès*

---

<sup>141</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, Partie I, Titre XX, Article III, p. 477.

<sup>142</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, Partie I, Titre XX, Article III, p.477.

<sup>143</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, Partie I, Titre XX, Article III, p.477.

<sup>144</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, Partie I, Titre XX, Article III Ibidem, p.477. Propos qu'il confirme dans ses *Institutes* quand il écrit, "*Au reste, comme c'est par la qualité de la preuve que le Juge doit principalement se déterminer à convertir le Procès criminel en Procès ordinaire, ou le Procès ordinaire en Procès criminel ; si après avoir ordonné l'une ou l'autre de ces conversions, il vient à découvrir de nouvelles preuves, qui servent à la décharge ou à la conviction de l'accusé, rien ne l'empêche de reprendre les premières voies qu'il avoit d'abord abandonné*", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie V, Chapitre XV, p. 209-210.



*ordinaire*, qui certes peut être analysée comme une faveur faite à l'accusé devenue partie prenante de son procès, n'en constitue pas moins, lors du jugement, la négation certaine du principe de la présomption d'innocence.

En effet, le juge, pour apaiser sa conscience, se refuse à renvoyer des fins de la poursuite un accusé véhémentement soupçonné. Ce mécanisme procédural illustre donc l'impossibilité pour celui-ci de porter une appréciation personnelle sur les moyens de preuve débattus devant lui. Ce qui importe, c'est de châtier le criminel dès la connaissance du crime, et non de découvrir la vérité judiciaire. Le procès pénal de l'Ancien Régime interdit donc toute reconnaissance d'un droit à l'innocence. Bien plus, ce refus de considérer autrement l'accusé, que comme un coupable présumé, se retrouve également dans l'usage qui sera fait de recourir légalement à la violence, c'est-à-dire à la torture. Pour obtenir l'aveu de l'accusé, et par voie de conséquence, obtenir la preuve parfaite qui autorise à condamner, elle s'avère indispensable.

## **Paragraphe 2. Le recours à la torture ou la négation de la présomption d'innocence**

La nécessité pour le juge d'obtenir une *preuve pleine et entière* lui permettant de condamner le conduit à considérer toute la puissance de l'aveu que l'on doit impérativement obtenir. Le recours à la torture est ainsi envisagé alors qu'il se fait au détriment d'une innocence présumée (A). Les dénégations de l'accusé durant cet interrogatoire ainsi que ses rétractions, postérieurement aux aveux, sont sans incidence sur les poursuites engagées (B).

### **A) L'effet pervers de la preuve parfaite.**

En adoptant l'article 1 du Titre XIX de l'Ordonnance Criminelle de 1670 <sup>(145)</sup> malgré les réticences prudentes du Premier Président Guillaume de

---

<sup>145</sup> "S'il y a preuve considérable contre l'accusé d'un crime qui mérite peine de mort, et qu'il soit constant, tous juges pourront ordonner qu'il fera appliqué à la question, au cas que la preuve ne soit pas suffisante".

LAMOIGNON <sup>(146)</sup> ou les questionnements d'Henri PUSSORT <sup>(147)</sup> sur ce sujet précis <sup>(148)</sup>, le législateur, consacrant la pratique de la torture <sup>(149)</sup>, confirmait "*une conséquence -paradoxale, mais terriblement logique- du système de preuves légales*" <sup>(150)</sup>. Trouvant sa légitimité dans le principe que la justice ne pouvait laisser un crime sans réponse <sup>(151)</sup> et qu'elle se devait aussi d'assurer

---

<sup>146</sup> Ce dernier indique qu'il "*voyoit de grandes raisons de l'ôter; mais qu'il n'avoit que son sentiment particulier*", *Procès verbal des Ordonnances de Louis XIV tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, p.231.

<sup>147</sup> Henri PUSSORT, né le 8 juin 1615 à Rethel, il meurt le 18 février 1697. Avocat avant d'entrer au Grand conseil en 1641, il sera nommé, par Colbert, son neveu, conseiller d'Etat en 1655 et qui le fera siéger à la Chambre de justice qui jugera FOUQUET en 1664. Devenant un membre influent de ce conseil, il participe à l'élaboration des textes relatifs à l'Ordonnance civile et l'Ordonnance criminelle. Opposé à LAMOIGNON, il apparaît comme le défenseur de l'Etat monarchique face aux Parlements. En 1672, il reçoit une commission de conseiller au Conseil royal des finances. La mort de COLBERT paralyse sa carrière, néanmoins il devient, en 1791 Doyen de ce Conseil.

<sup>148</sup> Pour ce dernier "*la question préparatoire lui avoit toujours semblée inutile ; et que si l'on vouloit ôter la prévention d'un usage ancien, l'on trouveroit qu'il est rare qu'elle ait tiré la vérité de la bouche d'un condamné*", *Procès verbal des Ordonnances de Louis XIV tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, p.231

<sup>149</sup> Si des allusions y sont faites dans certaines coutumes et notamment celle du Beauvaisis retranscrites par BEAUMANOIR mais aussi dans certaines provinces du Midi, l'usage de la question apparaît officiellement dans un Ordonnance, prise par Louis IX en décembre 1254, et portant sur la "*réformation des mœurs dans le Languedoc et le Languedoil*". Ce texte précise, en son article 22, que "*les personnes de bonne renommée, même pauvres, ne seront pas mises à la question, sur la déposition d'un seul témoin*". Il ne fut pas traduit en langue d'Oïl, ce qui laisse à penser que les pays de coutume n'y avaient pas recours, bien que quelques coutumiers en fassent état. L'usage de la question, dont l'apparition est attestée dès le XII<sup>ème</sup> siècle, se généralisa au XIV<sup>ème</sup> siècle. Légalisée par l'article 112 de l'Ordonnance de Blois de 1498 (*Et lesdits procès faits à toutes diligences dessus-dites, jusques à la question ou torture...*) et l'article 163 de l'Ordonnance de 1539 (*Si par la visitation des procès, la matière est trouvée sujette à torture...*), elle sera confirmée par le Titre XIX de l'Ordonnance criminelle de 1670. Sur les origines de la question nous renvoyons à l'article de Jean Marie CARBASSE, Les origines de la torture judiciaire en France du XII<sup>è</sup> au début du XIV<sup>è</sup> siècle, *La torture judiciaire Approches historiques et juridiques* (Sous la direction de Bernard DURAND. Avec la collaboration de Leach OTIS-COUR), Lille, 2002, pp.381-419

<sup>150</sup> CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, n° 100, p.198.

<sup>151</sup> Comme le souligne Pierre François MUYART de VOUGLANS, "*le bien de l'humanité demande que les crimes ne demeurent point impunis*", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.244.

une répression prompte et efficace, mais également induite, selon Clément Charles François de LAVERDY <sup>(152)</sup>, par le fait que le juge ne se décidait pas suivant ses sentiments personnels <sup>(153)</sup>, le recours à la violence ou à la menace de cette violence s'imposait pour obtenir les aveux de l'accusé <sup>(154)</sup>. Certes, l'Ordonnance criminelle de 1670 en encadrait son usage. Soumise aux Parlements par la voie de l'appel obligatoire <sup>(155)</sup>, la question n'était appliquée que si les juges disposaient d'indices importants <sup>(156)</sup> contre un

---

<sup>152</sup> Clément Charles François de LAVERDY (l'Averdy), né le 4 novembre 1724 à Paris, il meurt dans cette même ville le 24 novembre 1793. Conseiller à la Chambre des requêtes du Parlement de Paris le 11 octobre 1743, il joue un rôle important dans le procès intenté, à partir de 1761, à l'encontre des jésuites, et ce, par qu'il leur voue une hostilité liée à son éducation janséniste. Nommé Contrôleur général des finances en décembre 1763, il tenta de réformer la taille et de libérer le commerce des grains des entraves fiscales, s'intéressa aux problèmes des landes et des friches, créa une caisse d'escompte qui ne fonctionnera que dix mois. Disgracié en octobre 1768, il se retire sur sa terre de Gambais, tout en participant aux travaux de l'Académie des Inscriptions où il avait élu le 6 septembre 1764 au fauteuil du marquis d'Argenson. Sous la terreur, arrêté sous l'accusation d'avoir fomenté un complot visant à affamer la République parce qu'il aurait jeté dans le bassin de son château des essais de culture de blé carié, il fut traîné à la Conciergerie et guillotiné le 24 novembre 1793.

<sup>153</sup> Cet auteur le rappelle avec un certain agacement, en écrivant que "*lorsqu'il y a une preuve presque complète acquise au procès contre un accusé, lorsqu'il y en a assez pour ainsi dire pour le condamner, si le juge n'étoit pas perpétuellement armé de scrupules, quand il s'agit de prononcer en définitif, on ordonne l'interlocutoire de la question préparatoire, qui achèvera de procurer la preuve complète*", *Code pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations, sur les crimes et délits, seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, Paris 1755, p. lvj-lvij.

<sup>154</sup> Comme le reconnaît Pierre François MUYART de VOUGLANS, "*la vérité sort souvent du sein même des passions qui troublent l'âme, telles que la douleur, la colère & la crainte*", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.244.

<sup>155</sup> "*Les sentences de condamnation à la question ne pourront être exécutées, qu'elles n'aient été confirmées par arrêts de nos cours*", Ordonnance criminelle de 1670, titre XIX, article 7.

<sup>156</sup> François SERPILLON énonce qu'il faut "*des preuves considérables ; c'est à dire, des preuves presque complètes, de violentes présomptions, du moins la déposition d'un témoin sans reproches, de laquelle on puisse induire que s'il y en a encore une pareille il y auroit conviction*", *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, p. cit. , Vol 2, p.165 ; de même Pierre François MUYART de VOUGLANS confirme-t-il que, "*la question préparatoire a été particulièrement introduite pour obliger l'accusé à se déceler lui même & pour tirer de sa bouche l'aveu d'un crime dont il se trouve d'ailleurs presque entièrement convaincu par la preuve considérable qui se trouve au procès*", *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Liv I, Titre VI, § 18, n°3, p.655 ; Daniel JOUSSE précise simplement qu'il faut "*qu'il y ait une preuve considérable*", *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, livre II, Titre XXII, section 1, n°11, p.478-479.

accusé poursuivi pour un crime capital, c'est-à-dire pour un crime qui encourait une peine corporelle (<sup>157</sup>).

Néanmoins, et indépendamment de ces restrictions, l'article 1 du Titre XIX consacrait l'effet pervers de la preuve légale puisque, ne pouvant fonder leur décision sur leur appréciation personnelle des preuves, les juges qui avaient la quasi-certitude que l'accusé était coupable, entendaient néanmoins recueillir ses aveux pour pouvoir le condamner. Il faut ici mettre en évidence cette contradiction entre le principe qui, normalement, imposait l'absolution de l'accusé lorsque la *preuve pleine et entière* n'était pas acquise, et le refus pour les juges de relâcher un suspect dont ils étaient convaincus qu'il avait commis le crime pour lequel il était poursuivi.

Grâce à la confession de l'accusé obtenue par les tourments, le juge transformait une culpabilité ressentie en une certitude juridique légalement établie (<sup>158</sup>). Indépendamment d'un certain fatalisme rencontré chez quelques auteurs "*puisque l'Ordonnance a laissé subsister l'usage de la torture, et qu'elle a même prescrit des formalités pour la faire subir*" (<sup>159</sup>), il faut néanmoins reconnaître que la doctrine, dans son ensemble, en justifie son usage car,

---

<sup>157</sup> La doctrine est unanime sur ce point, il doit s'agir d'un crime capital puni du dernier des supplices. A reprendre les différents modes d'exécution de la peine capitale établis par Pierre François MUYART de VOUGLANS dans ses *Institutes au Droit criminel*, notamment aux pages 287 et 288, on constate que la peine de mort s'appliquait à un nombre conséquent d'infractions tant contre les personnes que contre les biens, notamment le *crime de lèse majesté, la magie, l'hérésie, le blasphème, la sodomie, la bestialité, l'inceste, l'empoisonnement, l'incendie, l'assassinat, le meurtre d'un maître par son valet, le vol de grand chemin, le parricide, le viol, le recèlement de grossesse, la supposition de personnes, la fausse monnaie, le stupre, la banqueroute frauduleuse, le faux, le péculat, le larcin, le vol domestique, le recèlement de vol, le plagiat, l'assemblée illicite avec port d'armes, la sédition, l'émotion populaire*.

<sup>158</sup> Comme l'indique Guy du ROUSSEAUD de la COMBE la question provisoire "*tend à faire avouer, s'il est possible, à l'accusé le crime capital dont il est accusé, parce qu'il y n'a pas au procès de preuves suffisantes pour l'en convaincre*", *Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent*, p. 527.

<sup>159</sup> SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, p. 164. Ce dernier rapporte avoir fait usage de la torture car "*il y a environ vingt- cinq ans, que nous fumes encore forcés de condamner à la question préparatoire, le nommé Auribaut, de la paroisse de Planché en Nivernois, accusé de dix ou douze crimes, dont la plus grande partie étoient des assassinats sur les grands chemins, sans qu'il y en eût un seul parfaitement prouvé*", *ibidem*, p.163.

comme elle le précise, "*si les juges procédant au jugement du procès, ne trouvent point que les preuves produites contre l'accusé soient suffisantes pour le condamner, et que toutefois il ne soit pas juste de l'absoudre entièrement; pour avoir preuve entière de la vérité, ils ont accoutumé d'ordonner qu'il sera appliqué à la question*"<sup>(160)</sup>. La torture interdit au juge de laisser la moindre place au doute, ce qui évite de relâcher des accusés "*véhémentement soupçonnés*"<sup>(161)</sup>.

On se refuse à tirer toutes les conséquences de l'application logique du principe de la preuve légale qui voudrait que, les indices recueillis par le juge mais insuffisants pour constituer une preuve objective et complète, soient définitivement purgés. Cela montre en réalité la limite d'un mécanisme probatoire qui, normalement, constituait une protection des droits de l'accusé, voire même lui reconnaissait un droit à l'innocence dans le sens où la *preuve pleine et entière* n'étant pas rapportée, il fallait le relâcher. C'est donc parce que la preuve n'est pas complète que le recours à la question préparatoire s'avère indispensable puisque la justice ne peut accepter que des accusés, dont la culpabilité est presque démontrée, échappent aux châtements.

L'usage de la torture comme moyen d'instruction, indépendamment des conditions restrictives posées par le texte puisqu'il exige des *preuves considérables*, permet au juge de compléter les éléments de preuve qu'il

---

<sup>160</sup> LANGE (François), *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiaire, ou le nouveau praticien françois*, Seconde partie, p. 119. De même pour Pierre François MUYART de VOUGLANS, "*la question provisoire est ainsi appelée, parce qu'elle a pour objet de parvenir à l'entière conviction de l'accusé par l'aveu de son crime, dont les preuves ne sont pas d'ailleurs suffisantes pour opérer la condamnation*", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie V, Chapitre XIV, p.207-208. Enfin, Claude Joseph de FERRIERE que, "*La question ou torture, est un moyen dont les juges se servent pour tirer des accusés la vérité sur quelque crime qui mérite peine de mort ; soit pour leur faire avouer leur crime dont ils ne sont qu'à demi-convaincus par des indices et preuves non complètes...*", *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique avec les juridictions de France*, Tome second, verbo Question ou torture, p. 431.

<sup>161</sup> Daniel JOUSSE explique qu'"*on ne condamne jamais un accusé à la question, à moins qu'il n'y ait contre lui des preuves considérables ; ainsi on ne lui fait point l'injustice en lui imposant cette espèce de peine ; et il y auroit une plus grande injustice à le renvoyer absous, ou impuni, au préjudice de ces preuves*", *Traité de la justice criminelle de France*, Tome II, Partie III, Livre II, Titre XXII, Section 1, n° 3, p. 476.

détient pour rendre l'accusé objectivement coupable. Elle ne consiste nullement à établir la vérité judiciaire. Enfermé dans une mécanique probatoire qui l'oblige à réunir, dans le cadre d'une logique mathématique, les indices qui formeront la preuve parfaite, le juge s'interdit toute possibilité de rendre un jugement fondé sur un sentiment personnel, plus précisément en fonction de sa propre conviction. La volonté ici exprimée consiste à ne pas laisser les crimes impunis. Il ne peut être question de faire bénéficier à un accusé que l'on soupçonne fortement, des incertitudes du juge. Le doute ne peut lui profiter. Par ailleurs, le refus de tirer toutes les conséquences du mécanisme de la preuve légale, trouve aussi une confirmation lorsque les juges estiment pouvoir condamner un accusé qui nie sous la question ou rétracte ultérieurement les aveux passés sous l'effet de la souffrance.

### **B. Absence d'aveu ou dénégations tardives : deux situations sans effet sur le sort de l'accusé.**

La nécessité de compléter les indices recueillis par les juges, les amène à obtenir par la violence et sur procès verbaux, les aveux de l'accusé. Même si la validité de ces déclarations se trouve évoquée (<sup>162</sup>), la résistance que l'accusé peut offrir aux douleurs qui lui sont imposées mais aussi les rétractations faites après des aveux, demeurent sans incidence sur la reconnaissance de la culpabilité. En leur absence, les juges s'autorisent à condamner un accusé parce que les indices importants dont ils disposent ne sont pas purgés, c'est-à-dire qu'ils ne disparaissent pas (<sup>163</sup>). Evitant de

---

<sup>162</sup> Guy du ROUSSEAUD de la COMBE souligne que *"la déclaration d'un accusé dans les tourmens de la question provisoire, ne préjudicie point à l'accusé lorsque hors la question, étant sur le matelas ou paillasse, et interrogé d'abondant par le juge, il persévère et insiste à dire que tout ce qu'il a dit dans la question, a été pour faire cesser les douleurs qu'il enduroit, même qu'il se désiste de tout ce que les tourmens lui ont fait dire et arraché de sa bouche, rien de tout cela n'étant vrai ; un procès-verbal de question de cette qualité, ne laisse pas d'être embarrassant pour le jugement définitif de cet accusé"*, *Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent*, quatrième édition, Paris 1751, p. 536-537.

<sup>163</sup> *"la question avec réserve de preuves ne s'ordonnant que pour des crimes plus graves, et dont les indices sont plus pressans que dans le cas de la première, l'Ordonnance laisse aux juges la faculté de pouvoir condamner l'accusé, encore même qu'il n'aurait rien avoué"*, MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Les Loix criminelles de France dans leur*

relâcher un suspect suffisamment *indiciés*, ils mettent fin à l'impunité de grands criminels (<sup>164</sup>). Ce mécanisme, appelé *réserve des preuves*, et consacré par l'article 2 du Titre XIX de l'Ordonnance de 1670 (<sup>165</sup>), trouve son origine dans une pratique judiciaire des tribunaux et des Cours (<sup>166</sup>) qui permettait au juge de prononcer une peine moindre fondée en réalité sur une intime conviction (<sup>167</sup>). Favorablement accueilli par la doctrine criminelle de

---

*ordre naturel*, Livre I, Titre VI, Chapitre premier, paragraphe XVIII, p. 655. "Ces mots, sans rien avouer, dont se sert l'Ordonnance, prouvent qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé avoue à la question toutes les circonstances du crime, pour en être convaincu. On peut même en conclure que l'aveu de la moindre circonstance suffiroit, sur-tout en matière criminelle où la confession se divise ; car on prend ce qu'il avoue faisant charge contre lui, et on ajoute aucune foi à ce qu'il dit à décharge", SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Volume 2, Titre XIX, Article 2, n° 4, p. 176.

<sup>164</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS l'indique sans ambiguïté car "étant souvent impossible d'acquérir une entière conviction du crime, soit par les dépositions des témoins, soit par les pièces, soit par les indices qui concourent ensemble pour former cette preuve plus claire que le jour, qu'il faut pour condamner ; il n'y aura pas moins d'injustice à renvoyer absous celui qui est d'ailleurs suspect de crime, qu'il y en auroit à condamner celui qui n'est pas entièrement convaincu " *Institutes au Droit criminel criminel, ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p. 244. Même argumentaire chez Augustin Marie POULLAIN du PARC qui écrit, s'agissant de la réserve des preuves qu'"il est juste qu'ils les réservent en ordonnant la question, afin de ne pas procurer à l'accusé une entière impunité", *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne* Tome 12, Livre VI, Ch XXIII, n°8, p. 575.

<sup>165</sup> "Nonobstant la condamnation à la question, les preuves subsisteront en leur entier, pour pouvoir condamner l'accusé à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives, excepté toutefois celle de mort, à laquelle l'accusé qui aura souffert la question sans rien avouer, ne pourra être condamné, si ce n'est qu'il survienne de nouvelles preuves depuis la question".

<sup>166</sup> CHARONDAS le CARON note en effet qu'"anciennement auparavant l'Ordonnance de l'an 1539, les juges inférieurs avoient accoustumé aux sentences de torture, de mettre sans préjudice des indices et preuves résultans du procez", il précise toutefois que depuis l'adoption de l'Ordonnance criminelle de 1539 "les juges n'ont plus usé de cette réservation, & leur a été prohibé & deffendu par les Cours souveraines lesquelles ont toutefois [...] retenu cette puissance & autorité de dire de dire sans préjudice des preuves & indices résultans du procez", *Œuvres de Monsieur Louis CHARONDAS le CARON, jurisconsulte parisien*, Réponse LXXVIII, Livre VIII, p.411. Il confirme cette prérogative des Cours en indiquant que "Quant à la purgation des indices par la torture, les Cours Souveraines de France ont accoustumé de faire un retentum, sans que la question les indices soient purgez", *ibidem*, p.617, Réponse LXVI, Livre XII, p.411.

<sup>167</sup> Comme le souligne François SERPILLON "Il est vrai qu'il y a des crimes difficiles à prouver, & que quelques uns ont cru que les juges dans ce cas, comme dans celui de l'incendie, il ne fallait pas exiger des preuves si claires & si concluantes. Mais c'est une erreur manifeste : jamais la difficulté de prouver un crime n'a dispensé l'accusateur d'en faire la preuve, ni donné au juge le pouvoir de condamner, dans une preuve de conviction", *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Volume 2, Titre XXV, article XII, n°12, p. 322,

l'époque (<sup>168</sup>), cette possibilité de ne pas voir disparaître les éléments de preuve constituait, de fait, la négation du principe de présomption d'innocence.

Les juges, forts d'une certitude morale, trouvaient, grâce à un artifice juridique, la possibilité de statuer définitivement sur la culpabilité de l'accusé, alors qu'ils ne disposaient pas d'une *preuve pleine et entière*, et qu'ils doutaient de son innocence, compte tenu des soupçons qui pesaient sur lui. Se détachant des déclarations de l'accusé, ils se décidaient sur la valeur des preuves et des indices qu'ils appréciaient personnellement (<sup>169</sup>). Construction purement intellectuelle, cette *réserve des preuves* permettait aux juges de pallier l'absence d'aveu et de contourner ainsi le principe mécaniste de la preuve légale qui aurait voulu qu'en l'absence d'une *preuve pleine et entière* l'accusé, comme le souligne une doctrine constante soit renvoyé des

---

<sup>168</sup> Daniel JOUSSE précise "*lorsque le juge ne peut avoir une preuve entière contre l'accusé, & qu'il a contre lui une preuve considérable, il peut infliger une peine contre cette accusé mais moindre que celle qui lui seroit infligée, s'il y avoit contre lui une preuve complète ; ce qu'on appelle punir pro modo probationum*", il considère même que "*c'est ainsi que le décident la plus grande partie des auteurs*", *Traité de la justice criminelle de France*, Tome II, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, n° 193, p. 603. On retrouve des développements identiques chez François SERPILLON qui écrit qu'"il est même d'usage dans les Cours que lorsque les preuves sont *fores*, & cependant insuffisantes pour condamner au dernier supplice, tel que le mériteroit le crime, si la preuve étoit complète ; on condamne le coupable aux galères ou autres peines moindres que la mort, afin de purger la Société d'un membre qui ne pourroit que la troubler : c'est ce qu'on appelle, *pro modo probationum*" *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Volume 2, Titre XXV, article XII, n°13, p. 322. Egaleme nt chez Augustin Marie POUILLAIN du PARC quand il évoque l'usage de la question, "*Il est juste aussi qu'elle ne soit, en ce cas ordonné qu'avec réserves des preuves. Car la conviction plus ou moins grande que ces indices donnent aux juges contre l'accusé, doit les obliger de se conserver la liberté de prononcer, contre lui, toute autre peine que celle de mort en cas qu'il n'avoue rein à la question*", *Principes du Droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome 12, Livre VI, Chapitre XXIII, n° 8, p. 575. Sur cette question, nous renvoyons à l'article d'Yvonne BONGERT, *Le pro modo probationum : intime conviction avant la lettre*, *Revue historique de droit français et étranger*, 2000, p.163 et sqq.

<sup>169</sup> Daniel JOUSSE parlant du mécanisme de la preuve par arguments, ou conjecturale, précise qu'i s'agit "*une espèce d'analyse morale qui forme dans l'esprit du juge une conviction plus ou moins grande, suivant le rapport plus ou moins prochain que le fait principal, dont on cherche la preuve, a avec les faits qui sont connus et prouvés*", *Traité de la justice criminelle de France*, Tome premier, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre premier, n°8, p. 657. Il confirme cela quelques pages plus loin en écrivant que "*c'est dans cette estimation morale, que consiste la science du juge, & l'art de pouvoir distinguer une preuve complete d'avec une preuve imparfaite ; & c'est de cet examen que dépend le jugement qu'il doit former sur la nécessité de cette liaison des faits connus, au fait inconnu, ou sur la certitude de cette liaison*", *ibidem*, n°25 p. 664.



fins de la poursuite (<sup>170</sup>). Elle traduisait cette nécessité de vaincre la résistance de l'accusé de telle sorte que les crimes ne demeurent pas impunis.

Parce qu'ils ne peuvent réitérer la question (<sup>171</sup>), les juges vont alors s'affranchir des règles qui gouvernent la preuve légale au profit d'une intuition qui préfigure l'intime conviction mais au détriment d'un droit à l'innocence. Pour apaiser leur conscience et ne pas relâcher un criminel suffisamment indiciés, les juges examinent, dans le cadre d'une analyse personnelle, la force des indices et leur liaison pour arriver, non à la connaissance objective de la culpabilité, mais à une condamnation sur une certitude morale. L'absolution qui s'imposait, faute d'aveu, ne pouvait être prononcée parce que les juges n'étaient pas convaincus. Le droit à l'innocence ne pouvait être reconnu.

Cette entorse à la règle fixée par la doctrine se retrouve également lorsque l'accusé, immédiatement interrogé par le juge après avoir été soumis à la question (<sup>172</sup>), ne persévère pas dans les aveux passés sous les tourments, précisant qu'ils le furent sous l'effet de la douleur. Ceux-ci n'opéraient condamnation que parce qu'ils étaient réitérés librement devant le juge et le

---

<sup>170</sup> "L'effect de la question, quand en icelle le criminel n'a rien confessé : on tient pour commune opinion que les indices, quelques urgens, véhémens et indubitables qu'ils puissent estre, sont purgez", CHARONDAS le CARON, *Œuvres de Monsieur Louis CHARONDAS le CARON, jurisconsulte parisien, Tome premier contenant les quatres livres des Pandectes ou digestes du Droit françois et les commentaires sur la coustume de Paris*, Paris, 1637, p.726. François SERPILLON est aussi catégorique "lorsqu'il n'y a dans le jugement aucune réserve de preuves, et que l'accusé n'a rien avoué, les juges sont forcés de prononcer sur son absolution. Toutes les preuves sont anéanties par la condamnation à la question sans réserves", *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, p.176. De même chez Claude Joseph de FERRIERE "l'accusé ayant souffert la question sans rien avouer, doit être renvoyé absous, avec dépens, dommages et intérêts ; à moins que les juges qui l'ont condamné à la question, n'aient arêté que nonobstant la question, les preuves subsisteront en leur entier", *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique avec les juridictions de France*, Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M\*\*\*, Tome Premier, Toulouse, 1779, Tome 2, verbo Question préparatoire, p. 433.

<sup>171</sup> "Quelque nouvelle preuve qui survienne, l'accusé ne pourra être appliqué deux fois à la question pour un même fait", Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIX, article 12.

<sup>172</sup> "Après que l'accusé aura été tiré de la question, il sera sur le champ & de rechef interrogé sur ses déclarations & sur les faits par lui confessés ou déniés, & l'interrogatoire par lui signé, sinon sera fait mention de son refus", Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIX, article 11.

greffier (<sup>173</sup>). Dans ces conditions, ces rétractations ne pouvaient faire preuve contre les accusés qui auraient du, dans ces conditions, être renvoyés des fins de la poursuite (<sup>174</sup>). Pour autant, et pour apaiser leurs conscience parce qu'ils ne pouvaient plus utiliser la question préparatoire, les juges refusaient toute conséquence juridique à ces rétractations (<sup>175</sup>). Ils condamnaient, à une peine moindre, sur la base d'une preuve imparfaite qu'ils avaient complétée en faisant appel à leur certitude morale, considérant que les soupçons qu'ils portaient se trouvaient étayés par des indices (<sup>176</sup>), des présomptions ou des

---

<sup>173</sup> "L'aveu que la force des tourments arrache à un accusé, ne fait preuve contre lui qu'autant qu'il persévère lorsqu'il est délié et délivré de la torture" LAVERDY (Charles François Clément de), *Code pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations, sur les crimes et délits, seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p. lvij. Même conclusion chez Daniel JOUSSE qui écrit que "la plupart des auteurs prétendent que la confession faite à la question, ne fait preuve contre l'accusé, que quand elle est ensuite par lui ratifiée, lorsqu'il a été délié, & qu'il n'est plus les tourments [...]. Et c'est à quoi l'article 11 du titre 19 de l'Ordonnance de 1670, semble être conforme ; en ce qu'il exige qu'après que l'accusé a été tiré de la question, il soit interrogé de nouveau sur les faits par lui confessés ou déniés", *Traité de la justice criminelle de France*, Tome premier, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre II, n° 91, p. 690-691.

<sup>174</sup> "Souvent advient que le criminel appliqué à la question confesse, et depuis estant hors d'icelle interrogé sur la confession par luy faite en la question, denie, et allegue que par la violence des tourmens il auroit fait telle confession, encore qu'il n'en soit rien : Et en ce cas est couverte et purgée la confession par luy faite en gehenne : parce que pour le rendre convaincu par icelle, il faut qu'estant libre et hors le regard de la torture il y persiste", CHARONDAS le CARON, *Œuvres de Monsieur Louis CHARONDAS le CARON, jurisconsulte parisien*, Tome Second, Réponse LXXVIII, Livre VIII, p. 412. Pierre François MUYART de VOUGLANS précise également que "si l'accusé dénie le crime qu'il a avoué pendant qu'il étoit appliqué à la question, comme ne l'ayant fait que par la force des tourmens, protestant de son innocence, on doit alors regarder cet aveu comme s'il n'avoit pas été fait", *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, p.471.

<sup>175</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS confirme que "si le criminel rétracte l'aveu qu'il a fait en la torture, cette rétractation ne peut lui servir, lorsqu'il y a d'ailleurs de grands indices vraisemblables, & approchans fort de cet aveu", *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, p.471.

<sup>176</sup> Daniel JOUSSE les définit comme des "faits particuliers qui marquent qu'une chose a été faite, ou se fait, ou doit se faire ; & par le moyen desquels on peut parvenir à la connoissance de cette chose, ou fait principal qu'on cherche à découvrir", *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre VI, section première, p. 753, n° 245. Il donne aussi une liste graduée de ces indices qu'il classe ainsi : "1°les indices très violents, qu'on appelle aussi nécessaires & indubitables : 2°les indices graves, qu'on appelle aussi violents ou prochains : 3° les indices légers, qu'on nomme aussi douteux, éloignés & équivoques", *Traité de la justice criminelle de France*, p.754, n°246. Cf également Pierre François MUYART de VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.247 et sqq.

éléments de preuve recueillis durant le cours de l'information (<sup>177</sup>). Dès lors, la suspicion que les juges nourrissaient à l'égard de l'accusé, et quand il existait "*des indices prochains, assez forts pour former une preuve considérable*" (<sup>178</sup>), constituait le substrat d'une présomption de culpabilité et donc la négation d'un droit à l'innocence.

Ainsi la consécration législative de *la réserve des preuves* et des condamnations *pro modo probationum* qui a pour conséquence de contourner les strictes conditions d'application du mécanisme de la preuve légale constitue une atteinte au principe de la présomption d'innocence. En laissant au juge la faculté de se décider, parce que la collecte des preuves s'est montrée insuffisante, suivant une certitude morale, c'est-à-dire à partir d'une opération intellectuelle effectuée en dehors du champ réflexif imposé par la recherche d'une preuve parfaite, la doctrine crée les conditions d'une atteinte à la présomption d'innocence. Plus précisément, la nécessité d'assurer une répression efficace conduit les juges à contourner les difficultés que le doute ou les preuves incomplètes représentaient. Ce refus de faire bénéficier l'accusé des incertitudes du dossier, se concrétise également lorsqu'il s'agira de statuer définitivement au vu du rapport lu par l'un des juges réunis en chambre du conseil.

---

<sup>177</sup> Ce que souligne Robert Joseph POTHIER qui écrit que, "*si toutes les circonstances du crime, expliquées par l'accusé durant la question, quadroient tellement avec tout ce qui est au procès, qu'il parût moralement impossible que l'accusé en eût une si exacte connoissance, sans avoir eu part au crime, cette confession, quoique rétractée, ne laisseroit pas d'être de quelque poids. Au reste, tout cela est laissé la prudence du juge*", *Œuvres posthumes de Monsieur POTHIER*, p. 351-352. Antoine ASTAING cite un exemple de condamnation prononcée par le Conseil Souverain de Roussillon sur une certitude morale, *Droit et garanties de l'accusé de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>) siècle. Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, p.361, n°621.

<sup>178</sup> POULLAIN du PARC (Auguste-Marie), *Principes du Droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome 12, p.575.

## Section 2. La procédure de jugement interdit ce concept

Après que le Procureur du Roi eut déposé ses conclusions écrites "*absolument nécessaires pour pouvoir juger définitivement l'accusé*" (<sup>179</sup>), les juges se décidaient sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Cette seule alternative montrait qu'il n'existait aucune place pour le doute bien que la doctrine exposât cette notion (Paragraphe 1). Néanmoins l'accusé, dont la culpabilité n'était pas juridiquement rapportée par la *probatio plena*, pouvait se voir condamné sur le seul bénéfice du doute (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1 Une doctrine qui refuse l'incertitude.

Les traités de Droit criminel, publiés durant la deuxième moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle, vont décrire avec précision les obligations qui s'imposent au juge pour "*bien juger*". Se trouve ainsi évoquée l'idée qu'il ne pourra pas se décider s'il subsiste une incertitude. La réponse donnée, montre que ce sentiment reste sans conséquence sur la validité des poursuites engagées (A), mais surtout que le droit à l'innocence n'existe pas (B).

#### A) La place du doute chez les criminalistes

L'instruction étant terminée il était enjoint aux Procureurs du Roi ou fiscaux, selon l'article 3 du Titre XXIV de l'Ordonnance criminelle de 1670, de prendre des conclusions écrites (<sup>180</sup>) décidant du sort procédural de l'affaire, c'est-à-dire, soit de la condamnation de l'accusé, soit de son absolution. Ils pouvaient également décider de ne pas statuer définitivement en sollicitant des juges qu'ils rendent un jugement interlocutoire (<sup>181</sup>). Les requêtes,

---

<sup>179</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Vol 2, Partie III, Livre II, Titre XXIV, section première, n°2, p. 511.

<sup>180</sup> "*Ils donneront leurs conclusions par écrits & cachetées, sans expliquer les raisons pour sur lesquelles elles seront fondées*",

<sup>181</sup> Comme le définit Claude-Joseph de FERRIERE, il s'agit "*d'un jugement préparatoire qui ne décide point le fond de la contestation ; mais qui ordonne qu'il sera fait quelques chose pour l'instruction de la contestation, & pour parvenir à la connoissance de quelques faits, ou à*

déposées par la partie civile ou l'accusé (<sup>182</sup>) étaient alors examinés par les juges (<sup>183</sup>). Par la suite, l'instruction réalisée par l'un des juges au siège (<sup>184</sup>) faisait l'objet d'un rapport, lu par ce dernier aux autres juges, et dont on ne pouvait nier l'importance car il constituait la seule analyse de l'affaire (<sup>185</sup>). On procédait ensuite à l'interrogatoire de l'accusé.

Disposant enfin de l'ensemble des éléments réunis sur l'affaire criminelle qui leur était soumise, ils statuaient sur la culpabilité ou l'innocence de celui-ci. La décision prise en chambre du conseil, n'avait pour seul objet que de mettre "*fin au procès, en prononçant au fond sur la question principale, par l'absolution, ou la condamnation de l'accusé*"(<sup>186</sup>) ; ou les juges ne

---

*l'examen & à la preuve de quelque point de droit", Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique avec les juridictions de France, Tome 2, verbo Interlocutoire, p. 56.*

<sup>182</sup> Pourront néanmoins les parties présenter leurs requêtes, et y attacher les pièces que bon leur semblera, dont sera baillé copie à l'accusé ; [...] et pourra l'accusé y répondre par requête, qui sera aussi signifiée et baille copie, comme aussi des pièces qui y seront attachées..., article 3 du Titre XXIII de l'Ordonnance de 1670.

<sup>183</sup> "Dans les procès qui se jugent à la charge de l'appel par les juges royaux, ou par ceux des seigneurs, dans lesquels il y a des conclusions à peine afflictive, il faut pour les juger, au moins les juges trois juges, qui doivent être officiers [...]. A l'égard des jugements en dernier ressort, ils doivent être rendus par sept juges au moins..." JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section I, Article premier, n° 12, p. 524 et n° 14, p. 525.

<sup>184</sup> L'Ordonnance criminelle n'a pas réglé ce point et, généralement, l'usage voulait que le juge rapporteur soit celui qui avait procédé aux actes d'instruction. François SERPILLON précise en effet, au *Recueil général des prérogatives des droits des Lieutenans criminels* annexé à son *Code criminel*, que "les juges criminels sont rapporteurs de tous les procès non prévôtaux", *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, p.647, n°5. Cf LAINGUI (André) LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, Vol II, la Procédure criminelle, p. 100, CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, p.182, BLOIS (Stéphanie), *La défense dans le procès pénal de l'Ancien Régime : Etude de la pratique Angevine*, Thèse Droit , Paris, 2002, p.233 et sqq., et qui cite une procédure de la Sénéchaussée de BAUGE ayant comme Conseiller rapporteur le juge instructeur chargé du dossier.

<sup>185</sup> François SERPILLON souligne qu'"un Président ou un Lieutenant Chef de juridiction qui recueille les suffrages des autres Officiers, a le choix d'opiner le premier ou le dernier lorsqu'il n'est pas Rapporteur ; mais lorsque c'est lui qui fait rapport du procès, il est forcé d'opiner le premier ; c'est l'usage inviolable de tous les Tribunaux, parce que le Rapporteur est présumé mieux instruit des faits du procès que les autres Officiers", *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, p.299, n°7.

<sup>186</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section première, n°3, p.520.

disposaient pas d'une preuve parfaite <sup>(187)</sup> au vu des pièces versées dans le sac de procédure et ils renvoyaient l'accusé des fins de la poursuite, dans le cas contraire, ils condamnaient.

Néanmoins, ce truisme procédural n'était pas observé. Comme le souligne Daniel JOUSSE, il faut "*chercher tout ce qui peut établir l'innocence de l'accusé. En effet, toute la rigueur est contre l'accusé, pendant l'instruction du procès ; mais quand il s'agit de le condamner, il est du devoir des juges de chercher avec soin à découvrir son innocence*"<sup>(188)</sup>. A suivre le conseiller au Présidial d'Orléans, les juges doivent, non seulement adopter une conduite équilibrée et prudente dans l'examen des pièces réunies dans le sac de procédure <sup>(189)</sup>, mais aussi juger à charge et à décharge. Pour autant, une atténuation de la rigueur durant la phase d'instruction, ne constitue nullement la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Il est toujours rappelé aux juges qu'il ne faut "*rien négliger de tout ce qui peut établir la preuve du crime, et la conviction de cet accusé ; ce qui est une suite du devoir où ils sont de punir les crimes, et ceux qui en sont coupables*"<sup>(190)</sup>. La condamnation demeure un but à atteindre.

On relève donc ici toute l'antinomie de ces recommandations doctrinales qui n'incitent pas le juge à envisager d'autre solution que de condamner. Ils occultent un droit à l'innocence parce que leur réflexion s'opère dans des schémas ordonnancés dont ils ne peuvent sortir. Prouver la culpabilité de l'accusé demeure une obligation dont ils ne peuvent s'éloigner. La recherche de la vérité judiciaire reste étrangère à leur préoccupation. Ils ne peuvent

---

<sup>187</sup> Daniel JOUSSE rappelle que dans ses *règles particulières pour l'examen de la preuve* : " *La quatrième règle nécessaire au juge, est qu'il doit rendre son jugement, suivant les preuves qui sont au procès ; ce qui s'appelle juger secundum allegata et probata*", *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, section V, Paragraphe II, n°145, p.581.

<sup>188</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article premier, n° 127, p. 574.

<sup>189</sup> François SERPILLON confirme cette position en indiquant que " *les juges en fait de preuves doivent être timides & pencher pour la douceur [...]; ils doivent se dépouiller de toute prévention*", *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Tome II, p. 323.

<sup>190</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Volume 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article premier, n° 130, p. 575.

concevoir que l'accusé puisse fictivement être considéré jusqu'au jugement, comme n'ayant pas commis le crime pour lequel il est poursuivi.

Néanmoins, l'idée d'une présomption d'innocence fait pourtant son apparition sous la plume de Daniel JOUSSE. Celui-ci expose dans son *Traité sur la Justice criminelle*, et plus précisément dans une partie consacrée aux *Sentence Jugemens & Arrêts*, que, "*quoiqu'il soit également contre le bien de la justice de condamner un innocent, & d'absoudre un coupable, on ne peut douter néanmoins qu'il y a toujours moins de danger à absoudre qu'à condamner ; I°. parce que la présomption est toujours pour l'innocence*"<sup>(191)</sup>. Pour autant, ces développements ne constituent pas les prémices d'un principe organisant le procès pénal car ils sont évoqués lors du prononcé de la peine. Sur ce point, il rappelle que le juge ne peut se départir d'une nécessaire retenue puisque "*la clémence est principalement ce qui rend le juge recommandable [...]; car un juge trop sévère est non-seulement punissable devant Dieu, mais encore devant les hommes*"<sup>(192)</sup>. Ce qui apparaît comme une présomption pour l'innocence se définit plutôt comme la possibilité pour le juge, suivant le devoir moral qui le guide, de faire preuve d'une certaine modération dans la peine infligée à l'accusé <sup>(193)</sup>.

Pour Daniel JOUSSE, cette présomption d'innocence, ne constitue pas la mise en application d'une fiction où l'accusé est tenu pour innocent jusqu'à sa condamnation, et qui intègre également le doute dans le processus décisionnel, facteur essentiel d'une décision d'absolution. Comme il le souligne, "*dans les faits douteux il faut toujours incliner du côté le plus doux [...]. Plus les crimes sont graves, & plus ils sont éloignés de l'idée de l'humanité ; ainsi on doit d'autant moins les présumer ; & par conséquent il est nécessaire d'avoir des preuves*

---

<sup>191</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Volume 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article premier, n° 130, p. 575.

<sup>192</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Volume 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article VI, n° 274, p. 640.

<sup>193</sup> "*les juges doivent, sur-tout, examiner scrupuleusement, & peser avec beaucoup d'attention toutes les circonstances qui vont à la décharge & à l'adoucissement des peines que mérite un accusé*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV Section 1, article VI, n° 275, p. 641.

évidentes "(<sup>194</sup>). En décidant ainsi, le juge fait ici application de ce qui constitue les circonstances atténuantes. Pour le Conseiller au Présidial d'Orléans celui-ci peut condamner, à une peine moindre, l'accusé qui n'est pas entièrement convaincu par une *preuve pleine et entière*. Il ne s'agit pas d'absoudre parce qu'il y a un doute, mais d'adapter la peine au fait criminel qui se trouve imparfaitement prouvé.

Pierre François MUYART de VOUGLANS évoque également cette problématique du doute lorsque le juge prend sa décision. En rappelant en effet que "*les obligations qui concernent les dispositions intérieures du juge, lui sont prescrites également par les lois divines et humaines*"(<sup>195</sup>), celui-ci précise qu'"*elles consistent principalement [...]. 3. A régler son jugement sur les preuves qui lui sont administrées, & non sur ce qui est de sa connoissance particulière, suivant la maxime que nous avons déjà citée : judex debet judicare escundum allegata & probata*"(<sup>196</sup>), mais également "5. A pencher dans le doute en faveur de l'absolution, plutôt que de la condamnation de l'accusé suivant cette belle maxime de l'Empereur Trajan : "*satius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*"(<sup>197</sup>). La encore, la lecture de ces quelques lignes ne signifie pas pour autant l'évocation d'un droit à une innocence présumée dont bénéficierait à l'accusé puisqu'elle ne se rapporte pas au droit de la preuve.

L'avocat au Parlement de Paris le confirme dans un autre de ses ouvrages en écrivant que "*dans les cas absolument douteux, le juge doit incliner pour la*

---

<sup>194</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV Section 1, article VI, n° 276, p. 641.

<sup>195</sup> MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre I, Chapitre I, Paragraphe II, p. 257.

<sup>196</sup> MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre I, Chapitre I, Paragraphe II, p.257.

<sup>197</sup> MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.257.



*clémence, par la raison comme nous l'avons dit que l'on doit toujours pencher en faveur de l'innocence de l'accusé"*<sup>(198)</sup>. Procédant à l'identique de Daniel JOUSSE, celui-ci renvoie donc à cette analyse qui énonce que le doute constitue une atténuation des circonstances du fait criminel et non une des articulations d'un mécanisme général qui, dispensant l'accusé de rapporter la preuve de son innocence, lui fait bénéficier de l'absence d'une preuve parfaite. L'évocation du doute modifie la grille de lecture du fait criminel. Il ne s'agit pas de renvoyer l'accusé des fins de la poursuite, mais simplement d'atténuer les rigueurs d'une peine qui ne peut être légalement prononcée parce que la *preuve pleine et entière* n'est pas réunie.

Face à une volonté réelle de réprimer le fait criminel, le mécanisme de la présomption d'innocence ne peut s'appréhender dans son acception moderne. Pierre François MUYART de VOUGLANS le confirme quand il précise que, si l'accusé *"doit être renvoyé sur le seul défaut de preuves de la part de son accusateur : cependant il faut convenir que ce privilège qui est fondé sur l'axiome de droit actore non probante reus absolvitur n'a pas la même étendue parmi nous que chez les romains où tout le monde pouvoit accuser. Comme nous n'avons proprement qu'un seul accusateur, qui est la partie publique & qu'il arrive souvent que plusieurs délits demeuraient impunis par le défaut d'accusateur, on a cru pouvoir établir pour maxime que l'accusé ne pouvoit être entièrement déchargé qu'en justifiant son innocence d'une manière juridique"*<sup>(199)</sup>. Les poursuites engagées à la seule initiative du ministère public interdisent donc de considérer l'accusé comme un innocent supposé.

Pour ce dernier, la prédominance d'une politique pénale répressive impose à l'accusé de démontrer son innocence. Elle interdit au juge de lui faire bénéficier de ses incertitudes personnelles rencontrées lors de l'examen du

---

<sup>198</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, p. 818.

<sup>199</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.48

dossier. L'accusé, pour s'opposer à l'action intentée contre lui doit activement réagir. Il lui est en effet possible de déposer des requêtes pour faire constater l'irrégularité de la procédure et en obtenir son annulation, ou alors, en excipant de faits justificatifs (<sup>200</sup>), démontrer son absence de participation aux faits poursuivis, voire même l'excuser. Il ne bénéficie aucunement de ce trouble positif qui pourrait entraver la décision de condamnation. Le droit à l'innocence est donc étouffé.

L'intérêt présenté par ces développements, outre qu'ils sont l'œuvre de criminalistes reconnus, consiste dans leur ambiguïté rédactionnelle. Ces auteurs mettent en évidence la difficulté pour le juge d'être, lorsqu'il doit se décider, d'être confronté à des sentiments intérieurs qui l'amèneraient à ne pas condamner. En décrivant ainsi avec précision les règles qu'un juge doit suivre pour statuer sur la culpabilité de l'accusé, la doctrine examine, certes le sentiment du doute, mais paraît devoir le circonscrire au temps procédural du jugement. La réponse ainsi apportée sur cette question consiste dans une recommandation morale où la douceur de la peine doit l'emporter sur la sévérité parce que cette démarche se trouve conforme aux desseins de la volonté divine. Il ne s'agit nullement de la description d'un principe procédural fixe encadrant la marche du procès pénal et assurant à l'accusé le bénéfice d'une accusation incertaine.

Les criminalistes ne cherchent qu'à préciser ce qui doit animer le juge quand il prend sa décision, mais non à décrire un enchaînement procédural qui permette de conduire à une absence de culpabilité. En effet, le bénéfice du doute, mécanisme qui participe de la présomption d'innocence, favorise l'accusé. Il le dispense d'intervenir dans le procès pénal, voire de concourir à la recherche de la vérité, laissant à l'accusation ou à la partie civile de démontrer la culpabilité de celui qui est soupçonné, et justifiant dans ces conditions, quand ces derniers n'y parviennent pas, de prononcer une

---

<sup>200</sup> Comme le définit Daniel JOUSSE, *"On entend par faits justificatifs, tous les faits qui peuvent servir à prouver la fausseté de l'accusation intentée contre celui qui est poursuivi criminellement ; ou à justifier son innocence ; ou à rendre son crime excusable"*, *Traité de la Justice criminelle de France*, Vol I, Partie III, livre I, Titre II, Chapitre premier, p. 615.

absolution. Or, à considérer les développements de Pierre François MUYART de VOUGLANS puis de Daniel JOUSSE, il nous faut constater que ces lignes s'inscrivent dans une tradition doctrinale qui marque un réel attachement au système de la preuve légale.

La difficulté que rencontrent les juges pour parvenir à une *preuve pleine et entière* trouve son épilogue dans des réponses doctrinales médianes qui permettent de s'affranchir des règles rigoureuses impérativement fixées. Il n'est pas concevable qu'un accusé puisse être regardé comme innocent jusqu'au jugement, c'est à dire comme n'ayant pas commis le crime pour lequel il est poursuivi, tout au plus lui accorde t-on le bénéfice d'une bonté supposée <sup>(201)</sup>. Se trouve ainsi rappelé de façon indirecte, mais permanente, le principe que la justice criminelle doit être rendue avec célérité <sup>(202)</sup>, et ce parce qu'elle prévaut sur toutes les autres matières <sup>(203)</sup>. Le doute ne peut avoir aucune incidence sur la consistance même de la preuve pénale. Il ne constitue qu'un moyen pour tempérer la rigueur du châtement, le juge doit se décider rapidement, mais sans excès <sup>(204)</sup>. L'évocation ambiguë d'une présomption d'innocence demeure en réalité sans véritable conséquence sur le sort de l'accusé, mais aussi sans effet sur la marche du procès pénal.

---

<sup>201</sup> " Comme en général le mal ne se présume point, et que suivant les préceptes de la religion chrétienne il n'est pas permis de juger témérairement les actions de son prochain, les actions civiles et canoniques s'accordent à lui être favorable", MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.48.

<sup>202</sup> "D'un autre côté il importe pour le bien de la justice et pour la sûreté publique que les crimes ne demeurent point impuni, et d'en empêcher le progrès par la terreur des châtements, ces mêmes lois ont voulu qu'on ne négligeât rien pour s'en assurer la preuve" MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p. 48.

<sup>203</sup> "Enjoignons à nos juges, même à nos cours de travailler à l'expédition des affaires criminelles par préférence à toutes autres ", Ordonnance de 1670, Titre XXV, Article I.

<sup>204</sup> Daniel JOUSSE confirme ce point en poursuivant sa description sur le comportement personnel que doit suivre le juge puisqu'il écrit que "*la sixième règle est que dans les faits douteux il faut toujours incliner du côté le plus doux*", *Traité de la Justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Article VI, n°276, p. 641.

## **B) Une présomption d'innocence partiellement évoquée mais sans conséquence juridique.**

Les nombreuses explications doctrinales publiées sur le mécanisme de la preuve pénale décrivent avec précision l'ensemble des indices, présomptions et autres éléments matériels auxquels le juge recourait, et qui lui permettait, suivant une démonstration logique de démontrer la culpabilité de l'accusé. Comme se trouvaient décrites les conditions dans lesquelles la *preuve pleine et entière* était rapportée, il ne pouvait exister de situations intermédiaires qui bénéficient à l'accusé lorsque celles-ci n'avaient pas été effectivement réunies. On ne pouvait admettre de consacrer, par un mécanisme intellectuel, que l'accusé soit définitivement libéré de toute accusation ou parce que le juge doutait de sa culpabilité.

Cette situation fut cependant abordée par la doctrine, et plus spécifiquement dans des ouvrages didactiques ou des publications spécialisées de cette fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle destinés à apporter, aux professionnels, des réponses ou des définitions précises sur toutes les questions de droit. Fallait-considérer que l'accusé disposât d'un autre statut procédural différent, plus précisément pouvait-on concevoir que ce dernier bénéficie d'un droit à l'innocence tant qu'il n'avait pas été statué définitivement sur son sort. Les *Répertoires de jurisprudence* et autres *Dictionnaires de droit* qui, comme le souligne Claude Joseph de FERRIERE <sup>(205)</sup>, contiennent "*non seulement les définitions de tous les termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique, mais aussi des recherches curieuses sur l'étymologie de ces termes*"<sup>(206)</sup>, en apportant une réponse, certes elliptique, constitue une grille de lecture précise sur le rapport que le juge entretient entre la preuve et la culpabilité, mais aussi entre l'innocence et le doute. Ces ouvrages

---

<sup>205</sup> FERRIERE (Claude Joseph de), (1680-1748), fils de Claude de FERRIERE, devenu professeur en 1703, il occupe pendant quarante quatre ans une chaire à Paris et sera Doyen régent de la faculté de droit de Paris pendant vingt-huit ans. Avocat au Parlement. Il reprend et augment les ouvrages de son père, notamment une *Introduction à la pratique* qui devient un *dictionnaire du droit* en 1740, et auquel BOUCHER d'ARGIS devait apporter des articles additionnels.

<sup>206</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome Premier, Avertissement.

assurent, au demeurant, un viatique indispensable et rassurant pour les professionnels du droit (<sup>207</sup>), car ils fixent, non sans précision, la solution que le juge doit prendre quand il ne dispose pas d'une preuve parfaite. Ils démontrent l'inexistence d'un droit à l'innocence.

Les articles consacrés, non seulement à la preuve pénale, mais aussi à la démarche que le juge doit adopter pour pouvoir condamner, se situent dans une stricte orthodoxie puisqu'ils rappellent de façon constante que la preuve doit être *pleine et entière*. Ils font le constat que l'impossibilité pour y parvenir ouvre un nouveau champ de réflexion, puisque le juge se trouve dans l'obligation de décider alors qu'il existe une incertitude. Celui-ci est confronté à une alternative qui est de supposer, c'est à dire de poser comme hypothèse de réflexion que l'accusé demeure innocent dès le début de la procédure et donc de l'absoudre en cas de preuve incomplète, ou de constater la réalité d'indices importants qui certes, ne constituant pas une preuve complète, l'amènent néanmoins à condamner parce qu'il est simplement convaincu de sa culpabilité.

Claude Joseph de FERRIERE dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* montre ainsi que ce qui constitue un glissement vers l'intime conviction, et qui bénéficie à l'accusé parce qu'elle lui évite une condamnation capitale, se fait au détriment de la vérité judiciaire. Il s'agit d'une atteinte effective à la présomption d'innocence. Au mot "*conviction*" qu'il définit comme étant "*la preuve de la vérité d'un fait, ou d'un point de doctrine qui a été*

---

<sup>207</sup> "Ce dictionnaire est donc comme la clef du droit & de la pratique, l'ordre dans lequel les matières y sont rangées, donne la facilité de trouver sur le champ le point dont on veut être éclairci ; ensorte que c'est un des premiers livres que doivent avoir ceux qui se consacrent à l'étude de la jurisprudence, & qui sont employés dans l'administration de la justice, & un des livres auxquels ils doivent avoir recours le plus souvent", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome Premier, Avertissement. Pour Nicolas GUYOT, ces ouvrages constituent "comme une sorte de bibliothèque de jurisprudence, ou les juges de tous les tribunaux trouveront avec facilités des règles sûres pour les diriger dans les fonctions épineuses de la magistrature ; ou les défenseurs des citoyens puiseront des moyens pour faire triompher la justice et l'innocence", *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, ouvrage de plusieurs juriconsultes ; publié et mis en ordre par Mr G\*\*\*, Ecuyer, ancien Magistrat. Paris, 1775, Tome 1, p. xij-xiiij.

*controversé*"<sup>(208)</sup>, il précise, qu'elle doit être "*évidente, pleine et entière, pour que celui qui est accusé en quelque crime, soit condamné à la peine que la loi prononce contre le coupable de ce crime*"<sup>(209)</sup>. Les termes utilisés pour qualifier l'attitude du juge dans la dernière phase du procès pénal, sont identiques à ceux employés pour qualifier la preuve légale. Il est donc manifeste que le juge, même dans l'analyse personnelle des indices et des moyens de preuve qu'il entreprend, ne doit pas s'en détacher. Ne disposant d'aucune liberté d'appréciation, celui-ci n'a d'autre objectif que de réunir l'ensemble des éléments qui construiront une *preuve pleine et entière* seule susceptible de permettre une condamnation. Preuve et conviction étant ainsi confondues, elles ne peuvent conduire à l'émergence d'un droit à l'innocence qui impliquerait nécessairement de se détacher des règles rappelées immuablement par la doctrine.

Poursuivant son développement, et considérant qu'une accusation puisse se construire sur de simples présomptions, il reconnaît cependant que la condamnation résultera du seul raisonnement des juges, construit en fonction des indices recueillis. Fondée sur la seule conviction, Claude Joseph de FERRIERE relève toutefois l'ombre d'une possible erreur judiciaire <sup>(210)</sup>. Mais, ce questionnement demeure vain puisque l'auteur poursuit son développement en précisant qu'"*il est de l'intérêt public que les crimes ne demeurent pas impunis, quand il y a contre un accusé des preuves qui ne sont pas suffisantes pour le condamner à la peine que la loi prononce contre le coupable du crime dont il est accusé, le juge doit faire ce que nous avons dit,*

---

<sup>208</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

<sup>209</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

<sup>210</sup> "*Ne doit-on pas plutôt, sur une possibilité présumer l'innocence que le crime ? Autrement quelle innocence seroit à l'abri, si on lui faisoit son procès sur des conjectures ?*", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

lettre P, en parlant de la preuve pleine et entière en matière criminelle"<sup>(211)</sup>, c'est à dire la possibilité, comme il le précise, de "condamner l'accusé à quelque peine suivant les circonstances, mais ordinairement à une peine moindre que celle qui est prononcée par la loi contre ceux qui sont pleinement convaincus"<sup>(212)</sup>. La doctrine concrétise le sentiment que les praticiens avaient de ne pas vouloir renvoyer des fins de la poursuite un accusé dont ils étaient persuadés de la culpabilité, bien qu'ils n'en n'aient pas légalement recueilli la preuve.

Cette négation d'un droit à l'innocence se retrouve également chez un autre auteur, Jean Baptiste DENISART <sup>(213)</sup>. Dans sa *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* <sup>(214)</sup>, ouvrage exposant aussi, par ordre alphabétique, des solutions et des réponses pratiques aux questions de droit posées par les praticiens, cet auteur fait également référence à la situation procédurale de l'accusé durant l'instruction et le procès. Il écrit ainsi au mot *présomption* que, "*l'accusé est présumé coupable pendant le cours de la procédure & pendant l'instruction qui se fait contre lui ; mais cette présomption cesse à l'instant du jugement : alors il doit être présumé innocent ; & c'est dans ce point de vue*

---

<sup>211</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

<sup>212</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo preuve pleine et entière en matière criminelle, vol 2, p.377.

<sup>213</sup> Jean Baptiste DENISART, né à Iron (Aisne) en 1712, meurt à Paris le 4 février 1765. Jurisconsulte, Procureur au Châtelet de Paris, il entreprend la rédaction d'une *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* publiée pour la première fois entre 1754 et 1756 (6 vol) puis complétée successivement en 1757 (2 vol), 1763-1764 (3 vol), 1768, 1771 (4 vol) mais dont le défaut était, comme le précise la *Biographie universelle, ancienne et moderne* ",de faciliter aux plus ignorants la connaissance d'une science, dont il ne leur donne cependant que des idées incomplètes ou décousues", MICHAUD (Louis Gabriel) *Biographie universelle, ancienne et moderne : ou histoire, par ordre alphabétique, de la vie publique et privé de tous les hommes qui se sont faits remarquer par leurs écrits, leurs actions, leurs talents, leurs vertus ou leurs crimes*, 1811-1862, vol 11, p. 89. Postérieurement à son décès, cet ouvrage, toutefois incomplet, fut réédité pour les neuf premiers volumes par MM CAMUS et BAYART entre 1783 et 1790, puis pour les cinq derniers par M. CALENGE, la dernière édition datant de 1808.

<sup>214</sup> Nous nous sommes référés à la sixième édition publiée en 1768.

*d'innocence qu'il faut examiner les preuves"*<sup>(215)</sup>. On passe ici, en fonction du temps procédural qui rythme le procès pénal, d'une présomption de culpabilité à une présomption d'innocence. Cette alternance dans la situation procédurale de l'accusé ne peut s'expliquer que par le fait que l'on cherche, sans doute, à atténuer les rigueurs de l'instruction où le juge n'avait d'autre but que de rechercher la vérité des faits, c'est-à-dire réunir tous les éléments de preuve. Au contraire, les juges, réunis en chambre du conseil pour statuer sur les éléments réunis dans le sac de procédure, devaient faire preuve de tempérance et d'équanimité en neutralisant leur regard sur l'accusé. Jean Baptiste DENISART lui retire toute efficience, mais surtout ne perçoit pas la finalité de ce qu'il énonce comme un principe.

Conçu initialement par Joseph Nicolas GUYOT <sup>(216)</sup> et continué ultérieurement par Philippe Antoine MERLIN de DOUAI <sup>(217)</sup>, le *Répertoire*

---

<sup>215</sup> DENISART (Jean Baptiste), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1768, sixième édition, Vol 3, verbo présomption, p. 185, n° 8.

<sup>216</sup> Joseph Nicolas GUYOT, il naquit à Saint-Dié le 2 décembre 1728 et mourut le 7 mars 1816 à Paris. Destiné à la carrière des armes, il est pourvu d'une lieutenance, dès l'âge de 16 ans, sert dans l'infanterie et participe à la guerre de succession d'Autriche. Son unité dissoute, au lendemain de la paix de 1748, il étudie le droit à l'Université de Pont-à-Mousson et devient, comme son père, Avocat à la Cour souveraine de Lorraine et de Barrois le 16 décembre 1748. En 1759, il devient Conseiller au Bailliage de Bruyères le 10 juin 1757, fonction qu'il quitte en 1768 pour s'installer à Paris où il travaille au *Grand Vocabulaire français*, avant de prendre part à la rédaction de l'*Encyclopédie méthodique*, consacrée au droit et dirigée par Charles Joseph PANCKOUCKE. Elu juge au Tribunal de cassation le 3 janvier 1795, il dut démissionner de ses fonctions 9 mois plus tard puisque la loi du 3 brumaire an IV interdisait aux enfants d'émigrés d'occuper des postes publics. Sa renommée se fera avec le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiaire ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\*, écuyer, ancien magistrat* publié en 81 volume in 8° dont 17 de suppléments. MERLIN rachètera par la suite le Répertoire dont il publiera une troisième édition en 1807, une quatrième en 1812-1826, un cinquième en 1827-1828.

<sup>217</sup> Philippe Antoine MERLIN, né à Arleux (Nord) le 30 octobre 1754, il décède à Paris le 25 décembre 1938. Inscrit avocat au tableau du Parlement de Flandres le 21 juillet 1775, il fut reçu avocat au Parlement de Paris le 12 juin 1777. Sollicité comme d'autres juristes comme DE SEZE, LANJUINAIS, GARAT, TREILHARD, il participe à la rédaction du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence en matière civile, criminelle, canonique et bénéficiaire* publié par Joseph Nicolas GUYOT. Elu député du Tiers Etat de Douai le 4 avril 1789, membre de trois comités, Vérification, Féodal et Aliénation des Domaines nationaux, il devient, le 4 septembre 1791, président d'un tribunal d'arrondissement de Paris et président du tribunal criminel du Nord à Douai. Député en 1792 à la Convention nationale, il votera pour la mort du roi. Nommé le 13 janvier 1793 commissaire en Belgique puis le 30 avril commissaire près l'armée des côtes de Brest, il revint à Paris en août de la même année où il s'enferme au Comité de législation. Il participera ainsi aux discussions relatives à la création d'un Tribunal révolutionnaire et sur la loi des suspects,



*universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* (<sup>218</sup>), s'en fait également l'écho l'ouvrage dans un article consacré au mot *doute*. Son auteur, François DAREAU (<sup>219</sup>), en rappelant à titre liminaire que c'est "*la position la plus embarrassante pour le juge*"(<sup>220</sup>), définit ce terme (<sup>221</sup>) comme celui "*qui naît d'une infinité d'idées opposées entre elles sur des questions problématiques*"(<sup>222</sup>). Posant le problème de cette situation où le juge ne peut se déterminer en l'absence de certitude, il énonce

---

et sera membre du Comité de salut public du 15 fructidor an II (1<sup>er</sup> septembre 1794) au 15 nivôse an III (4 janvier 1795) puis du 15 pluviôse an III (3 février 1795) au 15 prairial de la même année (3 juin 1795) et enfin du 15 thermidor an III (2 août 1795), et ce, jusqu'à la fin de la Convention. Devenu sous le directoire, ministre de la police générale, le 12 brumaire an IV (13 novembre 1795), puis ministre de la justice le 14 germinal an IV (3 avril 1795), il entre, après le coup d'état de floréal, au directoire exécutif dont il démissionne le 18 juin 1799. Nommé, le 19 germinal an VIII (9 avril 1800), substitut du commissaire du gouvernement près le Tribunal de cassation, il devient Procureur Général impérial le 28 floréal an XII (18 mai 1804) puis par décret du 15 août 1809, comte d'empire. Exilé comme régicide en 1815, il rentre en France en 1832 et devient membre de l'institut. Pour plus de précision sur la biographie de *Merlin de Douai*, nous renvoyons à l'ouvrage d'Hervé LEUWERS, *Un juriste en politique Merlin de Douai (1754-1838)*.

<sup>218</sup> Comme le souligne Joseph Nicolas GUYOT, il s'agit d'"une sorte de bibliothèque de jurisprudence, où les juges de tous les tribunaux trouveront avec facilité des règles sûres pour les diriger dans les fonctions épineuses de la magistrature ; où les défenseurs des citoyens puiseront des moyens pour faire triompher la justice et l'innocence", *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\*, écuyer, ancien magistrat*, Paris, 1775, p. xiiij.

<sup>219</sup> François DAREAU, il naît à Sainte-Feyre (Creuse) le 21 mars 1736 et meurt à une date indéterminée mais avant 1784. Avocat au Présidial de Guéret et au Parlement de Paris, homme de lettres, il fait partie de la Société littéraire de Clermont-Ferrand. Il est aussi l'auteur d'un traité des injures qui sera publié à Paris en 1775. Sa contribution au dictionnaire est importante puisqu'il écrira 313 articles qui se retrouvent, à l'exception d'un seul, dans les sept premiers volumes. Intéressé aux questions les plus diverses, il écrit de nombreux articles sur l'Eglise, la jurisprudence bénéficiale, les ordres religieux, le droit pénal la procédure criminelle, la procédure civile, l'organisation judiciaire, l'état des personnes, les régimes matrimoniaux. Pour plus de précision nous renvoyons à l'article de Charles-Antoine CARDOT, *Regards sur le droit en France au temps de Louis XVI : le " Répertoire universel et raisonné de jurisprudence " (1776-1785)*, *Annales de la faculté de droit et de science politique*, 1974, fascicule 11, plus précisément p. 231 et sqq.

<sup>220</sup> GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\**, verbo *Doute*, Volume 21, p.213.

<sup>221</sup> Cet article sera intégralement repris par MERLIN dans son *Répertoire Universel de jurisprudence* avec cette mention que les principes développés n'ont plus cours depuis l'adoption du Code d'Instruction Criminelle.

<sup>222</sup> GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\**, p.213.

ainsi, en quelques lignes que *"le sort de l'accusé ne peut jamais être douteux, parce que, dans l'incertitude de savoir s'il est coupable ou non, on doit le présumer innocent. C'est une maxime publiée par tous les jurisconsultes, qu'il vaut mieux absoudre un coupable, que de condamner un innocent"* <sup>(223)</sup>. Cependant, si le terme même est ici exprimé, il ne préfigure aucunement son acception moderne.

Poursuivant son raisonnement, le collaborateur de cet ouvrage savant montre que l'absence de certitude juridique ne constitue nullement un obstacle à une condamnation car *"malgré qu'il ne soit pas évident que l'accusé est l'auteur du délit qu'on lui impute, il peut se présenter contre lui des soupçons si violents, qu'en même temps qu'on craint de le condamner, on craint aussi de l'absoudre"* <sup>(224)</sup>. Les juges s'autorisent donc à ne pas absoudre parce que les circonstances les y autorisent <sup>(225)</sup> mais aussi parce qu'*"un accusé sans être parfaitement coupable peut n'être pas entièrement innocent"* <sup>(226)</sup>. L'impératif de répression induit la réponse procédurale du juge qui, bien qu'éloigné du mécanisme de la preuve légale, ignore le droit à l'innocence simplement parce que le soupçon l'emporte. Cette évocation d'une situation juridique que l'on voudrait plus favorable pour l'accusé, mais sans conséquence sur l'issue du procès pénal, se trouve curieusement évoquée en droit civil, et plus

---

<sup>223</sup> GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\**, p.213.

<sup>224</sup> GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\**, verbo Doute, Volume 21, p.213.

<sup>225</sup> *"Ils peuvent apercevoir en lui une conduite fort déréglée ; il peut être très répréhensible de s'être comporté de telle ou telle manière dans telle ou telle circonstance ; tous les indices réunis peuvent marquer que, s'il n'a point commis le crime, il a du moins marché dans les voies qui y conduisent"*, GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\**, verbo Doute, Volume 21, p. 213.

<sup>226</sup> GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G\*\*\**, verbo Doute, volume 21, p.213.

précisément s'agissant de la capacité juridique de l'accusé à disposer de ses biens à cause de mort.

C'est à Robert Joseph POTHIER <sup>(227)</sup> que l'on doit les développements sur ce point. Le Conseiller au Présidial de la ville d'Orléans examine dans son *Traité sur les donations entre vifs*, et plus précisément s'agissant des personnes qui peuvent donner entre vifs, la question de savoir si "*la donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation doit être réputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement ?*"<sup>(228)</sup>. Répondant par la négative à cette problématique il expose ainsi que, "*si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent : s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa donation dans la persuasion qu'il serait condamné, et qu'il ne pourrait plus longtemps conserver les choses par lui données. Une personne qu'on suppose innocente doit être par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation*"<sup>(229)</sup>. Celui-ci poursuit même son raisonnement en considérant qu'une donation, faite par un condamné qui a fait appel d'un jugement ayant prononcé la peine capitale, ne peut être remise en question puisque "*on devrait encore, en ce cas, le présumer innocent*"<sup>(230)</sup>.

---

<sup>227</sup> Robert Joseph POTHIER, il naît à Orléans le 9 janvier 1669 et meurt dans la même ville le 2 mars 1772. Reçu Conseiller au Châtelet d'Orléans en 1720, il se livra à l'étude du droit à laquelle il mêla celle de la morale et de la théologie. Ayant au bout de longues années d'étude réussi à acquérir une parfaite connaissances des lois romaines il entreprit de ranger, les lois renfermées dans les pandectes, dans un ordre plus rationnel et méthodique. L'ouvrage connut un succès considérable. En 1740, à la demande de D'AGUESSAU, il prit la chaire de professeur de droit français à Orléans, laissée vacante par la mort de PREVOST de la JANNES. Il serait, selon l'expression, *le père du Code Civil*. En réalité, son œuvre sur les contrats et les obligations a inspiré les rédacteurs du Code parce qu'elle constituait le seul traité de l'Ancien Droit qui précéda la Révolution. Il devait par la suite publier divers ouvrages sur le droit des obligations et des contrats.

<sup>228</sup> POTHIER (Robert-Joseph), *Oeuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, Paris, 1845, Tome VIII, *Traité des donations entre vifs*, p. 353, n° 20.

<sup>229</sup> POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, p.353, n°20.

<sup>230</sup> POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, p.353, n°20.

Pour écarter les effets de la mort civile qui affectait un condamné pour un crime capital (<sup>231</sup>), le conseiller au Présidial d'Orléans utilise un artifice qui consiste à supposer que la volonté libérale de l'accusé soit réelle et non dicté par un sentiment de découragement et de résignation. C'est parce que l'accusé espère encore dans une décision favorable que l'innocence se doit d'être présumée. Il ne procède donc à aucune analyse du mécanisme lui même, c'est à dire la connexion entre le bénéfice du doute et la charge de la preuve. En limitant ce raisonnement à la capacité juridique de l'accusé qu'il enveloppe d'une approche morale, et en évinçant toute discussion sur le droit de la preuve, Robert Joseph POTHIER montre ainsi que les expressions utilisées ne correspondent nullement à un mécanisme bien précis qui régit la preuve pénale.

L'évocation dans ces traités et répertoires, publiés en cette deuxième moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle, d'une présomption d'innocence, ne signifie nullement l'affirmation d'un principe directeur du procès pénal à l'intérieur duquel s'articulerait le mécanisme de la preuve pénale. Cette présomption constitue un artifice autorisant le juge, parce qu'il se trouve convaincu d'une culpabilité qui n'est pas démontrée, à tempérer la rigueur des conséquences civiles d'une condamnation à mort. Il élabore ainsi, par le biais d'une fiction juridique, le moyen permettant à l'accusé de conserver la plénitude de sa capacité, et donc de pouvoir disposer de ses biens. Elle demeure sans effet sur le principe que le juge soit dans l'obligation de rechercher, puis d'obtenir une preuve légale dont les conséquences le lieront définitivement.

L'intérêt de ces dictionnaires et ces répertoires consiste, au-delà de l'œuvre de vulgarisation de termes ou de principes juridiques, dans le cadre conceptuel qui se trouve notamment élaboré en droit criminel. Tout en montrant les limites de la preuve légale, ils montrent que ce système

---

<sup>231</sup> Comme le précise Claude Joseph de FERRIERE *"Mort civile, est celle qui rend un homme mort au monde incapable de tous effets civils, comme de succéder, de disposer de ses biens par testament, &c. En un mot, celui qui est mort civilement, est entièrement retranché de la société civile, & ne peut plus y contracter aucun commerce, ni participer à aucun droits de citoyen"*, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Vol 1, verbo Mort civile, p. 215.

probatoire ne permettait pas à l'accusé de bénéficier d'une preuve imparfaite. La volonté qui naissait, chez le juge, de tempérer les rigueurs de l'Ordonnance criminelle de 1670 le conduisait, nonobstant les garanties dont disposait l'accusé, à ne pas lui reconnaître un droit à être regardé comme innocent. La conviction qui animait le juge l'amenait ainsi à condamner, fût-ce au bénéfice du doute.

## **Paragraphe 2 Des condamnations au bénéfice du doute.**

Pour le juge, le sort de l'accusé se trouvait définitivement scellé lorsque la *preuve pleine et entière* était réunie, dans le cas contraire ce dernier devait être renvoyé des fins de la poursuite. Cependant, le refus de relâcher un accusé *véhémentement soupçonné* se traduisait sous la forme de jugements intermédiaires entre condamnation et absolution. L'atteinte à la présomption d'innocence est consacrée (A) et la pratique des Cours ne fera que le confirmer (B).

### **A) Un texte inappliqué.**

En énonçant qu'"après la confrontation des témoins, l'accusé ne pourra plus être reçu en procès ordinaire mais sera prononcé définitivement sur son absolution ou sa condamnation", l'article 4 du Titre XX de l'Ordonnance criminelle de 1670 organise, non sans rigueur, le choix qui doit s'imposer au juge. Aussi, après avoir été rendu destinataire des conclusions que le Procureur du Roi ou le Procureur fiscal lui a adressées, et "*qui sont absolument nécessaires pour pouvoir juger diffinitivement l'accusé*"<sup>(232)</sup>, celui ci doit impérativement décider du sort de l'accusé en examinant le sac de procédure. Ou "*la probatio plena*" se trouvait constituée, et elle emportait alors automatiquement condamnation de l'accusé, ou cette preuve n'était pas réunie et l'absolution devait s'imposer. Les juges ne disposaient d'aucune autre alternative. Ces derniers constataient la culpabilité de l'accusé, ou

---

<sup>232</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXIV, Section première, p.511

admettant l'absence d'une preuve parfaite, se devaient de renvoyer des fins de la poursuite. Au regard de ce choix binaire, l'architecture du système probatoire conçu depuis la renaissance du droit romain, aurait dû assurer la reconnaissance d'un droit à l'innocence.

Or tel ne fut pas le cas. Pour éviter le scandale de l'impunité d'un accusé fortement soupçonné, le juge allait recourir à un palliatif juridique, parfaitement décrit par la doctrine, et qui consistait à rendre des jugements qui n'étaient ni une condamnation, ni une absolution. Parce qu'ils recouraient à "*des formules pour relâcher l'accusé non convaincu de l'accusation, sans l'absoudre*"<sup>(233)</sup>, les juges de l'Ancien régime opéraient singulièrement "*une confusion entre une culpabilité imparfaitement prouvée avec une culpabilité moindre*"<sup>(234)</sup>. En agissant de la sorte, ils en vinrent à élaborer plusieurs types de décisions qui maintenaient l'accusé dans les liens de la prévention. Par voie de conséquence, la solution adoptée constituait un obstacle à la reconnaissance d'un droit à l'innocence,

C'est ainsi que Pierre AYRAUT <sup>(235)</sup>, précise que le juge puisse "*ne bailler iour quelconque, & néanmoins aussi ne prononcer rien qui n'emporte ny condamnation ny absolution, comment peut-il faire ? Il se faict toutesfois*" <sup>(236)</sup>. Ce lieutenant au Présidial criminel d'Angers, dont les écrits, au XVIII<sup>ème</sup> siècle restent une référence pour ceux qui sont en charge de l'instruction des affaires

---

<sup>233</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Tome IV, n° 369, p. 431.

<sup>234</sup> BONNIER (Edouard), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5<sup>ème</sup> édition, Paris 1888, p.36.

<sup>235</sup> Pierre AYRAUT, il naît à Angers en 1536 et meurt en 1601. Il étudie le droit à Toulouse et à Bourges afin de prendre les leçons de DUAERUS, DONELLUS et CUJAS. Ayant pris ses degrés de bachelier à 21 ans, il revient à Angers pour enseigner le droit civil. Par la suite, inscrit comme avocat au Parlement de Paris, il se fait remarquer par son éloquence et son érudition. Il quitte la capitale pour prendre la charge de Lieutenant criminel au Présidial d'Angers, ville dont il sera nommé échevin perpétuel.

<sup>236</sup> AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Paris, 1588, Livre III, Partie IV, p.365, n°13.

criminelles <sup>(237)</sup>, expose que le juge ne prenait aucune décision, tant sur la culpabilité que sur l'innocence <sup>(238)</sup>. Il s'agissait en réalité, de répondre juridiquement à des situations de fait que le juge ne voulait pas clôturer par un jugement définitif qui vidait sa saisine.

Plusieurs solutions étaient envisagées. Elles consistaient soit dans une remise en liberté de l'accusé, ou plus précisément d'un élargissement temporaire et sous condition qu'il ne soit trouvé de preuves supplémentaires <sup>(239)</sup>, soit dans son élargissement sans condition avec un abandon des poursuites pénales initialement engagées <sup>(240)</sup>. Le juge acceptait de ne pas condamner mais ne renvoyait pas définitivement des fins de la poursuite. Pour Pierre AYRAUT, cette décision ressortissait, non des juridictions inférieures, mais uniquement des Cours <sup>(241)</sup> qui, toutefois, se réservaient la possibilité de reprendre les poursuites initialement engagées par les premiers juges <sup>(242)</sup>. Il nous faut

---

<sup>237</sup> JOUSSE dit de son ouvrage considère qu'il est "*très utile pour les juges, & sur-tout pour ceux qui sont chargés de faire l'instruction des procès criminels*", JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome premier, préface, p. lij.

<sup>238</sup> "*Certes si tel cas arriuoit pardeuant nous [...], il faudroit que l'accusee print lettres, & tant sur l'enterinement de la remission, qu'au fons mettre les parties hors de Cour & de procès. En ce faisant aussi ne seroit iuger le faict remissible ne irremissible. L'un seroit de mauuais exemple, l'autre trop dur*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°13.

<sup>239</sup> "*Eslargir à la charge de bien viuvre, c'est definir ordoner qu'il sera informé plus amplement, & cependant eslargir, c'est interlocutoire*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

<sup>240</sup> "*Dire purement et simplemet que les prisons seront ouverts, et n'adiouster autre chose, c'est bien pareillement définir car s'il ne retombe iamais en une autre faute, on ne reprendra point le passé*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire...*, op. cit. , Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

<sup>241</sup> "*Mais ie doute qu'il n'y ayt que le supérieur qui la puisse faire. Car l'inférieur qui est plus astraint aux lois & formalitez, doit décider & faire droict aux parties en vne façon ou en l'autre*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

<sup>242</sup> "*De faict, j'ay appris que la Cour mesme ne delivre rien de tesl arests, lesquels emportent aueque soy qu'ils ne notent point l'accusé. Car il n'y a queuë quelcoque à l'élargissement : mais que c'est luy dire qu'il n'y revienne plus, et que s'il retombe en faute quelconque il*

constater que ce type de décision préfigure néanmoins une atteinte à une innocence présumée parce que les juges, tout en favorisant l'accusé (<sup>243</sup>), réservent leur décision définitive. Ainsi dans le cadre de ce qui s'apparente comme une sorte de mise à l'épreuve, et tout en laissant subsister l'accusation initialement engagée contre l'accusé, le jugement restera perpétuellement en suspens. Cette démarche qui s'éloigne de la lettre du texte, tourne donc la difficulté d'une preuve imparfaite.

De même, évoque t-il également la possibilité pour le juge de rendre un jugement de *quousque* qui "*n'est proprement ne interlocutoire ne iugemet diffinitif. Interlocutoire : par-ce qu'il n'a ne iour ne assignation précise [...]. Ce n'est point ainsi sentence diffinitive : par-ce que survenant nouvelle preuve du mesme faict, elle est accumulée, & le procès repris & conduit comme devant. [...] Toutesfois sa condamnation ou absolutio traîne toujours : il est dubii, incertique status*"(<sup>244</sup>). Le Lieutenant du Présidial d'Angers se refuse à considérer que l'incertitude juridique puisse paralyser la décision du juge. Les Cours et les Tribunaux tracent donc les premières esquisses d'une pratique judiciaire qui contourne les conséquences de la preuve légale. Les juges acceptent que des jugements suspendent le temps judiciaire dans l'attente d'une preuve destinée à compléter les éléments du sac de procédure,

---

trouvera son procès fait, AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

<sup>243</sup> *La Cour use de ces arests et jugemens tacites, si pour une grande ieunesse, ou recomandation des parens tres notables elle faict grace*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, n°15, p.366.

<sup>244</sup>. AYRAUT (Pierre), *L'ordre, formalité et instruction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.367. L'auteur critique cependant cet usage car "*nous avons admis une façon de prononcer qui ne décide rien d'une part n'y d'autre: cela semble bien éloigné de la façon des anciens. Que l'on n'épargne point pour parvenir à la cognoissance du crime, tous les délais, les inquisitions, dénonciations, censures et jugements interlocutoires qui peuvent être mais cela fait, qu'un accusé traîne perpétuellement son lien, et qu'il ne puisse jamais attendre une absolution plénière: cela est-il juste ?*", Livre III, Partie IV, n°16, p.367-368, n° 17.



et ce, pour leur permettre de recueillir une *preuve pleine et entière* indispensable pour condamner (<sup>245</sup>).

On retrouve, dans la plupart des ouvrages juridiques publiés au XVIII<sup>ème</sup> siècle la formulation du principe qui veut que l'on n'abandonne pas l'action pénale diligentée contre un accusé quand "*l'instruction ne produit pas une preuve suffisante*"(<sup>246</sup>) et ce d'autant plus que les juges disposent de formules pour ne pas relâcher un accusé fortement soupçonné. Aussi, et pour éviter le dépérissement des soupçons ou des indices recueillis contre l'accusé durant l'instruction, les juges prononcent-ils un *plus amplement informé* (<sup>247</sup>). Ils formalisent dans la pratique (<sup>248</sup>) une situation d'attente durant laquelle ils pourront parvenir à une *preuve pleine et entière*.

Robert Joseph POTHIER expose les raisons qui amènent le juge à utiliser de ces subterfuges judiciaires pour sortir d'une situation paralysée par l'absence d'une preuve légale. Ce dernier, énonce que "*lorsqu'il n'y a pas une preuve suffisante pour la conviction de l'accusé, et que la qualité du crime ou de la preuve, ne permet pas non plus d'ordonner la question préparatoire ; que,*

---

<sup>245</sup> Comme le résume Arlette LEBIGRE, "*Quand la Cour ne veut ni appliquer les peines prévues par la loi ni acquitter, elle ordonne un supplément d'information, dont on sait d'avance qu'il ne sortira rien mais qui a l'avantage de ne pas clore le procès comme le ferait un jugement définitif. Si, par le plus grand des hasards, de nouvelles preuves survenaient, la procédure simplement mise en sommeil, pourrait reprendre*", *La justice du Roi, la vie judiciaire de l'ancienne France*, Paris, 1988, p. 220.

<sup>246</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, p. 259

<sup>247</sup> PUSSORT rappelle de façon fort lacunaire lors de la discussion de l'article 4 du titre XX de l'Ordonnance criminelle "qu'il y avoit deux manières de prononcer : l'une l'absolution, et l'autre le plus amplement informé. Que l'ordonnance ne défendoit point cette dernière", *Procès-verbal des conférences de Louis XIV tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, p. 232.

<sup>248</sup> MUYART de VOUGLANS indique ainsi qu'"Il reste à observer, relativement à la peine du plus amplement informé en général, qu'il n'en est fait aucune mention dans nos anciennes lois, quoique l'usage de le prononcer, ainsi que le hors de Cour, soit des plus anciens, comme il fut observé par MM. Les commissaires, lors du procès verbal de conférence de l'Ordonnance de 1670", *Les Lois criminelles dans leur ordre naturel*, p. 79.

*d'un autre côté, les juges ne jugent pas à propos d'absoudre l'accusé, soit parce qu'ils prévoient qu'il pourra survenir de nouvelles preuves, soit parce qu'ils le trouvent trop chargé pour l'absoudre, ils rendent un jugement interlocutoire par lequel ils ordonnent qu'il en sera plus amplement informé pendant un certain temps"*(<sup>249</sup>). Par ces quelques lignes, le Conseiller au Présidial d'Orléans expose cet axiome que les soupçons, corroborés par des indices véhéments, mais insuffisants pour condamner, peuvent cependant constituer le socle d'une décision qui ne clôt pas définitivement le débat judiciaire.

Celui-ci, suspendu temporairement, pourra reprendre lors de la découverte d'indices ou d'éléments de preuve plus pertinents qui constitueront alors une *preuve pleine et entière* (<sup>250</sup>). Bien plus, les juges pourront décider qu'il sera d'une durée indéterminée (<sup>251</sup>), laissant ainsi l'accusé dans une situation juridique de non condamnation. Ce qui importe, c'est de maintenir une emprise juridique sur celui-ci parce qu'il existe à son encontre une conviction qu'il est l'auteur des faits poursuivis. Le juge construit progressivement la culpabilité de l'accusé à partir d'un système mécaniste et hiérarchisé qui sera complété à tout moment si l'un des éléments vient à manquer.

Cette situation procédurale ambivalente, comprise entre l'absolution et la condamnation, s'inscrit dans une optique permanente, décrite par la doctrine, et qui veut que la justice n'ait pour seule fonction que de réprimer le crime et

---

<sup>249</sup> POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, p.475, n°149.

<sup>250</sup> Augustin Marie POULLAIN du PARC énonce cependant que s'agissant du "*plus amplement informé pour un tems fixé par le jugement. L'état de l'accusé cesse d'être incertain, après que ce tems est expiré*", *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome XI, p. 414.

<sup>251</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS rappelle ainsi qu'"*Il y a deux sortes de plus amplement informé ; l'un à temps, comme d'une ou plusieurs années ; l'autre indéfini, & que les praticiens appellent usquequo. Le plus amplement informé à temps, a lieu ordinairement pour des crimes qui ne sont point absolument atroces, ou dont les indices sont légers ; [...].Le plus amplement informé indéfini n'est au contraire prononcé que ans les crimes graves, qui intéressent l'ordre public, & dont les indices sont considérables* ", *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre premier, Chapitre premier, p. 259.

d'assurer la tranquillité publique. Comme le rappelle JOUSSE, "*on peut regarder comme une règle générale, qu'en France les accusés ne sont jamais renvoyés absous, faute de preuves entières dans les crimes ou les Procureurs du Roi, ou Fiscaux, sont parties*"<sup>(252)</sup>. Les actions, engagées à l'initiative des représentants du roi, ce qui correspond actuellement au ministère public, se devaient d'aboutir en trouvant leur épilogue dans la condamnation de celui qui était accusé.

Le constat montre donc que l'article 4 du titre XX de l'Ordonnance criminelle de 1670 n'était aucunement appliqué dans un sens littéral, puisque la règle aurait voulu que l'accusé soit définitivement absous parce que la preuve légale n'était pas rapportée. Or, ce dernier demeurait dans une situation intermédiaire. Sa culpabilité n'était pas définitivement acquise et son innocence demeurait imparfaite. En gelant temporairement le sort réservé à une affaire pénale, dont l'examen pouvait être repris à tout moment, puisqu'il n'existait pas de limite dans le temps, les juges étouffaient la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Ils favorisent l'existence d'une "*solution médiane qui permet de concilier l'intime conviction et le système des preuves légales*"<sup>(253)</sup>, mais qui surtout concrétise de fait une présomption de culpabilité parce que l'on estime "*qu'il n'y auroit pas moins d'injustice à renvoyer l'accusé entièrement absous, qu'à prononcer une peine contre lui*"<sup>(254)</sup>. Selon la doctrine, "*l'accusé est un homme violemment suspect d'un délit grave, sur lequel il est important que la justice ait les yeux pour veiller sur sa conduite*"<sup>(255)</sup>. Aussi le jugement de *plus amplement informé* qui

---

<sup>252</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, p. 557.

<sup>253</sup> BLOT (Stéphanie), *La défense dans le procès pénal de la fin de l'Ancien Régime : Etude de la pratique judiciaire Angevine*, Thèse Droit, Paris II, 2002, p. 309.

<sup>254</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre premier, Chapitre premier, p. 259.

<sup>255</sup> LAVERDY (Clément Charles François), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, Edits et déclarations sur les crimes et délits seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p. lvj.

permet de maintenir, en reprenant un langage moderne, l'accusé dans les liens de la prévention, même si les charges sont insuffisantes pour condamner, constitue une atteinte à la présomption d'innocence. L'impunité de celui qui est soupçonné puis arrêté, reste sans conséquence en l'absence d'une *preuve pleine et entière* (<sup>256</sup>). La nécessité de préserver l'ordre social l'emporte sur la recherche de la vérité judiciaire.

La conséquence d'une telle décision aboutissait à "*laisser toujours l'accusé in reatu ; en sorte que son sort reste incertain à cause des preuves qui peuvent survenir contre lui*" (<sup>257</sup>) et à autoriser "*le procureur du Roi d'agir et, de suivre le procès, si l'occasion de prouver la vérité du fait se présente*"(<sup>258</sup>). Permettant une reprise des poursuites dès que la preuve légale se trouve enfin constituée, elle valide surtout la création de ce qui peut s'apparenter à une quasi-condamnation, reflet d'un système judiciaire qui traduit cette volonté du pouvoir royal d'organiser efficacement la répression des crimes. En refusant de relâcher un accusé dont la culpabilité n'est pas suffisamment prouvée, la doctrine et la pratique judiciaire contournait le principe que l'absence d'une *preuve pleine et entière* bénéficiait à l'accusé.

---

<sup>256</sup> Clément Charles François LAVERDY souligne que, "*La vengeance d'un scandale exige qu'on ne renonce point aux nouvelles preuves que le temps & le hazard procureront peut-être dans la suite, & qui deviendroient inutiles, si on eut prononcé un jugement définitif, qui auroit éteint la procédure, en terminant le procès*", *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, Edits et déclarations sur les crimes et délits seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p. lvj.

<sup>257</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section III, n°89, p. 558.

<sup>258</sup> JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section III, n°91, p. 559.

Augustin Marie POULLAIN du PARC (<sup>259</sup>) expose ainsi, sans ambiguïté, dans ses *Principes du Droit françois, suivant les maximes de Bretagne*, les raisons qui font que les juges se refusent à admettre que l'accusé fortement *indicié*, c'est-à-dire largement suspecté puisse, par manque de preuves, échapper à la justice criminelle. Les développements de cet avocat au Parlement de Bretagne, montrent indirectement que le mécanisme de la présomption d'innocence ne peut recevoir application. Il écrit ainsi, s'agissant du *plus amplement informé indéfini* ou *quousque indéfini* que, contrairement aux développements qu'AYRAUT avait également entrepris sur le sujet (<sup>260</sup>), "s'il s'agissoit d'un crime atroce, si le corps du délit étoit certain, & s'il y avoit des commencemens de preuves contre l'accusé, les juges pourront bien se déterminer à le laisser toujours dans le même état d'incertitude sous le quousque, après l'épuisement de toutes les preuves. On ne doit rendre aucun jugement qui puisse en opérer l'impunité. S'il n'y a point à présent de preuves suffisantes, il peut en survenir dans la suite [...] et qu'il est juste que celui, contre lequel il y a des commencemens de preuves, ne soit pas définitivement renvoyé"(<sup>261</sup>). Toutes ces précisions sémantiques sur le *plus*

---

<sup>259</sup> Augustin Marie POULLAIN du PARC, il naquit à Rennes le 7 ou 8 septembre 1703 à Rennes et meurt dans la même ville le 14 octobre 1782. Frère du littérateur POULLAIN de SAINT-FOIX, Avocat comme son père, POULLAIN de BELAIR, il délaissa le barreau, où il brillait par son éloquence, pour la consultation et l'enseignement du droit civil où il disposait d'une chaire de professeur royal de droit français à la faculté de Rennes où il fut nommé en 1743. Il y enseigna pendant trente sept ans. Elu Bâtonnier en 1762, il est anobli en 1763 puis fait chevalier de l'ordre de Saint-Michel.

<sup>260</sup> "Airaut propose des expédiens, pour un accusé, contre lequel il y a un quousque indéfini. Lorsqu'il y a une partie civile, l'accusé a la voie d'agir contre cette partie, pour qu'elle soit tenue de faire ces preuves; & les juges ne peuvent pas se dispenser de fixer en ce cas un tems, après lequel l'accusé doit être renvoyé hors procès ou hors d'instance. Car quoique le plus amplement informé indéfini annonce qu'il y a de violens soupçons contre lui, comme le soupçon est bien loin de la conviction, & comme la présomption est toujours pour l'innocence, il seroit contre toute justice de retenir un citoyen dans l'état perpétuel d'accusé. Airaut dit que s'il n'y a de partie que le Procureur du Roi, l'accusé doit appeler la veuve & héritiers ou autre ayant intérêt en l'accusation, ou exiger que le Procureur du Roi nomme son dénonciateur, pour avoir une partie contre laquelle il puisse agir, mais que si le Procureur a poursuivi sans dénonciation, sur notoriété du fait, il n'y auroit plus de remède, & l'accusé seroit forcé de demeurer en ce cas sous le quousque. Je crois que ce qu'exige Airaut est fort inutile & ne seroit pas pratiqué aujourd'hui", POULLAIN du PARC (Augustin Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome XI, p. 414-415.

<sup>261</sup> POULLAIN du PARC (Augustin Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome XI, p. 416.

*amplement informé* ne font, en réalité, que décrire la démarche suivie par le juge pour démontrer la culpabilité de l'accusé.

Durant l'enquête, puis au cours de l'instruction, le juge n'aura d'autre objectif, suivant une grille de valeur préalablement déterminée, que de mesurer ceux des soupçons ou des indices recollés, pour former la *preuve pleine et entière*, c'est-à-dire la preuve qui établisse avec certitude absolue, que l'accusé est bien l'auteur des faits qui lui sont reprochés. Une véritable présomption de culpabilité était préconstituée avant toute décision. Il ne pouvait être question de considérer que le juge puisse intégrer, dans son raisonnement, certes restreint à une approche mathématique de la preuve, l'idée d'un questionnement sur la valeur de ce qui lui était soumis. Le doute était exclu du raisonnement que devait opérer le juge pour décider de l'innocence ou de la culpabilité, ce que la doctrine ne manque pas de confirmer.

Claude Joseph FERRIERE montre dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* toute l'ambiguïté qui réside dans l'usage judiciaire qui peut être fait de ce doute. Lorsqu'il aborde la définition du verbe "*absoudre*", il écrit que ce substantif "*signifie décharger d'une accusation, et de la peine d'un crime*"<sup>(262)</sup>, précisant immédiatement après, que "*Dans le doute, il est plus expédient d'absoudre un criminel, que de condamner un innocent*"<sup>(263)</sup>. Il s'agit donc ici d'une démarche que commande la sécurité de ne pas commettre d'erreur judiciaire en ces temps où les scandales, qui avaient trouvé naissance dans les décisions de condamnation rendues par les Cours souveraines et fondées sur l'existence d'une preuve légale, n'avaient pas manqué d'ébranler une certaine opinion.

---

<sup>262</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Absoudre, vol 1, p. 11.

<sup>263</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Absoudre, vol 1, p. 11.

Pourtant, quelques lignes auparavant, le même auteur, parlant du mot "*Absolution*", rappelle que " *c'est un jugement par lequel un accusé est, faute de preuves, absous et déclaré innocent du crime dont il avoit été accusé. Je dis, faute de preuve ; car un accusé n'est jamais renvoyé absous, quand il y a quelques preuves contre lui, mais insuffisantes pour le condamner, ou pour le faire appliquer à la question*"<sup>(264)</sup>. La définition, ainsi rapportée, du verbe et du substantif montre à l'évidence la différence qui existe entre la démarche que doit entreprendre le juge, et le résultat qui en sera la conséquence.

Le juge admet que l'accusé puisse bénéficier d'une insuffisance dans la démonstration de la preuve légale en ne subissant pas la peine capitale ; pour autant, il se refuse à concevoir que ce droit ait pour conséquence de le libérer définitivement de l'accusation lancée contre lui. Ce décalage certain, entre la règle et son application, se cristallise encore plus dans une pratique procédurale située à la limite de l'absolution. Ainsi en était-il lorsque les juges renvoyaient l'accusé *Hors de cour* <sup>(265)</sup>. Ce jugement, qui ne se confond pas avec le jugement de *plus amplement informé*, possède la particularité de revêtir deux acceptions différentes. Il peut non seulement se définir comme une quasi-condamnation mais également comme une quasi-absolution.

En se décidant ainsi, les juges reconnaissent alors au soupçon une valeur juridique qui ne sera pas sans conséquence sur le sort de l'accusé car, ainsi que le précise Clément Charles François de LAVERDY, "*dans ce cas, on ne prononce point de dommages & intérêts en faveur de l'accusé, & par conséquent on ne lui apprend point le nom de son dénonciateur. L'innocence de l'accusé n'est pas assez clairement reconnue pour qu'on le traite si favorablement ; il reste quelques nuages sur sa conduite, puisqu'on ne lui a pas accordé le bénéfice d'être déchargé de l'accusation, titre si précieux d'un*

---

<sup>264</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Absoudre, vol 1, p. 10-11.

<sup>265</sup> Cf sur ce point les quelques développements par Stéphanie BLOT dans sa thèse *la défense dans le procès pénal de l'ancien régime : Etude de la pratique judiciaire angevine*, notamment pp. 339-341.

*citoyen dans la société*"<sup>(266)</sup>. Cette situation hybride où l'accusé n'est pas condamné mais n'est pas non plus reconnu non coupable s'explique par le fait que *"l'innocence ne paroît pas évidente aux yeux de la justice elle-même"*<sup>(267)</sup>. Une sorte de réprobation juridique, liée à l'attitude ou au caractère de l'accusé, demeure. L'auteur précise même, quelques lignes plus loin, *"qu'on ne peut pas disconvenir qu'elle ne lui enlève dans l'opinion publique l'estime d'une partie de ses concitoyens"*<sup>(268)</sup>. L'incertitude juridique ne vaut donc pas reconnaissance pleine et entière de l'innocence.

On retrouve également une position identique chez Guy du ROUSSEAUD de la COMBE <sup>(269)</sup> cette affirmation qu'*"il faut observer qu'il y a une notable différence entre une Sentence, Arrêt ou Jugement, qui porte qu'un accusé est renvoyé quitte & absous de l'accusation ou déchargé de l'accusation, & une Sentence, Arrêt ou jugement, qui prononce seulement un hors de cour sur l'accusation ; [...] par les termes et qualifications de la seconde prononciation, il reste dans l'esprit quelque soupçon sur l'accusation, & que si l'accusé est sorti, c'a été faute de preuves suffisantes"*<sup>(270)</sup>. De même, François SERPILLON écrit que, lorsqu'*"un accusé n'est pas renvoyé absous, mais seulement mis hors de Cour, il ne peut prétendre des dommages &*

---

<sup>266</sup> LAVERDY (Clément Charles François de), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, Edits et Déclarations sur les crimes et délits seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p.lviii-lix.

<sup>267</sup> LAVERDY (Clément Charles François de), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p.lviii-lix.

<sup>268</sup> LAVERDY (Clément Charles François de), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p.lviii-lix, p.lix.

<sup>269</sup> Guy DU ROUSSEAU DE LA COMBE, sur cet auteur les références bibliographiques demeurent quasiment inexistantes. Tout au plus peut-on préciser qu'il serait né à la fin du XVII<sup>ème</sup> siècle et serait mort en 1749 sans plus de certitude. Avocat, comme il précise lui-même en 1737, il s'intéresse au droit privé, au droit canonique et surtout au droit criminel dont l'ouvrage *Traité des matières criminelles* fera de ce dernier un criminaliste en vue puisque JOUSSE en sera un lecteur studieux.

<sup>270</sup> ROUSSEAUD de la COMBE (Guy du), *Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent*, p. 584.



*intérêts ; il n'est pas entièrement lavé, il n'a pas une absolution complète. Cette façon de prononcer laisse des soupçons contre l'accusé qui s'échappe faute de preuves, ou elle donne à entendre que le cas n'est pas entièrement excusable, ou qu'il n'y a pas assez de preuve quoique le crime soit grave"*(<sup>271</sup>). Il faut cependant relever que le Lieutenant général criminel au Bailliage d'Autun qui inscrit la définition de ce jugement dans une orthodoxie doctrinale, montre néanmoins toute la problématique posée par l'absence d'une preuve légale.

Ce dernier estime que le "*Hors de Cour, ou hors de cause, ne renferme pas une justification complète aux yeux du public ; mais c'est une absolution entière aux yeux de la justice, à la censure de laquelle l'accusé ne peut plus être exposé pour le même cas, parce qu'il est totalement jugé. Un Arrêt qui renvoie de l'accusation est un vrai titre d'innocence, & celui qui met hors de Cour est un Arrêt d'absolution ; l'un justifie l'autre ne condamne pas"*(<sup>272</sup>). La décision rendue se situe entre la reconnaissance imparfaite que l'accusé est innocent et le constat amer qu'il est sans doute coupable. Si elle vide la saisine des juges puisqu'elle ne permet pas de reprendre ultérieurement contre l'accusé pour les mêmes faits, elle ne prononce aucune peine contre lui. Plus précisément, elle n'autorise pas les juges à lui allouer de réparation pécuniaire, en suite de l'accusation portée contre lui parce qu'il subsiste une incertitude sur son innocence. Le soupçon qui demeure, constitue de fait un doute qui ne profite aucunement à l'accusé.

Pierre François MUYART de VOUGLANS adopte une position identique quand il précise que "*le HORS DE COUR [...] s'emploie ordinairement, lorsque dans la visite du Procès Criminel, les juges ne trouvent pas des preuves suffisantes pour condamner ou pour absoudre un accusé, contre lequel il élève néanmoins un certain soupçon, qui suffit pour l'empêcher de prétendre des dommages et intérêts*

---

<sup>271</sup> SERPILLON (François) *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 1, p.393-394, n°1.

<sup>272</sup> SERPILLON (François) *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, p.317, n°5.

contre son accusateur "<sup>(273)</sup>, Il confirme que cette décision est définitive puisque celle-ci "*contient proprement l'absolution de l'instance ; au lieu que dans le cas du plus amplement informé, s'il survient de nouvelles preuves du crime, la procédure reprend alors sa première vigueur*"<sup>(274)</sup>. Il nous faut donc conclure, après ces quelques développements, que la doctrine, non sans une certaine unanimité, admet que l'on puisse juridiquement reconnaître, non pas tant le principe d'une innocence presque parfaite que l'existence d'une culpabilité imparfaite.

Toutefois, il faut souligner la voix discordante de Claude Joseph de FERRIERE. Ce dernier, bien que dans la même ligne de pensée que ses contemporains sur ce thème précis <sup>(275)</sup>, s'éloigne néanmoins des conclusions posées par ses contemporains sur ce thème. Il estime que cette forme de jugement ne peut mettre fin aux poursuites initialement engagées, considérant que "*celui qui est renvoyé par un hors de Cour n'est pas absous, les indices du crime commis restent toujours contre lui ; de sorte qu'il peut être derechef poursuivi pour le même crime*"<sup>(276)</sup>. Même si cette position demeure isolée, il nous paraît indispensable de souligner l'impossibilité pour les juges de l'Ancien régime, au nom d'un intérêt public, d'admettre qu'une preuve imparfaite permette à un accusé d'être reconnu innocent. En accordant ainsi

---

<sup>273</sup> MUYART de VOUGLANS, (Pierre François) *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, p. 481.

<sup>274</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre premier, Chapitre premier, Paragraphe II ? p.259.

<sup>275</sup> Il indique que le "*HORS DE COUR en matière criminelle, sur une plainte ou sur une accusation formée, est différent de la décharge de l'accusation : au premier cas, on juge qu'il n'y a pas de quoi condamner ; & au second on déclare l'innocence de l'accusé ; au premier cas, il n'y a pas de dommages & intérêts ; au second, ils sont nécessaires : au premier cas, on peut dire qu'il manque quelque chose au rétablissement de l'honneur de l'accusé ; au second il est entier & parfait, au moyen de la décharge absolue qui dissipe toute idée de crime*", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Hors de Cour en matière criminelle, vol 1, p. 685.

<sup>276</sup> FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Hors de Cour en matière criminelle, p. 685.

au soupçon une valeur juridique forte, et ce par l'existence du *Hors de Cour*, nonobstant une éventuelle reprise des poursuites, ces mêmes juges refusent de reconnaître l'existence d'un droit à l'innocence parce qu'ils ne sont pas juridiquement convaincus (<sup>277</sup>).

Indépendamment du sens que les criminalistes donnent au terme *Absolution* puisqu'ils ont une approche différenciée des conséquences juridiques de ce jugement, la pratique judiciaire, en créant (<sup>278</sup>) une déclinaison du jugement d'absolution en plusieurs degrés (<sup>279</sup>), ignorait le droit à l'innocence, alors que le l'application stricte de la preuve légale aurait du aboutir à un renvoi définitif des fins de la poursuite puisque celle-ci n'était pas réunie. Il est donc certain que se construisit une véritable stratégie procédurale qui contourne un mécanisme probatoire favorable aux accusés. Cette affirmation, dont l'explication réside dans le fait que les juges n'entendaient guère élargir un accusé fortement soupçonné constitue un obstacle certain à la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Les juges, contraints d'obtenir une preuve parfaite qu'ils ne pouvaient toujours obtenir, furent ainsi amener à décliner, suivant des degrés différents, leur décision.

Cette pratique judiciaire marque le constat que ces derniers se détachent du système probatoire officiellement en vigueur. Toutefois, et malgré l'absence d'une *preuve pleine et entière*, ils ne renoncent pas à condamner. Qu'ils s'agissent de l'application d'une peine moindre que la peine capitale, ou d'un

---

<sup>277</sup> Arlette LEBIGRE estime ainsi que "*la mise hors de cour est une sorte de sous acquittement qui rend la liberté à l'accusé mais sans proclamer son innocence. Procédé très pratique quand un doute subsiste, faute de preuves suffisantes dans un sens ou dans un autre*", LEBIGRE (Arlette), 1679-1672, *L'affaire des poisons*, Paris, édition complexe, 2006, note n°10, p.159.

<sup>278</sup> Ce que confirme MUYART de VOUGLANS en indiquant que "*relativement à la Peine du plus amplement informé en général, qu'il n'en est fait aucune mention dans nos anciennes Loix, quoique l'usage de la prononcer, ainsi que le hors de Cour, soit des plus anciens, comme il fut observé par MM. Les commissaires, lors du Procès Verbal de Conférence de l'Ordonnance de 1670*", MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, p.79.

<sup>279</sup> JOUSSE l'indique avec netteté puisqu'il écrit qu'"*il y a plusieurs degrés d'absolutions à l'égard des accusés. Les uns obtiennent, étant absous, des dommages & intérêts ; les autres obtiennent seulement des dépens pour tous dommages & intérêts ; & d'autres sont mis hors de Cour & de procès sur l'accusation sans aucun dommage*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Tome 1, Partie III, Livre II, Chapitre III, Titre XXV, Section 2, n°83, p.556

jugement qui ordonne la question ou un plus amplement informé, les juges le font parce qu'ils sont convaincus de sa culpabilité sans pour autant en avoir la preuve objective. Un tel contournement des règles fixées par la doctrine a pour conséquence de refuser un droit à l'innocence.

## **B) Une pratique judiciaire défavorable à l'innocence présumée**

En suivant, outre le cadre procédural fixé par l'Ordonnance criminelle de 1670, les règles élaborées par la doctrine sur la preuve pénale, les juges disposaient des moyens certains pour accomplir avec diligence <sup>(280)</sup> leur office parce que loi l'imposait dans cette matière <sup>(281)</sup>. Or, il faut ici souligner que la correspondance administrative entretenue, en ce début du XVIII<sup>ème</sup>, par le Chancelier D'AGUESSEAU <sup>(282)</sup> avec les différentes juridictions du royaume, révèle que les juges s'affranchissaient d'un système probatoire par trop rigide au profit d'une liberté d'appréciation des indices et des éléments de preuve.

L'importance de cette nombreuse correspondance dont l'autorité demeurerait certaine <sup>(283)</sup>, imposait que les jugements rendus par les Cours et Tribunaux

---

<sup>280</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS écrit qu'il fallait "*éviter le dépérissement des preuves & [...] empêcher que par le retardement de l'instruction & des jugemens des procès criminels, les juges ne laissent languir trop long-temps dans les fers les accusés*" MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, p.507.

<sup>281</sup> *Enjoignons à tous juges, même à nos cours, de travailler à l'expédition des affaires criminelles par préférence à toutes autres*, Article Premier, Titre XXV, Ordonnance de 1670.

<sup>282</sup> Henri François d'AGUESSEAU, né à Limoges le 27 novembre 1668, il meurt à Paris le 9 février 1751. Reçu avocat du Roi au Châtelet de Paris, le 29 avril 1690, il sera nommé par Louis XIV, Avocat général au Parlement, le 12 janvier 1691 pour devenir Procureur Général le 19 novembre 1700. Devenu Chancelier le 2 février 1717, après le décès de son prédécesseur VOISIN, il connut une première disgrâce quand les sceaux lui furent retirés en janvier 1718. Le régent prit cette décision à raison de l'opposition que D'AGUESSEAU montra à l'établissement de la banque royale, et plus généralement au système de LAW. L'année 1720 le voit revenir à la cour du Régent après un exil sur ses terres de Fresnes. Les sceaux lui sont alors rendus mais de nouveau ôté pour la seconde fois en 1722. Le Cardinal DUBOIS, alors principal ministre, le renvoyait de nouveau sur ses terres pour une question de préséance au conseil. Il sera de nouveau rappelé en 1727, à ce poste, mais ne pourra récupérer les sceaux qu'en 1737.

ne dérogent pas à la stricte application des règles fixées par la doctrine médiévale et qui organisaient la démonstration de la culpabilité. Ils ne pouvaient être question, pour les juges, de contourner la recherche d'une *preuve pleine et entière* <sup>(284)</sup> même si la répression qui se maintenait, s'en trouvait néanmoins adoucie.

Le chancelier le rappelle sèchement, dans un courrier du 27 juillet 1739 lorsqu'il écrit de faire "*plus attention aux jugemens que vous rendrez à l'avenir*" <sup>(285)</sup> mais surtout d'avoir "*soin de vous y conformer exactement aux ordonnances et à l'usage*" <sup>(286)</sup>. Sur ce point il estime que la condamnation ne peut résulter de la conviction intime des juges <sup>(287)</sup>. Néanmoins, ces positions antagonistes, entre la stricte observance des règles qui organisent la preuve légale d'une part, et d'autre part un éloignement des contraintes qui en découlaient, se rejoignent sur le fait qu'il ne peut être question de relâcher, et même d'absoudre un accusé, quand ils existent des indices importants laissant supposer sa participation au fait criminel. Les divergences entre le Chancelier

---

<sup>283</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS précise dans ses *Institutes*, s'agissant de l'autorité de ces échanges épistolaires, "*j'ai taché sur-tout de n'élever aucune question qui ne fut tirée du sein même de l'article que je discute, & dont je n'aie sur le champ appuyé la résolution par des principes fondés sur la jurisprudence des arrêts, ou sur l'avis de MM. Les commissaires qui ont présidé à la rédaction de l'Ordonnance, et même sur les décisions particulières de MM. Les chanceliers de PONCHARTRAIN et d'AGUESSEAU qui ont été consultés à ce sujet*", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Institutes au droit criminel. ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Préface, p.viiij.

<sup>284</sup> "*Les juges ne doivent donc recevoir la vérité même, quel qu'éclatante qu'elle paraisse, que des mains de la loi et dans les formes qu'elle a établies*", *Œuvres choisies du Chancelier d'Aguesseau*, Paris, 1819, Vol 5, p. 436, note 1.

<sup>285</sup> *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Paris, 1819, Vol 11, p. 349.

<sup>286</sup> *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 11, p.349.

<sup>287</sup> "*Parmi les règles qu'on est obligé de suivre dans les matières criminelles, surtout lorsqu'il s'agit de la vie et de l'honneur des hommes, la première et la plus essentielle, est qu'il ne peut jamais être permis de condamner des accusés sans preuves légitimes et portées jusqu'à la conviction*", *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 5, p. 434, il précisera plus loin que "*jamais un degré plus ou moins grand de probabilité [...] ne peut servir de base à une condamnation, et surtout à une condamnation capitale*", *ibidem*, p. 456.

et ses juges sur la façon dont il convient d'appliquer les règles de la preuve légale sont sans effet sur la reconnaissance d'un droit à l'innocence.

Au demeurant, Henri François D'AGUESSAU le confirme, dans un court écrit, intitulé *Fragment sur les preuves en matières criminelles*. Il précise, en effet, qu'il convient de "*prendre toutes les voies que les règles de l'ordre public autorisent pour découvrir pleinement la vérité*" <sup>(288)</sup>, qu'il s'agisse de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Plus précisément, le juge doit examiner toutes les possibilités, mettre en œuvre tous les moyens intellectuels pour parvenir à une décision qui soit conforme à la loi. Il n'y a donc pas de place pour le doute. L'attitude contraire des Cours et des juridictions inférieures qui se contentent de condamner sur des indices violents demeurent, et ce, comme le souligne la doctrine <sup>(289)</sup>.

Celui-ci le relève, dans une lettre du 4 janvier 1739, puisqu'il s'étonne "*de l'usage dans lequel vous m'avez marqué de déclarer atteints et convaincus de crimes dont la preuve n'est pas complète et de le condamner en même temps à quelques peines*" <sup>(290)</sup>. Selon lui, il s'agit d'"*un abus qu'on ne peut tolérer, et auquel j'aurais soin d'y remédier*" <sup>(291)</sup>. Certes, si celle-ci ne donne aucune indication sur les raisons qui conduisirent les juges à se décider ainsi, on peut cependant considérer que le jugement de condamnation n'a été rendu que parce qu'ils étaient intimement convaincus. La culpabilité pouvait donc résulter d'une preuve imparfaite. Ce faisant, ils refusaient alors à l'accusé non seulement de bénéficier des conséquences d'une preuve incertaine, mais aussi du doute que les juges pouvaient rencontrer. La décision se déclinait sur le

---

<sup>288</sup> Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau, Vol 5, p. 436.

<sup>289</sup> SERPILLON note en effet qu'il est même d'usage dans les Cours que lorsque les preuves sont fortes, & cependant insuffisantes pour condamner au dernier supplice, tel que le mériterait le crime, si la preuve étoit complète ; on condamne le coupable aux galères ou aux autres peine moindres que la mort, afin de purger la Société d'un membre qui ne pourroit que la troubler", SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, Titre XXV, Article XII, p.322, n°13.

<sup>290</sup> Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau, Vol 11, p.626.

<sup>291</sup> Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau, Vol 11, p.626.

seul mode répressif, c'est-à-dire sur la nécessité de condamner. Ces jugements, fondés sur l'intime conviction, bien qu'ils constituent une pratique habituelle reconnue par la doctrine (<sup>292</sup>), se révélaient comme contraires au double mécanisme de l'Ordonnance criminelle de 1670 et de la preuve légale qui lui était consubstantielle.

Ce mouvement continu montre ainsi l'inadéquation entre l'application rigoureuse du système de la preuve légale et la nécessité de poursuivre et de réprimer, au plus vite, le fait criminel. Il aboutissait à orienter la décision des juges vers la condamnation, alors que l'application stricte d'un système probatoire, rigidifié dans son mécanisme, l'en aurait empêché. Les tribunaux, par leur pratique, avaient progressivement altéré l'efficacité de la preuve légale, par la création de mécanismes décisionnels multifformes qui ignoraient de fait le droit à l'innocence. En se libérant des multiples déclinaisons sur les indices et présomptions qui permettaient de construire une *preuve pleine et entière*, plus précisément en démantelant l'ordonnancement théorique et savant des preuves, les juges consacraient de fait une présomption de culpabilité, puisqu'ils s'autorisaient à condamner à une peine moindre sur des soupçons en refusant de reconnaître fictivement le principe d'une innocence supposée.

Pour autant, le Chancelier D'AGUESSEAU qui maintenait une orthodoxie procédurale et probatoire (<sup>293</sup>) ne reconnaît pas pour autant l'existence d'un droit à

---

<sup>292</sup> SERPILLON, rappelant le principe de la *réserve des preuves* prévue par l'article 2 du Titre XIX de l'Ordonnance criminelle de 1670, précise que "*lorsque le crime mérite la mort, les Juges peuvent condamner à une peine moindre, si la preuve n'est pas complète. M. Jousse, qui est de ce sentiment, sur l'article 2 du Titre XIX, dit avec raison, que c'est aussi celui de la plus grande partie des auteurs*", SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, Titre XXV, Article XII, p.322-323, n°13.

<sup>293</sup> Dans une lettre du 24 mai 1739 il écrit "*la vie des hommes est trop précieuse pour la leur faire perdre si légèrement, et vous devez prévenir, par une conduite plus régulière, les effets du mécontentement du roi*", D'AGUESSEAU (Henri-François), *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, vol 11, p.346. De même, dans une autre lettre du 19 décembre 1739, précise-t-il, sur un ton cinglant, aux magistrats "*Faites attention à toutes ces observations qui sont importantes, et soyez plus circonspect dans les condamnations que vous prononcerez à l'avenir en matière criminelle, surtout en dernier ressort*", *ibidem*, vol 11, p. 352.

l'innocence. Il affirme toujours ce principe suivant lequel lorsque *"la preuve d'un crime est complète ou ne l'est pas : dans le premier cas il n'est pas dit que l'on doit prononcer la peine portée par les ordonnances mais dans le dernier des cas, il est aussi certain que l'on ne doit prononcer aucune peine et qu'on ne peut ordonner que la question ou un plus amplement informé"*<sup>(294)</sup>. Le doute ne doit pas être utilisé par les juges même s'il permet, grâce à une construction intellectuelle, de parvenir à une certitude juridique non objectivement démontré suivant les canons de la doctrine, et par la même de prononcer une peine réduite sur une preuve imparfaite.

La résistance des juridictions <sup>(295)</sup> l'amène à devoir confirmer, la nécessité d'une *preuve pleine et entière*, dans une lettre du 27 Juillet 1739. Il écrit que *"lorsque la preuve d'un crime n'est pas complète, il est certain qu'on ne doit prononcer autre chose qu'un plus amplement informé, ordonner que les accusés seront appliqués à la question suivant la nature des crimes et le genre des preuves, aussi puisque vous n'avez pas trouvé la femme de... &...suffisamment et convaincu d'avoir commis les crimes dont ils étaient accusés et que vous vouliez les déclarer seulement suspects de les avoir commis, vous ne deviez point les condamner au bannissement"*<sup>(296)</sup>. Ces correspondances, aussi directives soient-elles, montrent que si le système de la preuve légale se trouve moribond <sup>(297)</sup>, il ne crée pas les conditions procédurales

---

<sup>294</sup> D'AGUESSEAU (Henri-François), *Œuvres complètes du chancelier D'Aguesseau*, Vol 11, p. 626.

<sup>295</sup> Comme il l'indique dans une lettre du 3 juillet 1739, *"J'ai appris que vous avez rendu le 29 mai 1738 & 29 janvier dernier, deux jugements l'un présidial & l'autre prévôtal par lequel en déclarant ... atteints & convaincus de vols commis sur les grands chemins, vous les avez seulement condamné aux galères ; ils méritoient suivant les Ordonnances d'être condamnés à la roue, s'ils étoient véritablement convaincus de ces crimes & s'ils ne l'étoient pas ils ne devoient pas même être condamnés aux galères. Vous aurez donc soin s'il vous plait de m'informer des motifs que peut avoir eu un jugement qui paroît si extraordinaire & de me faire savoir pourquoi vous n'avez pas mieux profité de la lettre que j'écrivis au Prévôt général de la Maréchaussée de..... le 4 janvier dernier"* D'AGUESSEAU (Henri-François), *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, vol 11, p. 348.

<sup>296</sup> *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 11, p. 349.

<sup>297</sup> C'est ce que souligne François Denis TRONCHET lors des discussions qui précédèrent le vote de la loi des 16-29 septembre 1791. Devant les Constituants il précise que *"la doctrine des preuves légales n'a plus guère de partisans. On aurait du dire qu'elle n'en a jamais eu dans la pratique des tribunaux, parce qu'il n'a jamais existé, ni pu exister des preuves légales.[...] ce que je sais, c'est qu'aucun juge éclairé ne se déterminait par ses absurdités. Ce que je sais, c'est qu'il n'a jamais existé des preuves légales qui aient pu*



d'une innocence présumée. Que son application en soit assouplie, au moyen d'une modération dans la répression, ou maintenu par le prononcer des peines intermédiaires du *Plus amplement informé*, du *Hors de cour* voire même de la question, le droit à l'innocence ne peut exister parce que les mœurs judiciaires hésitent à relâcher un accusé fortement indicié. Ceci confirme ainsi l'usage permanent de l'intime conviction. En habillant objectivement les indices ou présomptions dont ils examinent personnellement la valeur et l'interaction, les juges, qui disposent ainsi d'une plus grande liberté pour apprécier la culpabilité, ignorent le droit à une innocence supposée. Condamné à une peine moindre, l'accusé ne tire aucun avantage du fait que l'accusation ne puisse démontrer objectivement la culpabilité de l'accusé.

Indépendamment du rappel à l'ordre que constitue la correspondance du chancelier D'AGUESSAU, son intérêt consiste aussi à mettre en évidence que le sort procédural de l'accusé ignore le droit à une innocence supposée. La résolution du doute qui naît après le dernier interrogatoire de l'accusé, c'est-à-dire la réponse judiciaire que les juges vont adopter ne profite aucunement à l'accusé. Qu'elle soit encadrée, suivant les mesures fixées par l'Ordonnance criminelle de 1670, ou qu'elle soit libérée suivant une pratique judiciaire constante, la décision qui clôt les débats ne favorise aucunement l'émergence d'un droit à une innocence supposée. L'accusé, même si la *preuve pleine et entière* n'est pas rapportée, sera maintenu dans les liens de la prévention. Cette situation, emblématique d'une atmosphère judiciaire qui stigmatise l'accusé au détriment du sort procédural qui devrait lui être réservé, ne manquera de provoquer, parmi les milieux éclairés de cette société de l'Ancien Régime, des critiques certaines, point de départ d'une réflexion nouvelle sur une autre justice criminelle.

---

*lier la conscience du juge. Il aurait fallu pour cela qu'il eût existé une loi qui eût dit au juge : vous condamnerez un accusé nécessairement en tel cas. Il n'a jamais existé de loi pareille. Aucune loi ne prescrivait au juge une règle fixe, et n'avait établi en principe une mesure de preuve légale. La loi avait senti que le juge ne devait avoir d'autre règle que la conscience et la rectitude de son jugement ", A.P. ,1<sup>ère</sup> série, t.22, Séance du 5 janvier 1791, p.35.*

## Chapitre 2 Critique de l'Ordonnance : émergence du concept

Le grand bouillonnement intellectuel que connaît le XVIII<sup>ème</sup> siècle ne manque pas de toucher le milieu judiciaire. Les écrits des Lumières qui examinent une autre grille de lecture des droits de l'individu face à l'autorité, entreprennent une réflexion générale sur une justice obsolète, coûteuse et incompréhensible, et plus spécifiquement sur une justice criminelle imparfaite source d'erreurs judiciaires (<sup>298</sup>) et qui émeuvent l'opinion publique. L'intérêt porté aux systèmes judiciaires étrangers, forgeait l'idée que les règles procédurales organisant le procès pénal de l'Ancien régime étaient inadaptées aux idées nouvelles qui voulaient consacrer le principe d'une liberté individuelle face aux cadres organisationnels de la société d'Ancien régime.

Certains représentants du monde judiciaire vont critiquer l'Ordonnance criminelle de 1670 qui, en reprenant les précédentes ordonnances de 1498 et de 1539, avait pérennisé une procédure secrète et inquisitoire où s'inscrivait un rapport d'inégalité entre le juge qui savait, parce qu'il avait accès au dossier, et l'accusé qui ignorait tout parce ce même dossier lui était inaccessible. Ce déséquilibre procédural trouvait son explication dans un schéma intellectuel qui amenait le juge à voir dans l'accusé un coupable en devenir. En décider autrement, c'est-à-dire en neutralisant son regard sur ce dernier jusqu'à ce qu'une décision de justice soit rendue, ne pouvait se concevoir, ce qui paralysait toute émergence d'un droit à l'innocence.

Le système de la preuve légale consubstantiel de la procédure fixée par L'Ordonnance criminelle de 1670 n'avait d'autre conséquence que d'enchaîner le juge. Les actions ou exceptions dont disposait l'accusé pour

---

<sup>298</sup> Ce que souligne un magistrat des Lumières qui s'écrit "*Ayons le courage de nous rappeler le souvenir de ces histoires consignées dans toutes les archives de magistrature ; de ces fatales erreurs qui ont fait périr l'innocence sous les apparences du crime. Juges malheureux mais excusables, vain jouet d'un hasard cruel qui se plaisait à marquer une tête innocente de tous les caractères du crime*", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1768, p. 61.

s'opposer à l'accusation lancée contre lui, et qui consistaient à contester la régularité des actes d'instruction ou la déposition des témoins par le dépôt de requêtes, à faire juger de la partialité du juge, ne pouvaient réellement constituer, bien que les criminalistes continuent à considérer que ce formalisme procédural soit la garantie d'un jugement équitable, de véritables droits de la défense. La preuve pénale construite suivant des règles minutieuses et quantifiables, interdisait en effet que l'accusé soit regardé comme innocent dès le début de la procédure. Le juge devait démontrer la culpabilité de ce dernier.

La critique naissante sur cette justice criminelle estimait nécessaire d'améliorer un texte peu protecteur des libertés individuelles. Selon ses détracteurs, il fallait améliorer la démarche qui amenait à constater la culpabilité de l'accusé. Cette volonté de changement, sur le statut procédural de l'accusé, se concrétisera à la veille de la Révolution (Section 1). Le principe d'un droit à l'innocence reconnu à l'accusé, durant la phase d'instruction, et lors de l'audience de jugement allait être, indirectement, consacré par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. (Section 2).

Section 1 Une justice criminelle remise en cause

Section 2 Un milieu judiciaire qui évoque des idées nouvelles

## Section 1. Une justice criminelle remise en cause

L'administration de la preuve pénale décrite par les criminalistes, fait l'objet de critiques de plus en plus vives. La *preuve pleine et entière*, pierre angulaire du système, parce qu'elle contraint juge, non seulement dans la quête de la vérité, mais aussi dans la décision qu'il doit prononcer, se trouve remise en question car elle méconnaît les droits de la défense (Paragraphe 1). Mais surtout, l'abandon progressif de la question, complément nécessaire de cette preuve, au profit d'une intime conviction, constitue le ferment d'un droit à l'innocence (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1. La preuve pénale en question.

Pour la doctrine du XVIII<sup>ème</sup> siècle, la recherche d'une preuve objective protège l'accusé puisqu'elle se forme sur des règles préalablement définies et indépendamment de l'appréciation personnelle du juge. Pour autant des critiques existent qui évoquent non seulement un droit à l'innocence (A) mais aussi le caractère plus protecteur d'une preuve conviction (B).

#### A) Un droit à l'innocence évoqué

En 1715, la mort de Louis XIV ne fait pas disparaître ce que l'on appelait "la doctrine du grand siècle". Construite sur le nécessaire respect de la volonté divine et de ses représentants sur terre, elle imprime une ligne de conduite qui organise non seulement les mentalités, mais aussi les actions des sujets du roi de France en posant le principe que "*la société fondée sur l'obéissance sera défendue contre tout désordre [...]. Commandés, punis, récompensés par les décisions souveraines du prêtre et du roi, les hommes serviront des desseins qui sont les meilleurs parce qu'ils sont divins. Autorité, hiérarchie, discipline, obéissance seront les fondements de l'ordre social et de l'ordre moral*" (<sup>299</sup>). L'institution judiciaire, et plus spécifiquement la justice criminelle, participe

---

<sup>299</sup> MORNET (Daniel), *Les Origines intellectuelles de la Révolution française*, 1989, p.32.

à ce vaste programme qui transcende les destinées individuelles dans le seul but de parvenir à une vie éternelle enfin libérée de tous les maux de la vie terrestre.

Toutefois, quelques représentants d'une société que l'on veut passive et obéissante vont initier une réflexion fondée sur la seule raison. Par leurs idées nouvelles, ils n'ont d'autre objectif que d'améliorer, voire de transformer les cadres institutionnels rigides et vieillissants de cette société d'Ancien Régime. Le fonctionnement de la justice criminelle n'échappe pas à cet examen critique, notamment lorsqu'il s'agit de dénoncer les conditions légales qui régissent la démonstration de la vérité judiciaire et qui s'imposent au juge. La raison doit aussi présider à un fonctionnement éclairé de la justice, et plus encore de la justice criminelle.

C'est dans ce contexte précis que MONTESQUIEU inaugure "*tout le mouvement de la réflexion critique sur l'organisation politique et les principes d'une réforme de droit pénal dans son ensemble*"<sup>(300)</sup>. En publiant, dans le cadre d'une fiction littéraire, la correspondance imaginaire de deux voyageurs persans, USBEK et RICA qui, curieux des mœurs françaises, brossent un tableau non seulement satirique mais surtout critique des archaïsmes et des travers de ce "*royaume, le plus ancien et le plus important de l'Europe*"<sup>(301)</sup>, celui-ci n'hésite pas à stigmatiser et à dénoncer les maux et les travers dont souffrent, dans son ensemble, la justice de son époque ; l'abandon de lois ancestrales au profit de lois étrangères qui encadrent et asservissent la justice <sup>(302)</sup>, ainsi que l'influence néfaste d'une doctrine qui

---

<sup>300</sup> ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la justice en France*, Paris, 2001, p. 188.

<sup>301</sup> MONTESQUIEU (Charles de SECONDAT, Baron de la BREDE de), *Lettres persanes*, Lettre C, Paris, 1988, p.233.

<sup>302</sup> "*Qui peut penser qu'un royaume, le plus ancien et le plus puissant de l'Europe soit gouverné depuis plus de dix siècles, par des lois qui ne sont pas faites pour lui [...] ils (les français), ont abandonné les lois anciennes, faites par leurs premiers rois dans les assemblées générales de la nation [...] ils ont adopté toutes les constitutions des papes, et en ont fait une nouvelle partie de leur droit : nouveau genre de servitude* ", MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Lettre C, Paris, 1988, p.233.

reste toute puissante (<sup>303</sup>). Par touches fragmentaires, il livre son sentiment sur une justice qui ne l'enthousiasme guère (<sup>304</sup>), bien qu'il occupât, certes pour peu de temps, une charge de Président à mortier.

Il poursuit notamment cette réflexion sur la justice criminelle dans le cadre d'un long travail, difficile et harassant (<sup>305</sup>), qui se conclura par la publication, en 1748, d'un ouvrage intitulé *De l'esprit des Lois* (<sup>306</sup>). En transposant à la science juridique une méthode d'observation issue des sciences positives et fondée sur la seule raison (<sup>307</sup>), MONTESQUIEU "*jette les bases d'une nouvelle philosophie pénale, authentiquement libérale, aux antipodes des obsessions répressives de la législation et de la doctrine officielle*"(<sup>308</sup>). Il s'efforce de "*découvrir un ressort principal, un grand rouage central dont*

---

<sup>303</sup> "Cette armée effroyable de glossateurs, de commentateurs, de compilateurs, gens aussi faibles par le peu de justesse de leur esprit, qu'ils sont forts par leur nombre prodigieux" MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre C, p. 233.

<sup>304</sup> MONTESQUIEU évoque ainsi son désintérêt pour la fonction qu'il occupait depuis plusieurs années quant il fait écrire à RICA "*J'allai l'autre jour dîner chez un homme de robe, qui m'en avait prié plusieurs fois. Après avoir parlé de bien des choses, je lui dis : « Monsieur, il me paraît que votre métier est bien pénible. – Pas tant que vous vous l'imaginez, répondit-il : [...] N'êtes-vous pas toujours occupé de choses qui ne sont point intéressantes? Vous avez raison ; ces choses ne sont point intéressantes, car nous nous y intéressons si peu que rien ; et cela même fait que le métier n'est pas si fatigant que vous le dites »*", MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, lettre LXVIII, p. 179-180.

<sup>305</sup> Montesquieu écrit ainsi "*j'ai bien des fois commencé et bien des fois abandonné aux vents les feuilles que j'avais écrites ; je sentais tous les jours les mains paternelles tomber ; je suivais mon objet sans former de dessein ; je ne connaissais ni les règles ni les exceptions ; je ne trouvais la vérité que pour la perdre*", MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Textes établis avec une introduction des notes et des variantes par Gonzague TRUC, Paris, 1961, p. 2.

<sup>306</sup> Le titre exact en est *De l'esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, cf sur ce point l'article de Jean BRETHER de la GRESSAYE, L'histoire de l'esprit des Lois, *La pensée constitutionnelle et politique de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, Paris, 1952, pp. 69-96.

<sup>307</sup> En effet "*la démarche réside dans la volonté de d'introduire, pour la première fois, dans l'opacité de l'univers juridique les puissances clarificatrices de l'analyse et de la raison*" ROYER (Jean Pierre), *Histoire de la justice en France*, p. 189.

<sup>308</sup> POUMAREDE (Jacques), Montesquieu, Voltaire, Beccaria, *La révolution de la Justice. Des lois du Roi au droit moderne*, Paris, 1989, p. 109.

dépend une multitude de rouages secondaires"<sup>(309)</sup>, sans pour autant édifier "un système cohérent et complet de science et de procédure criminelle"<sup>(310)</sup>. Surtout, il fait "l'esquisse de quelques principes constructeurs"<sup>(311)</sup> qui conduisent le procès pénal. Il pose en préliminaire comme principe fondamental, que "c'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen"<sup>(312)</sup>.

Guidé par l'idée essentielle que la liberté, y compris celle d'un accusé, ne puisse souffrir d'aucune atteinte, lors des premiers actes procéduraux entrepris par le pouvoir judiciaire, MONTESQUIEU considère comme indispensable de limiter toute arrestation pour garantir la sûreté du citoyen. Pour lui, "si la puissance législative laisse à l'exécutrice le droit d'emprisonner les citoyens qui peuvent donner caution de leur conduite, il n'y a plus de liberté, à moins qu'ils ne soient arrêtés pour répondre, sans délai, à une accusation que la loi a rendue capitale"<sup>(313)</sup>. Il admet cependant que si cette même puissance "se croyait en danger par quelque conjuration secrète contre l'état, ou quelque intelligence avec les ennemis du dehors, elle pourrait, pour un temps court et limité, permettre à la puissance exécutrice de faire arrêter les citoyens suspects qui ne perdraient leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours" <sup>(314)</sup>. L'ancien Président à mortier énonce alors cet

---

<sup>309</sup> CHEVALLIER (Jean Jacques), *Histoire de la pensée politique*, Paris, 1973, Tome 2, p.60.

<sup>310</sup> GRAVEN (Jean), Montesquieu et le droit pénal, *La pensée constitutionnelle et politique de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, p. 211.

<sup>311</sup> GRAVEN (Jean), Montesquieu et le droit pénal, *La pensée constitutionnelle et politique de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, p. 242.

<sup>312</sup> MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XII, Chapitre II, p. 197.

<sup>313</sup> MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p.166.

<sup>314</sup> MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT) *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p. 166.

axiome que lorsque "*l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus*"<sup>(315)</sup>.

MONTESQUIEU, grâce à quelques formules lapidaires mais significatives d'une pensée qui se veut critique, esquisse les principes d'une mécanique procédurale où l'accusation, soutenue par un officier du roi <sup>(316)</sup>, sera contradictoirement et publiquement discutée par les parties <sup>(317)</sup>. Poursuivant son exposé, il stigmatise le système inquisitoire et secret <sup>(318)</sup>, pour lui préférer une autre procédure plus équilibrée, où le tribunal, composé de juges désignés par l'accusé <sup>(319)</sup>, et de même condition sociale que celui-ci <sup>(320)</sup>, statuera en fonction de critères légaux intangibles car "*si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on*

---

<sup>315</sup> MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XII, Chapitre II, p.197.

<sup>316</sup> "*Nous avons aujourd'hui une loi admirable : c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal : pour poursuivre, en son nom, tous les crimes*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I Livre VI, Chapitre VIII, p.88.

<sup>317</sup> "*Dans les jugements des procès, on ne servira du ministère ni d'avocat, ni de procureur. On ne fera aucune écriture, à moins que le juge ne l'ordonne pour son instruction [...] On prendra sa partie par la manche, devant deux témoins, pour la mener devant les juges*", MONTESQUIEU (publié par le Baron Gaston de MONTESQUIEU), *Pensées et fragments inédits de MONTESQUIEU*, Bordeaux, 1901, Tome II, 1901, p. 397.

<sup>318</sup> *Le tribunal de l'inquisition, formé par les moines chrétiens sur l'idée du tribunal de la pénitence, est contraire à toute bonne police [...]. Ce tribunal est insupportable dans tous les gouvernements...*, MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Livre XXVI, Chapitre XI, p.178.

<sup>319</sup> "*Il faut même que, dans les grandes accusations, le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges; ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre, que ceux qui restent soient censés être de son choix*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p. 165-166. cf également le livre XXVIII, Chapitre XLII.

<sup>320</sup> "*Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p. 166.



vivrait dans la société sans avoir précisément les engagements que l'on y contracte"<sup>(321)</sup>).

Cependant, ces développements, certes révélateurs d'une réflexion très avancée sur une autre organisation judiciaire du procès pénal, demeurent extrêmement restreints sur la preuve pénale. Si MONTESQUIEU rejette l'usage des ordalies "*qui ne prouvaient point, et qui n'étaient liées ni avec l'innocence ni avec le crime*"<sup>(322)</sup> et fait montre de son hostilité à l'égard de la torture <sup>(323)</sup>, il admet néanmoins que la culpabilité puisse être acquise sur la déposition de deux témoins, car elle contribue à établir un équilibre entre la dénégation et l'accusation <sup>(324)</sup>.

Il reste, par ailleurs, peu disert sur le système probatoire de son époque et n'envisage pas que l'accusé puisse bénéficier d'un autre statut procédural. S'il considère comme indispensable d'encadrer strictement l'arrestation et l'emprisonnement de ce dernier parce que la liberté reste essentielle, il ne le considère aucunement comme supposé innocent dès le début de la procédure.

---

<sup>321</sup> MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p.166.

<sup>322</sup> MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, Chapitre XVII, p. 226.

<sup>323</sup> "*Chaque province a établi des tourments particuliers pour la question, et c'est un spectacle affligeant que de repasser dans son esprit la fécondité des inventions à cet égard, la plupart absurdes [...] J'ai remarqué que, de dix personnes condamnées à la question, il y en a neuf qui la souffrent. Si tant d'innocents ont été condamnés à une si grande peine, quelle cruauté ! Si tant de criminels ont échappé à la mort, quelle injustice !*", MONTESQUIEU (publié par le Baron Gaston de MONTESQUIEU), *Pensées et fragments inédits de MONTESQUIEU*", Tome II, 1901, p. 385-386.

<sup>324</sup> "*Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté. La raison en exige deux ; parce qu'un témoin qui affirme et un accusé qui nie font un partage ; et il faut un tiers pour le vider*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Livre XII, Chapitre III, p. 198. Comme le note Jean GRAVEN "*l'étude générale de son œuvre [...], indique actuellement bien, nous semble t'il, que, s'il admet la règle traditionnelle des deux témoins, ce n'est point qu'il la considère comme inattaquable dans l'absolu, mais simplement comme bonne relativement [...], et que Montesquieu désapprouve le système de conviction et de jugement général employé par la juridiction criminelle de son temps*", GRAVEN (Jean), *Montesquieu et le droit pénal, La pensée constitutionnelle et politique de Montesquieu Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, p. 244-245, note n°6.

Cependant, les principes que pose celui qui entend éclairer l'univers juridique par une analyse raisonnée, et qui touchent dans ce domaine précis aux droits de l'homme, préfigurent le mouvement qui conduira à examiner d'autres règles pour le procès pénal.

C'est dans ce contexte critique que, dans la deuxième partie de sa vie, VOLTAIRE, de retour de la cour de FREDERIC II (<sup>325</sup>), utilise la notoriété de son nom mais aussi la précision de sa plume pour examiner sur un ton polémique (<sup>326</sup>) les travers de l'Ordonnance criminelle de 1670 qui "*en plusieurs points, semble n'avoir été dirigée qu'à la perte des accusés*"(<sup>327</sup>). En s'impliquant intensément dans les grandes causes judiciaires qui émaillèrent la seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle (<sup>328</sup>), le patriarche de FERNEY dénonce l'institution des monitoires (<sup>329</sup>), la possibilité de poursuivre pour faux témoignage le témoin qui se rétracte après le récolement (<sup>330</sup>). Il critique également l'institution du serment, s'élève contre l'usage de

---

<sup>325</sup> VOLTAIRE quitte définitivement Postdam le 26 mars 1753.

<sup>326</sup> Comme le souligne Jean Pierre ROYER ", *Voltaire devient le maître écrivain, sinon même le maître à penser, qui va, avec les ressources si diverses de son talent littéraire et de son génie de la publicité s'attaquer à l'éclairage critique des questions de l'époque, et, plus spécialement, aux questions de la réforme et de l'humanisation de la procédure pénale*", *Histoire de la justice en France*, p. 204, n°127.

<sup>327</sup> VOLTAIRE (François AROUET dit), *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Paris, 1817, Tome VI, p.141.

<sup>328</sup> Les combats menés pour CALAS, SIRVEN le Chevalier de la Barre, LALLY, TOLLENDAL, MONTBAILLI, LANGLADE, le Comte de MORANGIES, Mademoiselle CAMP... sont autant d'occasions qui permirent à VOLTAIRE de dénoncer une justice criminelle inhumaine et attentatoire aux droits de l'accusé, cf sur ce point l'ouvrage de Monsieur Rémy BIJAOU, *Voltaire Avocat*, Paris, 1994.

<sup>329</sup> "*Il faut avouer, monsieur, que, s'il y a quelques cas où un monitoire est nécessaire, il y en a beaucoup d'autres où il est très dangereux. Il invite les gens de la lie du peuple à porter des accusations contre les personnes élevées au-dessus d'eux, dont ils sont toujours jaloux. C'est alors un ordre intimé par l'église de faire le métier infâme de délateur*", VOLTAIRE, *Relation de la mort du chevalier de la Barre*, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI p. 342. Il maintiendra cette critique acerbe quelques années après en écrivant que "*grâce aux monitoires reste odieux de la procédure de l'inquisition, Saucourt et Broutel avaient fait entendre cent vingt témoins, la plupart gens de la lie du peuple ; et, de ces cent vingt témoins, il n'y en avait pas trois d'oculaires*", VOLTAIRE, *Le cri du sang innocent*, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, p.348.

torture (<sup>331</sup>), montre que l'instruction préparatoire défavorise l'accusé (<sup>332</sup>), réclame la présence d'un conseil à ses cotés (<sup>333</sup>), mais surtout ironise sur un système probatoire qui n'a d'autre conséquence que de bafouer l'innocence. Pour mettre en valeur toute son iniquité, il décrit, non sans ironie, la pratique judiciaire qui consiste à additionner, dans une logique mathématique, les indices et les présomptions qui, selon lui, autoriseraient le juge à condamner l'accusé (<sup>334</sup>), même si l'analyse qu'il peut faire, de cet aspect cependant limité de la preuve légale, relève plus de la critique acerbe que d'une connaissance de la doctrine en cette matière (<sup>335</sup>).

---

<sup>330</sup> "Les déposans sont, pour l'ordinaire, des gens de la lie du peuple, et à qui le juge, enfermé avec eux, peut faire dire tout ce qu'il voudra. Ces témoins sont entendus une seconde fois, toujours en secret, ce qui s'appelle récolement. Et si après ce récolement ils se rétractent dans leurs dépositions, ou s'ils les changent dans des circonstances essentielles, ils sont punis comme faux témoins. ", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p.141.

<sup>331</sup> "On ne rencontre, dans les livres qui tiennent lieu de code en France, que ces mots affreux, question préparatoire, question provisoire, question ordinaire, question extraordinaire, question avec réserve des preuves, question sans réserve des preuves [...], il semble que tous ces livres aient été composés par le bourreau ", VOLTAIRE, *Le prix de la justice et de l'humanité*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Vol II, p. 180.

<sup>332</sup> "La loi semble obliger le magistrat à se conduire envers l'accusé plutôt en ennemi qu'en juge", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p.143.

<sup>333</sup> "S'il s'agit d'un crime le prévenu ne peut avoir d'avocat [...].Quoi ! Votre loi permet qu'un concussionnaire, un banqueroutier frauduleux ait recours au ministère d'avocat ; et très souvent un homme d'honneur est privé de ce secours ! S'il peut se trouver une seule occasion où un innocent serait justifié par le ministère d'un avocat, n'est-il pas clair que la loi qui l'en prive est injuste ?", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p. 143.

<sup>334</sup> "A Toulouse, on admet des quarts et des huitièmes de preuves. On y peut regarder, par exemple, un oui-dire plus vague comme un huitième ; de sorte que huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé, peuvent devenir une preuve complète ; et c'est à peu près sur ce principe que Jean Calas fut condamné à la roue", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p.144.

<sup>335</sup> La doctrine n'a guère décrit ce qu'étaient les demi preuves ou le quart de preuves. On le retrouve dans certains arrêts. Nous renvoyons sur ce point à l'article de Bernard DURAND, *Arbitraire du juge et droit de la torture : Exemple du conseil souverain du Roussillon*, *Recueil de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des anciens pays de droit écrit*, plus précisément p.171.

Néanmoins, il met ainsi en évidence le danger d'un légalisme induit par la stricte application d'une doctrine savante et montre, dans ces conditions, que la rigidité de la preuve légale non seulement dans sa définition mais aussi dans son application pratique (<sup>336</sup>) favorise l'erreur judiciaire (<sup>337</sup>). Ce faisant, il apporte sa contribution à une réforme globale du droit criminel, où il faudrait "*concilier la rigueur de la loi et les droits imprescriptibles de l'homme*"(<sup>338</sup>) et précise simplement qu'on serait "*tenté de souhaiter que toute loi fût absolue, et qu'il n'y en eût d'autres que la conscience et le bon sens des magistrats*"(<sup>339</sup>), évoquant les prémices d'une intime conviction, qui cependant ne paraît recueillir véritablement son agrément car il montre une certaine méfiance sur l'usage que le juge ferait de cette liberté dans l'appréciation de la culpabilité. Pour lui, "*qui répondra que cette conscience et ce bon sens ne s'égarent pas? Ne restera-t-il d'autres ressources que de lever les yeux au ciel, et de pleurer sur la nature humaine*"(<sup>340</sup>). La perplexité l'envahit quand il convient de trouver la formule la mieux adaptée pour parvenir à la vérité judiciaire. Le système de la preuve légale est plus que critiquable, mais il n'est pas de solution idéale.

Ce que nous estimons devoir retenir des écrits de VOLTAIRE, c'est qu'ils ne posent pas le cadre conceptuel d'une autre forme de preuve pénale. Pour ce dernier, il s'agit avant tout d'améliorer la situation de l'accusé aux prises avec la machine judiciaire. Cette démarche humaniste nous permet néanmoins de

---

<sup>336</sup> "*Deux témoins constans, invariables dans leurs dépositions uniformes, suffisent pour faire condamner un accusé*", VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, Article XXII, p. 176.

<sup>337</sup> "*Ces erreurs meurtrières qui se renouvellent chaque année en Europe dans presque tous ces tribunaux gouvernés par la compilation de Tribonien, ou par l'ancienne coutume féodale !*", VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, Article XXII, p. 177.

<sup>338</sup> POMEAU (René), *VOLTAIRE en son temps*, 1995, Volume II, p. 549.

<sup>339</sup> VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, article XXII, p. 178.

<sup>340</sup> VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, article XXII, p.178.

penser que celui ci regardait, comme une règle essentielle, le principe selon lequel l'accusé ne peut immédiatement être considéré comme présumé coupable. En effet, dans son *Dictionnaire philosophique*, il écrit un que "*si contre cent mille probabilités que l'accusé est coupable, il y en a une seule qu'il est innocent, cette seule doit balancer toutes les autres*" (<sup>341</sup>). On peut sans doute voir, dans ces quelques lignes, l'ébauche de ce que le droit à l'innocence supposée doit l'emporter sur la culpabilité supposée.

Il reprendra cette position quelques années plus tard quand, dissertant sur la doctrine de la probabilité, il indique que si "*un homme est accusé d'un délit, il n'est pas évidemment nécessaire qu'il soit livré au bourreau sur la plus grande probabilité. Il est très possible qu'il vive sans troubler l'harmonie de l'état. Il se peut que vingt apparences contre lui soient balancées par une seule en sa faveur*"(<sup>342</sup>). Derrière cette notion de probabilité, utilisée dans deux ouvrages différents, et qui concerne un moment précis du procès pénal, à savoir le jugement, il nous faut constater que VOLTAIRE évoque cette possibilité que le juge puisse avoir sur l'accusé un autre l'accusé un regard procédural différent de celui initiée par la preuve légale. La démarche ne peut être ignorée, en ce sens qu'elle favorise l'accusé, plus exactement qu'elle ne considère pas ce dernier comme un coupable supposé.

Avec certaines affaires particulières auxquelles il s'intéresse parce qu'elles sont des exemples criants d'injustice, VOLTAIRE pose ce postulat que les présomptions et autres indices matériels débattus devant le juge ne s'imposeront plus à lui en fonction de valeur préétablie, mais seront examinés dans le cadre d'une introspection personnelle. Un accusé peut ne pas être inquiété tant qu'il subsiste un élément, si petit soit-il, qui lui soit favorable. La question se pose de savoir si cet élément favorable peut être le doute. La

---

<sup>341</sup> VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article des Crimes ou délits de temps ou de lieu, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, p. 684.

<sup>342</sup> VOLTAIRE, *Essai sur les probabilités en fait de justice*, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, p. 375.

forme paraît l'emporter sur le fond et seul le fait, pour un juge, d'être persuadé en son for intérieur continue de sensibiliser les réformateurs.

## **B) Pour un système probatoire différent**

Pour les philosophes des Lumières le procès pénal ne garantit pas suffisamment les droits de l'accusé. En effet, si la démarche procédurale s'organise autour de "*deux objets principaux; l'un de constater l'existence du crime; l'autre de convaincre l'accusé d'en être l'auteur*"<sup>(343)</sup>, elle se structure suivant un système probatoire qui consiste à rechercher puis à obtenir une *preuve pleine et entière* seule susceptible de fonder une condamnation. La culpabilité se trouve donc être la résultante d'une combinaison mathématique de valeurs attribuées aux indices ou aux éléments recueillis lors de l'enquête et leur liaison. Il faut penser autrement le moyen qui permette au juge de fixer la vérité judiciaire sans qu'il soit enfermé dans sa démarche mais qui tienne compte des droits de l'accusé.

Dans cette réflexion qui s'entame, il faut relever la correspondance que vont entretenir CONDORCET et TURGOT (<sup>344</sup>) sur le jury. Cet échange de lettres, qui s'inscrit dans cet examen critique de la justice criminelle durant cette fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle (<sup>345</sup>), marque "*le premier témoignage d'une recherche*

---

<sup>343</sup> MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, p.778.

<sup>344</sup> Celle-ci est constituée par six courriers rédigés les 12 Février, 25 avril, 17 mai, 4 juin et 16 juillet 1771 et qui furent envoyés par DUPONT de NEMOURS, après qu'il eut sollicité TURGOT, à Charles-Frédéric de Bade, Margrave puis Grand duc de Bade qui souhaitait s'informer des problèmes relatifs à la justice criminelle. Comme l'écrit DUPONT de NEMOURS à ce dernier "*je lui ai demandé la permission de vous en faire part, non seulement parce que je n'aurais sûrement pas aussi profondément traité la question que ces deux messieurs, tous deux d'un mérite si distingué, l'ont fait en débattant leurs opinions opposées mais surtout que je suis bien loin d'avoir sur la jurisprudence des connaissances aussi consommées que M. TURGOT*", *Œuvres de TURGOT et document le concernant avec biographie et note par Gustave Schelle*, Paris, 1919, p. 513 note c.

<sup>345</sup> TURGOT avoue au cours de cette correspondance qu'il est "*fort loin de défendre notre procédure dont je connais toute l'injustice et tout l'odieux*", (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, Paris, 1994, p. 46.

sérieuse d'un nouveau système de certitude"<sup>(346)</sup>. Bien que le désaccord subsiste entre TURGOT et CONDORCET (<sup>347</sup>) sur le recours au jugement par jury, ceux-ci font le constat de "l'injustice", comme le souligne TURGOT, du système de la preuve légale. CONDORCET précise que les condamnations sont parfois prononcées alors que la culpabilité n'est pas véritablement certaine. Ainsi écrit-il que "*Le Parlement de Paris qui se dit le vengeur de notre liberté politique, et n'est réellement que l'ennemi de la liberté civile, s'est pourtant permis de condamner le comte de Lally sans spécifier son crime et condamne tous les jours à mort des gens qu'il déclare en même temps véhémentement soupçonnés*"(<sup>348</sup>). TURGOT lui répond à l'identique qu'"un autre préjugé souvent funeste à l'innocence est l'idée très répandue qu'un juge doit juger secundum allegata et probata, et qu'il y a des preuves légales auxquelles le juge doit se rendre"(<sup>349</sup>).

La critique porte donc sur le fait que l'on ne peut attacher à chaque indice ou à chaque moyen de preuve une valeur prédéfinie, et, par voie de conséquence sur l'attitude des juges qui acceptent, pour la tranquillité de leur conscience,

---

<sup>346</sup> ASTAING (Antoine), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, p. 370, TURGOT suggère à CONDORCET de conserver "*réciroquement nos lettres qui pourront ensuite servir à celui de nous deux qui voudrait arranger définitivement ses idées sur une question aussi importante pour l'humanité*", (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Première lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 12 février 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 41.

<sup>347</sup> "*Je vous ai fait part de mes doutes, Monsieur, sur la forme des jugements par jurés en matière criminelle [...]. Ce qui me répugne le plus dans la procédure par jurés, c'est ce choix de juges pour chaque crime particulier, qui me paraît devoir rendre souvent la justice arbitraire et dépendante, ou du parti dominant, ou du souffle de l'opinion populaire actuelle*" (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Première lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 12 février 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 41.

<sup>348</sup> (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Première lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 12 février 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 42.

<sup>349</sup> Troisième lettre de Mr TURGOT à Mr de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Seconde lettre en réponse de Mr de CONDORCET à Mr TURGOT, Ribemont le 25 avril 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 47.

de se soumettre docilement aux conséquences d'un tel système <sup>(350)</sup>. Parce qu'il peut être source d'injustice, ce système de preuve légale est à leurs yeux insuffisant pour parvenir à la vérité judiciaire. CONDORCET et TURGOT estiment alors nécessaire de modifier, voire de transformer les règles qui participent du jugement.

CONDORCET écrit que, *"comme il est impossible que chacun examine les preuves de crime, la certitude que chacun en doit avoir ne peut être fondée que sur la confiance qu'inspire le tribunal qui a jugé. Ainsi, la question de la meilleure forme possible qu'on puisse donner à un tribunal se réduit à celle de la meilleure manière possible d'acquérir la certitude d'un fait dont on ne peut examiner les preuves et sur lequel on ne peut asseoir son jugement que d'après l'opinion d'autrui"*<sup>(351)</sup>. Le principe est donc posé d'un lien étroit entre la certitude qu'il faut acquérir pour condamner et les conditions dans lesquelles elle sera établie. Celui-ci énonce que *"les juges ne prononcent pas qu'un fait est vrai, lorsqu'il le trouveront prouvé selon certaines règles toujours fort arbitraires et sujettes à une infinité de d'exceptions, mais lorsqu'ils le jugeront vrai d'après leur conviction intérieure"*<sup>(352)</sup>. TURGOT lui répond sur cette notion de certitude que *"tout juge saurait que la condition nécessaire, pour qu'il puisse infliger justement une peine est sa conviction intime que le crime a été réellement commis"*<sup>(353)</sup>, précisant ainsi *"qu'aucune loi ne peut déterminer le nombre ni le genre des*

---

<sup>350</sup> Il les décrit comme *"une foule de gens assez imbéciles et assez féroces pour que la déposition de deux témoins tranquillise pleinement leur conscience"*, (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771 *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 47.

<sup>351</sup> CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Seconde lettre en réponse de M. de CONDORCET à M. TURGOT le 25 avril 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 42-43.

<sup>352</sup> CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Seconde lettre en réponse de M. de CONDORCET à M. TURGOT le 25 avril 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 43-44.

<sup>353</sup> CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 47.



*preuves qui peuvent produire en lui cette conviction intime"*<sup>(354)</sup>. Ces échanges épistolaires constituent le premier témoignage daté d'une réflexion profonde sur les conditions qui permettent aux juges de parvenir à la certitude, et par la même de fixer la vérité judiciaire.

Néanmoins, si la critique de la preuve légale est ici réaffirmée à raison de son insuffisance, il faut cependant reconnaître qu'il paraît difficile pour ces auteurs de l'abandonner définitivement <sup>(355)</sup>. Le juge pourra continuer à l'utiliser mais elle ne constituera qu'un socle sur lequel viendra se greffer sa conviction. Comme le note TURGOT, le juge "*regarderait, en conséquence, ce qu'on appelle preuve légale, non pas comme une preuve suffisante pour condamner, mais comme le minimum de preuve sans lequel il ne peut condamner"*<sup>(356)</sup>. Poursuivant alors son raisonnement celui-ci pose, avec une certaine acuité, le mécanisme qui conduit à la décision. Pour juger, il faut "*discuter la force des preuves. Ces preuves sont du genre des preuves morales qui ne portent pas avec elles une conviction irrésistible. Il faut donc savoir estimer les probabilités, discuter les indices, apprécier les témoignages"*<sup>(357)</sup>. Les deux auteurs montrent ainsi que cette preuve reste insuffisante pour

---

<sup>354</sup> CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 47-48.

<sup>355</sup> CONDORCET reste "*persuadé qu'il est possible de combiner le système de jurisprudence criminelle [...] ou de corriger la jurisprudence de manière que, dans l'une et l'autre forme, la sûreté publique et les droits des citoyens accusés ne soient point sacrifiés l'un à l'autre, et que les particuliers y aient très peu à craindre, soit de la violence, soit de l'ignorance ou de l'oppression*", Sixième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p.66.

<sup>356</sup> CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Sixième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 48, CONDORCET approuve ce principe puis qu'il répond à TURGOT avoir "*été charmé de votre idée sur ce qu'on appelle légales, et je la crois si juste et si utile que je voudrais qu'elle fût consacrée par une forme*", (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de) Quatrième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, le 4 juin 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p. 49.

<sup>357</sup> CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Cinquième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 16 juillet 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits* (1767-1789), p.50.

établir une culpabilité certaine et qu'elle doit nécessairement trouver un complément dans la conviction intime du juge.

Toutefois, cette nouvelle approche de la culpabilité, où la règle de la pluralité évoquée par TURGOT (<sup>358</sup>) le dispute à la règle de l'unanimité posée par CONDORCET (<sup>359</sup>), tend à ignorer le statut de l'accusé avant le jugement. Bien plus, elle ne se prononce pas sur les conséquences d'une conviction imparfaitement acquise. Si le juge doit modifier sa perception des moyens de preuve pour éviter une injustice et protéger l'innocence, il ne change pas pour autant son regard sur l'accusé. Le principe de la présomption d'innocence, tel qu'il nous est actuellement connu dans ses conséquences, n'est aucunement évoqué par ces deux auteurs. Cette correspondance a cependant le mérite de montrer toute l'ambiguïté que revêt la question pénale. S'il est indispensable de fournir au juge d'autres moyens pour décider du sort de l'accusé, il n'est pas envisagé de réfléchir sur un autre système probatoire. TURGOT et CONDORCET ouvrent un champ de réflexion en examinant le moyen de parvenir avec le plus de sûreté possible à une certitude judiciaire, et ce, grâce à la rigueur que la science imposait. Néanmoins, c'est un mouvement novateur qui réfléchit sur un autre système probatoire sans pour autant se limiter au seul royaume de France.

---

<sup>358</sup> "il suffit à la sécurité des citoyens qu'ils ne puissent être condamnés qu'à une très grande pluralité, comme des trois quarts ou des même des quatre cinquièmes des voix" CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Cinquième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 16 juillet 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 61.

<sup>359</sup> "Je ne trouve pas suffisante la pluralité des trois quarts ou des quatre cinquième des voix. D'abord je demande que cette pluralité soit réglée de manière qu'en supposant les juges éclairés et impartiaux, et l'accusé bien entendu et bien défendu, je doive regarder son crime comme avéré, de cela seul qu'il a été décidé tel par le tribunal Je remarque ensuite qu'il n'y a ici aucune certitude absolue, mais une certitude morale, et que par conséquent il faut fixer une unité qu'on regardera comme une certitude absolue à laquelle on comparera celle qu'on acquiert dans les différentes hypothèses. Je crois devoir prendre pour cette unité, l'unanimité libre d'un nombre donné de gens éclairés et impartiaux" CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Sixième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p.66

C'est ainsi que quelques années plus tard, un auteur italien des Lumières, Gaetano FILANGIERI (<sup>360</sup>) allait lui aussi s'attaquer au problème récurrent de la justice criminelle dans un ouvrage dont la publication devait connaître un retentissement certain (<sup>361</sup>). Il rappelle que, si elle "*doit donc inspirer de l'effroi au méchant, et de la sécurité à l'innocence*" (<sup>362</sup>), son application démontre que "*Malheureusement pour l'Europe, les lois criminelles, chez la plupart des nations, ne tendent ni à l'un ni à l'autre de ces objets*" (<sup>363</sup>). Il en résultait un "*désordre*" certain dont les sources paraissaient multiples (<sup>364</sup>).

---

<sup>360</sup> Gaetano FILANGIERI, né le 18 août 1752 à Naples, il meurt le 21 juillet 1788 à Vico Equense (Italie). Avocat au Barreau de Naples, c'est un lecteur assidu de CONDILLAC, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, ROUSSEAU, HELVETIUS, BUFFON. Il publie en 1774 un ouvrage intitulé *Réflexions politiques sur la dernière loi du souverain relative à l'administration de la justice* dans lequel il défend les réformes entreprises par le Marquis TANUCCI, ministre de Charles III, Roi de Naples, pour réformer la justice criminelle du royaume napolitain. En 1777, il est reçu majordome de semaine et gentilhomme de la chambre du roi. Ce séjour à la cour ne l'empêcha nullement de se consacrer à la rédaction de *La Science de la législation*, œuvre d'importance qui examine la législation dans toutes ses branches et en établit les principes. Publiée en 1780, elle restera inachevée à sa mort. FILANGIERI occupe une place importante parmi les publicistes italiens du XVIII<sup>ème</sup> siècle.

<sup>361</sup> "*Aucun ouvrage n'eut autant que le sien d'éditions en Italie et de traduction chez l'étranger. [...] La science de la législation devint ainsi, en peu de temps, le code général de toute l'Europe ; on l'entendait citer partout, et dans les écoles et dans les tribunaux*", *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, 1840, Tome 1, Eloge de Gaetano FILANGIERI, p. XL.

<sup>362</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p.272.

<sup>363</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p. 272.

<sup>364</sup> "*Quelles sont les causes de ce désordre ? Les vices de la procédure criminelle ; le mélange monstrueux des principes de la jurisprudence romaine, avec ceux de la législation de nos barbares ancêtres, et avec ceux du système féodal et des lois canoniques, [...], des maximes contraires à la liberté de l'homme, et destructives de tous les droits du citoyen...*", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p. 272.

Pour cet auteur des Lumières, il était indispensable d'élaborer un autre système de preuve construit "sur les fondements inébranlables de la raison"<sup>(365)</sup>. Pour autant, celui-ci ne se contente pas d'une simple dénonciation amorcée et développée par les philosophes des Lumières<sup>(366)</sup>. Il pose en effet les prémices d'un nouveau système probatoire<sup>(367)</sup> qui, pris dans son ensemble, redonnait à la loi pénale sa véritable finalité, à savoir "soustraire, autant qu'il est possible l'innocent à l'effroi, le coupable à l'espérance, et le juge à l'empire de sa volonté"<sup>(368)</sup>. Dans l'examen des réformes indispensables, selon lui, à une transformation de la législation criminelle, Gaetano FILANGIERI consacre quelques développements sur la preuve pénale.

Comme il le précise à la fin du chapitre XI de *la Science de la législation* consacré à un "parallèle des jugements de dieu et de la torture", il s'efforce de "développer le plan d'un système qui puisse être substitué à l'ancienne méthode"<sup>(369)</sup>. Il s'agit pour lui de proposer un autre système probatoire. Dénonçant alors cette "partie de la législation ou les contradictions et les mauvais raisonnements de la plupart des législateurs et des interprètes des lois"<sup>(370)</sup> qui aboutissait à méconnaître les droits

---

<sup>365</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation, La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p. 316.

<sup>366</sup> "Vainement on s'est élevé, d'un bout de l'Europe à l'autre, contre l'irrégularité de la procédure criminelle ; ce murmure universel n'a pas encore fait naître une forme que l'on puisse substituer à l'ancienne méthode. La philosophie a attaqué quelques-uns des abus les plus dangereux de ce système ; mais elle n'a pas encore osé le combattre dans toutes ses parties", *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1p. 273.

<sup>367</sup> "Le seul qui entreprit de passer en revue tous les défauts de la législation existante, d'en rechercher, d'en proposer les remèdes, de donner enfin un plan de réforme le plus convenable à tous les états du monde civilisé, fut FILANGIERI et de proposer des moyens pour les faire" *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Eloge de Gaetano FILANGIERI, op. cit. , p. XI

<sup>368</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 274.

<sup>369</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 344.

de l'accusé, il écrit, non sans fermeté, que *"c'est un principe universellement reconnu, que pour condamner un citoyen à une peine, il faut avoir une certitude morale qu'il a violé la loi, qu'il a commis le délit contre lequel la loi a établi cette peine. Sans cette certitude morale, la condamnation sera toujours une injustice, et l'exécution un acte de violence"*<sup>(371)</sup>. Par ces quelques lignes, notre auteur italien pose avec beaucoup de force le principe de l'intime conviction. Il estime qu'il est intemporel et indépendant de la variation des législations <sup>(372)</sup>. Quant à la certitude qui sert de cadre au processus décisionnel, il la définit comme *"la disposition d'esprit d'un homme assuré de la vérité d'une proposition relative à l'existence d'un fait qui ne s'est pas passé sous ses yeux"*<sup>(373)</sup>.

A partir de ce nouveau mécanisme probatoire que constitue la conviction intime du juge, Gaetano FILANGIERI examine *"quelles conséquences le législateur doit tirer de ce principe"*<sup>(374)</sup>, et énonce que *"si pour condamner un homme à une peine, il faut avoir une certitude morale qu'il a violé la loi, le juge qui n'a point cette certitude ne peut donc, quoi qu'en disent les moralistes, ou plutôt les casuistes, condamner un accusé sans enfreindre les devoirs de son ministère, sans offenser la justice, sans trahir sa conscience"*<sup>(375)</sup>. S'affirme ici l'idée que la condamnation ne peut être que la

---

<sup>370</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 316.

<sup>371</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 344-345.

<sup>372</sup> Il conclut en effet que *"tous les publicistes conviennent de ce principe, et il a été adopté par la jurisprudence ancienne comme par la jurisprudence moderne"*, FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p.345.

<sup>373</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 348.

<sup>374</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi Ibidem*, p. 348.

seule conséquence d'une démarche personnelle entreprise par le juge, puis poursuivie jusqu'à la conviction que l'accusé a bien commis le fait pour lequel il était poursuivi. Celle-ci est acquise sur une certitude absolue, reflet d'un accord entre la conscience du juge et la décision qu'il prend. Dès lors, toute incertitude doit, par conséquent, l'empêcher de condamner.

Pour autant, cette affirmation diaphane que le doute doit profiter à l'accusé, reste sans grande incidence sur la construction du principe procédural de la présomption d'innocence. Si Gaetano FILANGIERI innove, en proposant une méthode inédite d'analyse de la preuve qui prenne en considération le cadre sociologique dans lequel elle s'inscrit <sup>(376)</sup>, il fragilise néanmoins ce qu'il a précédemment développé en esquissant le danger que représente cette liberté de juger <sup>(377)</sup>. La perception personnelle que le juge construit à partir des moyens de preuve qui lui sont présentés doit, pour éviter des erreurs de jugement, être tempérée par d'autres principes.

---

<sup>375</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, p. 349.

<sup>376</sup> Dans sa dénonciation de la torture l'auteur pose ce principe que les formes probatoires suivent l'évolution des mœurs. En effet si "*la superstition et l'ignorance qui virent naître les jugements de Dieu faisaient regarder comme infaillible ces sortes d'épreuves. Les progrès des connaissances, les Lumières du siècle et les raisonnements des philosophes ont persuadé même au peuple, que la torture est la preuve, non de la vérité mais de la force du corps*", il conclut alors qu'"il y a donc cette différence entre ces deux méthodes, que nos ancêtres avaient de la confiance dans celle qu'ils employaient, et que nous n'en avons aucune dans la nôtre", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 341.

<sup>377</sup> "*si la preuve qui rend un homme sûr de la vérité d'un fait ne produit pas sur un autre le même effet ; si une bonne ou mauvaise digestion peut rendre un homme plus ou moins crédule[...] ; si la liberté civile ne permet pas qu'un juge puisse condamner un innocent, et que cependant cette opinion de certitude, déterminant la vérité du fait, donne au magistrat un pouvoir arbitraire, illimité, sur la vie, la liberté, l'honneur des citoyens ;[...] il est nécessaire que la Science de la législation trouve un moyen propre à prévenir les désordres d'un tel pouvoir*", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 349

Les juges ne peuvent, lors du jugement, être laissés sans repère. Il faudra *"combiner la certitude morale du juge avec la règle prescrite par le législateur, c'est à dire, avec le criterium ou la certitude de la loi"*<sup>(378)</sup>. Concrètement, ce que propose Gaetano FILANGIERI consiste à dire que *"le code criminel d'une nation devrait renfermer quelques règles invariables : ces règles comprendraient les preuves légales, sans lesquelles la loi ne doit jamais regarder un délit comme prouvé"*<sup>(379)</sup>. Il s'agit donc d'encadrer cette intime conviction par d'autres moyens de preuve préalablement déterminés. Ce système mixte, tout en se référant à la conviction du juge, interdit de fait toute présomption d'innocence car il met en place une réponse juridique en totale contradiction avec ce principe.

Il est ainsi précisé que *"l'accusation ne pourrait être déclarée vraie que lorsque la certitude morale du juge serait unie à la certitude légale ; qu'elle serait déclarée fausse, lorsqu'elle n'aurait point ces deux bases ; et incertaine lorsque l'une d'elles serait en faveur de l'accusé, c'est à dire lorsque la certitude morale du juge ne serait point accompagnée des preuves légales établies par la loi, ou que les preuves légales ne seraient pas unies à la certitude morale du juge"*<sup>(380)</sup>. Gaetano FILANGIERI ne fait ici que reprendre les distinctions opérées par le droit romain et qui avaient créé une situation intermédiaire entre la condamnation et l'absolution protectrice des intérêts de l'accusé. Comme ce dernier le rappelle <sup>(381)</sup> *"cette suspension,*

---

<sup>378</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 349.

<sup>379</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi Ibidem*, Tome 1, p. 349.

<sup>380</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 350.

<sup>381</sup> *"A Rome, les juges du fait ne pouvaient prononcer que ces trois réponses : absolvo, condemno, non liquet, mots dont ils présentaient, comme on sait, les lettres initiales"*, FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle*

*laissant toujours l'accusé sub judice, n'entraînerait pas la perte de sa liberté personnelle*"<sup>(382)</sup>. Pour lui, cette décision demeure plus favorable à l'accusé que celle d'être condamnée à une peine arbitraire <sup>(383)</sup>. Il reste donc silencieux, en imaginant une situation intermédiaire entre condamnation et absolution, sur la possibilité de concevoir un principe directeur du procès pénal où l'accusé sera regardé comme innocent tout au long de la procédure.

Les dernières années de l'ancien régime voient donc une production littéraire importante qui prend pour cible la justice criminelle et met en avant certains droits fondamentaux <sup>(384)</sup>. Toutefois, les auteurs n'apportent guère de réflexion sur le seul problème de la preuve pénale, même si à leurs yeux, le système de la preuve légale reste préjudiciable à l'accusé. Seul, un statut procédural spécifique garantissant à l'accusé la neutralisation du regard porté par le juge assurerait un éventuel droit à l'innocence. Cependant l'émergence d'une intime conviction constitue, indépendamment des conséquences négatives qui s'y rattachent, c'est-à-dire la prononciation d'une peine moindre, le début d'un processus conduisant à la reconnaissance d'un principe de présomption d'innocence. Le doute et ses conséquences font l'objet de développements qui aboutissent à modifier l'image que le juge avait de l'accusé. De coupable en puissance il se transmute en innocent éventuel parce que le cadre nouveau, que l'on veut appliquer à la preuve pénale, autorise une recherche intime et personnelle de la culpabilité.

---

*édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi, Tome 1, p. 349, note n°1.*

<sup>382</sup> FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 350.

<sup>383</sup> "Le danger de laisser un innocent sub judice, et celui de rejeter dans la société un coupable que la conscience de son crime forcera bientôt d'abandonner sa patrie ; ces dangers sont bien moins graves que ceux du système judiciaire qui gouverne aujourd'hui une grande partie de l'Europe, système qui donne aux juges le droit d'infliger une peine arbitraire, au défaut de preuves complètes", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 350.

<sup>384</sup> Nous renvoyons sur ce point à l'article de Nicole CASTAN, *La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime, Déviance et société*, 1983, vol 7, pp 23-34.



## Paragraphe 2. Une volonté d'humaniser le procès criminel.

Le mouvement des idées qui consiste à reconsidérer la preuve pénale se répand rapidement dans la société. La culpabilité ne peut plus résulter de l'application mécanique de critères et définitions préétablis. S'élabore le principe selon lequel le juge peut se convaincre personnellement de la force des preuves pour établir sa conviction sur la culpabilité (A) ; dans ces conditions, il permet l'émergence d'un droit à l'innocence (B).

### A) Le juge et le doute

Durant la seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle la littérature consacrée à la critique d'une justice criminelle s'intensifie (<sup>385</sup>). Elle trouve une justification dans les scandales judiciaires qui émeuvent l'opinion publique, parce que l'innocence y est bafouée. Les ouvrages généraux sur le sujet, mais également les mémoires et factums "*documents hybrides à la fois privés et publics [...] théoriquement réservés à l'usage interne des tribunaux*"(<sup>386</sup>), et diffusés auprès d'un large public insistent donc, après la critique et la dénonciation, sur la nécessité de procéder à des changements procéduraux qui puissent protéger l'innocence de celui qui est soupçonné puis accusé. L'Ordonnance criminelle de 1670 ne répond plus aux nouvelles aspirations qui entendent renforcer les droits de la défense.

---

<sup>385</sup> Des voix, certes peu nombreuses, s'étaient élevées. Ainsi MONTAIGNE dénonçait-il la rigueur des exécutions publiques car "*tout ce qui est au delà de la mort simple, me semble pure cruauté, et notamment nous qui devrions avoir respect d'envoyer les âmes en bon estat*", MONTAIGNE (Michel de), *Les Essais*, Paris, 2004, Livre II, Chapitre XI, p 431. Il convient également de rappeler les objections du lieutenant criminel au Présidial d'Angers, AYRAULT, quant au principe du secret instituée par l'Ordonnance de 1539 qui "*abolissant tout autre stile & coutume a voulu que les procès se fassent secrètement & à part. Qu'a t'elle peu considérer [...]. Seroit-ce donc point que cette façon de procéder secrètement & à part, fust plus expéditive ? à cela ie dy deux choses : la première qu'il faut considérer, non pas celle qui est la plus prompte, mais la plus iuste. La seconde, que ie suis d'opinion contraire*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens grecs et usés es accusations publiques*, Paris, 1583, p. 357-358

<sup>386</sup> ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la justice en France*, p.174, n°111.

Dès lors, un certain intérêt se fait-il sentir pour les questions relatives à la preuve pénale, ce que ne manque pas de souligner l'auteur d'un *Dictionnaire de jurisprudence* qui écrit que "*nos magistrats, nos jurisconsultes, les philosophes, tous les bons citoyens s'empressent d'écrire sur l'administration de la justice criminelle. Il faut bien du temps pour détruire les préjugés, pour classer les crimes, pour proportionner les peines, pour tracer une procédure convenable à notre monarchie, à nos tribunaux, à notre esprit et à nos mœurs*"<sup>(387)</sup>. La procédure criminelle dans son ensemble mais aussi le système de preuve légale qui lui est consubstantiel sont l'objet d'âpres commentaires parce qu'ils constituent un risque pour la reconnaissance d'un droit à l'innocence.

Néanmoins, cette effervescence que connaît la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle pour ce sujet, ne peut faire oublier la plume isolée mais prémonitoire d'un précurseur qui, parce qu'il entendait critiquer l'usage de la question <sup>(388)</sup> dans les procès de sorcellerie, esquissait incidemment un droit à l'innocence, sans pour autant le décrire dans ses mécanismes. En 1682, Augustin NICOLAS <sup>(389)</sup>, publiait, non sans hésitation <sup>(390)</sup>, un petit ouvrage intitulé "*Si la torture est un moyen*

---

<sup>387</sup> PROST du ROYER (Antoine-François), *Dictionnaire de jurisprudence et des Arrêts, ou nouvelle édition du dictionnaire de BRILLON.*, Lyon, 1781-1788, Préface, p. lxx.

<sup>388</sup> Il ne fut pas le seul puisque MONTAIGNE estime que "*c'est une dangereuse invention que celle des géhennes [...]. Pour dire vray, c'est un moyen plein d'incertitude et de danger*", MONTAIGNE (Michel de), *Les Essais*, Livre II, Chapitre V, p.368-369

<sup>389</sup> Augustin NICOLAS, né à Besançon en 1622, il meurt dans la même ville le 25 avril 1695. Après avoir travaillé chez un notaire, il choisit la profession des armes, et fit plusieurs campagnes en Italie. Secrétaire du cardinal de Trivulce, il refuse de rentrer dans les ordres et passe en Espagne où il s'occupera des intérêts du duc de Lorraine, prisonnier à Tolède. Libéré, ce dernier nomme Augustin Nicolas son résident avec le titre de conseiller d'état. En 1666, il devient Maître des requêtes au Parlement de Dôle, la Franche-Comté étant sous domination espagnole. Conquis en 1668, Augustin NICOLAS se déclara partisan des français, mais dut se réfugier l'année suivante en Lorraine puis à Paris, lorsque la province redevint espagnole en 1669. Le comté de Bourgogne étant définitivement acquis à la France par la paix de Nimègue, signé le 5 février 1679, ce juriste fut nommé conseiller d'état et réintégré comme Maître des requêtes au Parlement de Besançon.

<sup>390</sup> Il écrit ainsi avoir "*long-temps balancé entre le désir de secourir l'innocence de ceux qui pourroient souffrir d'injustes supplices dans les jugemens, où il s'agit de leur vie & de leur honneur, et la crainte de donner au public quelque chose qui pût sembler contraire aux opinions communes*", NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen pour vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique*, Réimpression de l'édition d'Amsterdam de 1682, Marseille, 1982, p. 7.

seur à vérifier les crimes secrets". Le dédicant à Louis XIV, il espérait que le Roi puisse, non seulement "embrasser la protection de cet ouvrage", mais également "extirper tant d'injustes moyens de venir à la connoissance et au châtimement des crimes"<sup>(391)</sup>. Comme l'indique son auteur, cette "dissertation morale et juridique", entreprise à "l'aide du discours & de la raison naturelle, qui est le fondement de toutes les lois"<sup>(392)</sup>, consiste pour l'essentiel à rechercher si la question constitue "un moyen qui nous conduise seurement à la découverte des crimes secrets, & qui produise l'effet que nous nous proposons en cette recherche ?"<sup>(393)</sup>. Au delà de l'indignation que ressent ce magistrat sur l'usage de la question dans les procès de sorcellerie, et ce, bien qu'il ne soit pas le seul <sup>(394)</sup>, celui-ci nous livre une réflexion, certes à contre-courant de son temps, sur la recherche de la culpabilité.

Il expose de manière indirecte, toute l'inhumanité d'un système probatoire où "la question dans les procès criminels n'est autre chose qu'une recherche de la vérité par les tourmens, pour tirer de la bouche du criminel prétendu sa propre confession dans les choses qui sont de son fait ou de sa science"<sup>(395)</sup>. Pour ce dernier, l'usage de la violence sur le corps de l'accusé ne peut constituer ce supplément de preuve qui permette au juge de condamner. "Pourquoy donc donner plus de peine à un homme qui n'est point encore convaincu du crime dont il est recherché ? C'est (dit-on) parce qu'un témoin & quelques indices le chargent"<sup>(396)</sup>. Il estime que l'usage

---

<sup>391</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 4.

<sup>392</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 9.

<sup>393</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 9.

<sup>394</sup> Il écrit en effet "Je ne suis pas le seul de ce sentiment, & je me ferois un scrupule, ou tout au moins une répugnance à la débiter, s'il n'estoit soutenu de la raison & de l'autorité de gens pieux & sçavans", NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p.92.

<sup>395</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 9-10.

<sup>396</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 18.

de la question dont le seul but est de compléter une preuve insuffisante, correspond déjà à l'application d'une peine alors que le jugement n'a pas encore été rendu. Il y a donc bien un a priori défavorable qui préjudicie à l'accusé.

Augustin NICOLAS critique par ailleurs le juge qui *"se contente d'une sureté probable, et repose sa conscience sur ce que les loix et la pratique luy proposent pour règle de sa conduite"*<sup>(397)</sup>. Il stigmatise les conséquences d'un système où l'aveu de l'accusé constitue l'indispensable complément à toute condamnation<sup>(398)</sup>. Sa culpabilité ne peut résulter d'un aveu forcé<sup>(399)</sup> car selon lui, *"c'est chocquer l'expresse disposition des lois chrétiennes de chercher par les tourmens la confession d'un accusé"*<sup>(400)</sup>. Pour ce magistrat, un tel système probatoire ne peut avoir de légitimité. Estimant que le juge se doit préserver l'innocence, il reprend ce principe issu du droit romain qui veut que *"La conservation d'un innocent nous est plus chère, & produit à l'Estat plus de mérite devant Dieu que le supplice de dix criminels. Que l'égard et les soins que nous devons pour la sureté & pour le repos de ceux-là nous obligent à relascher plustost trente criminels, qu'à nous exposer au danger de faire périr un innocent"*<sup>(401)</sup>. Ce qui importe c'est d'éviter une erreur judiciaire.

---

<sup>397</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 55.

<sup>398</sup> Comme il l'écrit *"Nous n'exposons pas d'abord un accusé à se confesser coupable à force de le charger de tourmens, mais nous cherchons des indices violents, des témoignages & des présomptions, qui nous rendent le crime si évident, que rien ne manque plus pour une preuve achevée que la confession de l'accusé"*, NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 86.

<sup>399</sup> Répondant aux objections sur l'éventualité d'une impunité des crimes parce que l'aveu n'a pas été recueilli par la question, il répond *"à cecy, que je ne reprends que l'abus, & non l'usage de ces charges saintement instituées, ni de la procédure nécessaires à la punition des méchants. Il y aura assez de véritables criminels pour l'exercer quand la justice s'en tiendra aux moyens légitimes de la conviction, sans risquer son succès & l'équité de ses Arrests sur des confessions arrachées à force de tourmens insupportables"*, NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 43.

<sup>400</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 87.

Pour autant, notre Maître des requêtes au Parlement de Besançon ne se contente pas de cette simple formule puisqu'il propose, pour contester l'efficacité de la question, cette formule qui suppose qu'un accusé demeure innocent tant qu'il n'est pas reconnu coupable. En effet "*c'est faire tort au bons sens et à la justice, qui veulent qu'on présume toujours pour l'innocence, tandis qu'il ne conste pas du crime*"<sup>(402)</sup>. Exposée certes pour les seuls procès de sorcellerie, cette conception d'une démarche procédurale différente de celle qui prévaut, préfigure une autre perspective dans la recherche de la vérité judiciaire et de la démonstration de la culpabilité puisque ce dernier écrit, en rappelant, dans les dernières pages de son livre, ce qu'il avait déjà précédemment énoncé, que "*c'est la conviction qui fait et qui qualifie le criminel, et que, jusqu'à ce qu'il soit reconnu tel, il doit jouir du privilège de sa condition et de la présomption qui fait tousjours en faveur de l'innocence parce qu'il ne conste pas du crime*"<sup>(403)</sup>. Eviter à l'accusé des souffrances inutiles ne peut se justifier que parce qu'il est un innocent supposé et non un coupable en devenir.

En dénonçant le recours à la torture dans les procès de sorcellerie, Augustin NICOLAS ouvre la voie à une critique certaine du système de preuve légale. Parce qu'il évoque le fait que l'accusé bénéficie durant le procès d'un regard qui lui est favorable, celui-ci esquisse une présomption d'innocence, certes plus morale que procédurale, qui puisse protéger l'accusé dans son statut. Sa vision reste malgré tout très isolée. L'ouvrage ne connaîtra guère le succès que son auteur espérait même si l'usage de la question, stricte application du mécanisme de la preuve légale, tendait à disparaître.

Cette approche critique d'un système probatoire se retrouve, bien des années plus tard, sous la plume de certains des rédacteurs de l'*Encyclopédie* mise en chantier

---

<sup>401</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, p. 93.

<sup>402</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique*, p.84.

<sup>403</sup> NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique*, p.207-208.

par DIDEROT et D'ALEMBERT <sup>(404)</sup>. Comme le signale l'avertissement du volume III, l'ouvrage marque son intérêt pour "*la jurisprudence, cette science malheureusement si nécessaire et en même temps si étendue*" <sup>(405)</sup> et qui, comme ses auteurs le précisent "*va désormais paraître dans l'encyclopédie avec le détail et la dignité qu'elle mérite*" <sup>(406)</sup>. Toutefois, en explorant et en décrivant les différentes branches de cette science, l'*Encyclopédie* manifeste une grande réserve et une singulière modération sur les principes qui pourraient encadrer le procès pénal. Malgré l'évocation des abus et des excès de cette justice criminelle de l'Ancien Régime, il n'est pas vraiment question de transformer le cadre juridique. Il s'agit d'éclairer les cadres institutionnels et procéduraux pour en connaître les défauts, et par là même d'en enlever les aspérités les plus criantes. Il ne s'agit pas d'œuvrer en tant que législateur <sup>(407)</sup>.

Parmi les auteurs de ces multiples articles consacrés à la science du droit <sup>(408)</sup>, il nous faut retenir le nom d'Antoine Gaspard de BOUCHER d'ARGIS <sup>(409)</sup>. Ce

---

<sup>404</sup> Le premier volume de l'encyclopédie paraissait en 1751, suspendue en 1757 pour un an puis en 1765 pour huit ans, le dernier volume de cet ouvrage fut publié en 1771.

<sup>405</sup> *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, 3<sup>ème</sup> édition, Neuchâtel, 1778-1779, Vol III, Avertissement des éditeurs, p. 3. Selon Witold WOŁODKIEWICZ, les articles et rubriques consacrés au droit ou à la jurisprudence représentent 20 % de l'ensemble des articles publiés dans l'encyclopédie, sur ce point nous renvoyons à son article, Denis DIDEROT, Antoine Gaspard BOUCHER d'ARGIS, Louis Chevalier de JAUCOURT, le Droit romain et l'encyclopédie, 31 articles con una nota di lettura di Witold WOŁODKIEWICZ, *Antiqua* n° 38.

<sup>406</sup> *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, Vol III, p.3

<sup>407</sup> Comme le précise Daniel MORNET "*le dessein de l'Encyclopédie proclame très haut que le destin de l'humanité est non pas de se tourner vers le ciel, mais de progresser, sur cette terre et pour cette terre, grâce à l'intelligence et la raison*", MORNET (Daniel), *Les origines intellectuelles de la Révolution française 1715-1787*, Lyon, 1989, réimpression de l'édition de 1933, p. 101.

<sup>408</sup> On retrouve comme collaborateurs de l'*Encyclopédie* pour la rédaction de ces articles le Chevalier de JAUCOURT qui rédigea l'article sur la question mais aussi TURGOT, QUESNAY, DAMILAVILLE, FORBONNAIS, BOUCHAUD, PESSÉLIER, BOULANGER..., sur ce point cf la thèse de Jacques BARDY, *Recherche sur la pensée juridique dans les dictionnaires et encyclopédie du XVIII*, Paris, 1954, p. 140 sqq.

dernier, *"très connu par ces excellents ouvrages"* mais aussi *"juriste le plus sage, le plus éclairé et toujours le citoyen le plus modeste"*<sup>(410)</sup>, dans un article consacré à la preuve, esquisse une nouvelle démarche dans l'examen des moyens qui conduisent à former une certitude. En précisant que, *"c'est au juge à peser le mérite des preuves eu égard aux différentes circonstances"*<sup>(411)</sup>, l'avocat du Barreau de PARIS, tempère le mécanisme rigoureux de la preuve légale. Certes il ne cherche pas à se départir des règles doctrinales qui enchaînent la démonstration de la vérité judiciaire <sup>(412)</sup>, mais il estime que le juge peut, pour y parvenir, s'investir de manière plus personnelle. Il doit pouvoir jouir d'une certaine liberté de réflexion pour être convaincu de la culpabilité de l'accusé.

Il en vient à préciser que, lorsque *"les preuves sont insuffisantes, c'est-à-dire, qu'elles ne sont pas claires et précises, ou qu'il y manque quelque chose du côté de la forme, on ne peut pas asseoir un jugement sur de telles preuves; le juge doit chercher à instruire plus amplement sa religion [...] en ordonnant*

---

<sup>409</sup> Antoine Gaspard BOUCHER d'ARGIS, il naquit le 3 avril 1708 à Paris et meurt dans la même ville le 26 janvier 1791. Avocat au parlement de Paris le 3 juillet 1727, il accède aux fonctions de conseiller Conseil Souverain de Dombes et au Conseil Souverain de Bouillon en 1753, charge qu'il détint jusqu'en 1762. Avocat consultant des marchands, prévôts et échevin de la ville de Paris, il est élu Echevin le 17 août 1767 jusque l'année suivante. Il siège par ailleurs au conseil souverain de Bouillon de 1774 à 1790 aux côtés de TARGET. En 1779 il rejoint le Conseil du comte d'Artois jusqu'en 1786. Sa participation à l'encyclopédie fut conséquente puisqu'il écrivit plus de 4500 articles ou rubriques sans compter les articles non signés. C'est alors à la demande de DIDEROT que BOUCHER d'ARGIS se vit en effet confier la rédaction des articles de jurisprudence et de droit romain. Il prenait la suite de François Vincent TOUSSAINT qui en avait assuré la rédaction pour les deux premiers volumes.

<sup>410</sup> WOŁODKIEWICZ (Witold), Antoine-Gaspard et André-Jean Boucher d'Argis deux juristes éclairés devant la révolution, *La Révolution et l'Ordre juridique privé. Rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Paris, 1988, p. 188.

<sup>411</sup> *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, , verbo Preuve, Volume 27, p. 390.

<sup>412</sup> *"Par exemple les preuves écrites sont plus fortes en général que la preuve testimoniale ; entre les preuves écrites, celles qui résultent d'actes authentiques l'emportent aussi ordinairement sur celles qui se tirent d'écrits privés"*, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, verbo Preuve, Volume 27, p. 390.

*un plus amplement informé si c'est en matière criminelle*"<sup>(413)</sup>. Antoine Gaspard BOUCHER d'ARGIS se montre ici fidèle au mécanisme de la preuve légale qui impose au juge de poursuivre la recherche d'une *preuve pleine et entière*, et notamment en prononçant des jugements intermédiaires. Pour autant, continuant ses développements, il estime que "*si toutes ces ressources sont épuisées, et que les preuves ne soient pas claires, on doit dans le doute prononcer la décharge de celui qui est poursuivi, plutôt que de le condamner*"<sup>(414)</sup>. Il en conclut qu'en l'absence de cette preuve parfaite le juge ne peut que renvoyer l'accusé des fins de la poursuite. L'intérêt de ce qui précède réside dans le fait que la preuve qui demeure incomplète doit bénéficier à l'accusé. Il en renverse ainsi la conséquence qui avait pour habitude de s'appliquer, une condamnation à une peine moindre.

Ces développements sont repris dans l'article qu'Antoine Gaspard BOUCHER d'ARGIS consacre au mot *condamnation* et qui décrit ce que devrait être l'attitude du juge en l'absence d'une preuve *pleine et entière*. Pour lui l'absence d'une certitude juridique et indépendamment des soupçons qui subsistent, le juge "*ne doit prononcer aucune condamnation, même contre un défaillant ou contumace, qu'il n'y ait des preuves suffisantes contre lui ; et dans le doute en matière criminelle, il vaut mieux absoudre un coupable que de condamner un homme qui peut être innocent*"<sup>(415)</sup>. Manifestement se trouve ici exprimé l'un des mécanismes de la présomption d'innocence, à savoir que le doute doit profiter à l'accusé même si ce dernier tempère ce principe pour certains crimes <sup>(416)</sup>. Ce dernier expose le questionnement des

---

<sup>413</sup> *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, verbo Preuve, Vol. 27, p. 390.

<sup>414</sup> *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, verbo Preuve, Vol. 27, p. 390.

<sup>415</sup> *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, verbo Condamnation, Vol. 8, p. 854.

<sup>416</sup> BOUCHER d'ARGIS estime que s'agissant des crimes "*qui se commettent secrètement, tels que la fornication, l'adultère, comme il est plus difficile d'en acquérir des preuves par écrit, & même par témoins, on n'exige pas que pour la condamnation des coupables que les preuves soient si claires ; les lettres tendres & passionnées, les colloques fréquents, la*



juristes ouverts aux idées des Lumières. Certes, si ceux-ci n'abandonnent pas le système de la preuve légale (<sup>417</sup>), ils estiment cependant ne pas devoir exclusivement en dépendre. Notre auteur ouvre un champ de réflexion en exposant le principe que le juge, par un investissement personnel dans le processus décisionnel, s'éloigne de l'exposé détaillé du régime des preuves posé par le droit. Le doute s'intègre au raisonnement qu'il tiendra sur les moyens de preuve exposés devant lui. Le juge se doit de prendre des initiatives dans la réflexion qu'il engage sur la force des indices et sur la liaison des indices au fait criminel poursuivi. Il lui faut décider suivant sa conviction, mais surtout accepter que l'accusation soit abandonnée lorsque la preuve n'est pas entièrement rapportée.

Ces développements qui énoncent le principe que l'accusé ne peut être présenté comme un coupable en devenir, s'inscrivent dans un mouvement de renforcement des droits de l'accusé laissant ainsi entrevoir l'émergence d'une écriture nouvelle du statut de l'accusé durant le procès pénal. Cependant, ces professionnels du droit en exposant une approche différenciée du procès pénal qui consiste à ne plus dépendre de la preuve légale, consacrent, même partiellement, le principe procédural de la présomption d'innocence. Celui-ci s'analyse alors comme l'obligation faite au juge, en cas de preuve incomplète, de poursuivre ses investigations et de ne pas se décider en fonction de son

---

*familiarité, les têtes-à-têtes, les embrassements, les baisers & autres libertés, sont des présomptions très violentes du crime que l'on soupçonne, & peuvent tenir lieu de preuve, ce qui dépend de la prudence du juge", Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT, verbo Preuve, Vol. 27, p. 390*

<sup>417</sup> Il rappelle ainsi que "lorsqu'il s'agit de la preuve d'un fait que l'on articule en justice, deux témoins suffisent lorsque leur déposition est conforme & précise", *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, verbo Preuve, Volume 27, p. 390. On retrouve également cette notion de présomption de culpabilité chez Antoine Gaspard BOUCHER D'ARGIS à l'article Accusé qu'il écrit pour l'*Encyclopédie*, "s'il sort des dépositions, d'assez puissans indices pour faire présumer légalement que l'accusé est coupable, alors le juge ordonne que les témoins seront ouïs de nouveau sur les faits qu'ils ont attestés et qu'ils seront présentés au prévenu, c'est ce qui s'appelle régler la procédure à l'extraordinaire. Dès ce moment il y a présomption légale que l'accusé est criminel", *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métiers par une société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*, verbo Accusé, Volume 1, p. 383.

sentiment personnel ou plus précisément en fonction d'une conviction intime mais surtout de renvoyer des fins de la poursuite l'accusé qui n'est pas pleinement convaincu. Le regard porté sur l'accusé se modifie. Le soupçon qui faisait corps avec la procédure d'instruction disparaît. Il se trouve neutralisé quand il faut statuer sur le sac de procédure car l'accusé ne peut plus être considéré comme un coupable en devenir, il doit pouvoir bénéficier d'un droit à une innocence supposée.

Paradoxalement et malgré l'existence en France d'un mouvement de réforme, c'est du Milanais, et sous la forme d'un petit traité, que vint une véritable réflexion sur la nécessité de concevoir autrement le droit criminel mais aussi la preuve pénale. En rupture avec la tradition juridique de son temps (<sup>418</sup>), cet ouvrage qui pose selon des "*principes rigoureux et utilitaires le droit et le devoir de punir*"(<sup>419</sup>) fixe également "*les fondements d'une réforme profonde de la procédure*"(<sup>420</sup>). Mais surtout, les développements consacrés à la preuve pénale évoquent les premiers cadres du principe procédural de la présomption d'innocence.

## **B) Evocations chaotique du concept.**

---

<sup>418</sup> Comme le précise Franco VENTURI "*Sur les rives de la Seine, Dei delitti e delle pene était, comme ailleurs, une exhortation à repenser les fondements mêmes de la société et en même temps un instrument pour tenter de la réformer, une vision de l'évolution de l'humanité, une philosophie de l'histoire*" BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, Genève, 1965, p XXVIII.

<sup>419</sup> BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. XV.

<sup>420</sup> BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. XVI.

En publiant à Livourne (<sup>421</sup>) "*Dei Delitti e delle Pene*", Cesare BECCARIA, ne pouvait aucunement envisager que la traduction française (<sup>422</sup>) des 42 chapitres de son livre réalisée dans une présentation différente de la version italienne (<sup>423</sup>) et que l'auteur approuva parce qu'elle prit la forme d'un traité scientifique (<sup>424</sup>), connaîtrait une si singulière fortune, par l'intérêt que lui portèrent les philosophes des lumières, mais aussi les milieux judiciaires éclairés. En effet, la diffusion des idées de Cesare BECCARIA allait permettre de mieux combattre les thuriféraires de l'Ordonnance de 1670, en transformant un pamphlet philosophique en un instrument de lutte contre une justice obsolète. Une telle démarche aboutissait, conjointement au regain d'intérêt porté au système judiciaire anglais, à saper les fondements d'un système pénal, "*fortifiées depuis trois siècles par le travail incessant et patient des légistes qui, [...], étaient parvenus à constituer, au profit du pouvoir public, un véritable corps de droit*"(<sup>425</sup>).

Les quelques juristes et hommes de robe convertis aux Lumières et qui estimaient indispensables d'engager une réforme du droit criminel, allaient

---

<sup>421</sup> L'ouvrage, achevé en Janvier 1764, sera adressé à Guiseppe Aubert et sortira des presses de l'imprimerie Coltellini le 10 Juillet 1764. Cf sur ce point l'article de Jean PANDOLFI, BECCARIA traduit par MORELLET, *Revue XVIII<sup>e</sup> siècle, Le Sain et le Malsain*, 1977, n° 9, et plus précisément p. 291, la note n°2.

<sup>422</sup> Elle fut réalisée par l'abbé MORELLET sur les instances de LAMOIGNON de MALESHERBES et sortit en librairie aux environs du 26 décembre 1765. C'est cette traduction que nous utiliserons pour tous les développements consacrés à Cesare BECCARIA.

<sup>423</sup> Sur les changements adoptés par MORELLET, nous renvoyons à l'article de Jean PANDOLFI, BECCARIA traduit par MORELLET, *Revue XVIII<sup>e</sup> siècle, Le Sain et le Malsain*, notamment pp 275 et sqq.

<sup>424</sup> Comme le précise Franco VENTURI "*ce n'était pas seulement le rationalisme français qui poussait Morellet à refondre presque entièrement le livre de Beccaria et à le présenter au public de l'Europe française dans une version plus méthodique. C'étaient bien plutôt les exigences pratiques d'un combat corps à corps, celles qui allaient amener Voltaire à écrire son Commentaire et à chercher un point de rencontre entre les formes de la logique juridique et les nouvelles revendications que Beccaria avaient émises dans le domaine du droit*", *Des délits et des peines*, Traduit de l'italien par Maurice Chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. XXVII.

<sup>425</sup> BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, deuxième édition avec une introduction un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, Paris, 1870, p. 10.

miner les fondements d'une justice criminelle qui se voulait pérenne <sup>(426)</sup>. Le fait d'avoir ainsi théorisé un autre système judiciaire, sous forme de principes, et en replaçant l'accusé dans un procès dont il n'était qu'un acteur éloigné, constituait le stylet indispensable à la réécriture d'un autre droit de punir. L'ouvrage de Cesare BECCARIA apparaît ainsi comme "*une exhortation à repenser les fondements de la société et en même temps un instrument pour tenter de la réformer*" <sup>(427)</sup>. Dénonçant avec le recul du profane, un système criminel inadapté aux lumières de la raison il "*faisait table rase de ces nouvelles pratiques qui avaient usurpé l'autorité de la législation*" <sup>(428)</sup>. Cesare BECCARIA s'efforçait de poser un droit positif différent, détaché du poids de la religion et de la nécessaire expiation du criminel. Les règles relatives à la culpabilité de l'accusé devaient être soumises à la critique de la raison, car elles n'avaient d'autre finalité que l'établissement d'une *preuve pleine et entière*, et non la recherche de la vérité judiciaire, ce qui aboutissait de fait à nier les droits de l'accusé.

Celui-ci entreprend, selon une méthode analytique, une démarche qui "*consiste donc à rechercher à priori quels doivent être les principes d'une législation rationnelle, [...], quelles sont les lois de l'action répressive*" <sup>(429)</sup>. Elle le conduit ainsi à critiquer la rigueur d'une procédure pénale plus destinée à perdre

---

<sup>426</sup> Comme l'écrit Franco VENTURI, l'un des préfaciers de cet auteur italien, "*ce que demandait BECCARIA pouvait, transporté en France, signifier en réalité le début d'une politique nouvelle et d'une bataille longue et difficile*". BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. XXVII.

<sup>427</sup> BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. XXVIII.

<sup>428</sup> BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, introduction de Faustin HELIE, p. XI. L'auteur évoque par ailleurs dans sa préface "*quelques débris de la législation d'un ancien peuple conquérant, compilés par l'ordre d'un prince qui régnait il y a douze siècles à Constantinople, mêlés ensuite avec les usages des Lombards, et ensevelis dans un fatras volumineux de commentaires obscurs, forment ce vieil amas d'opinions qu'une grande partie de l'Europe a honorées du nom de Lois...*", Préface de BECCARIA, *Des Délits et Des Peines*, deuxième édition avec une introduction un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, p. 1.

<sup>429</sup> BECCARIA (Cesare), *Des Délits et Des Peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. XII.

l'accusé qu'à démontrer son innocence ou sa culpabilité <sup>(430)</sup>. Plus profondément, il dénonce ce qui est de la nature même de cette procédure, le système de la preuve légale <sup>(431)</sup>. Surtout, elle l'amène à poser un système probatoire différent où les juges, entourés d'assesseurs <sup>(432)</sup>, décident en fonction de leur seule conviction.

Pour ce dernier, *"si dans la recherche des preuves d'un délit, il faut de l'adresse et de l'habileté, s'il faut de la précision et de la clarté pour exprimer le résultat de cette recherche, pour juger d'après ce résultat même, il ne faut que le simple bon sens qui guidera plus sûrement que tout le savoir d'un juge accoutumé à vouloir trouver des coupables et qui ramène tout à un système factice emprunté de ses études"*<sup>(433)</sup>. Le philosophe milanais expose ici que, si la phase pré décisionnelle du procès pénal impose au juge une rigueur éclairée, il en va différemment du jugement qui en est la conséquence. Le juge doit se libérer des contraintes légales pour prendre sa décision <sup>(434)</sup>. Il lui faut, non seulement être convaincu par les éléments de preuve qui ont été recueillis durant l'instruction <sup>(435)</sup> mais surtout abandonner tout supposé sur la

---

<sup>430</sup> Il dénonce les accusations secrètes *"un abus manifeste, mais consacré dans plusieurs nations. Elles n'y sont nécessaires qu'en conséquence de la faiblesse du gouvernement. Elles rendent les hommes faux & perfides"*, BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET, Amsterdam, 1771 p. 35, les interrogations suggestives qui *"selon les criminalistes, ne doivent tendre au fait qu'indirectement, & jamais en droite ligne"*, BECCARIA (Cesare), *ibidem*, p.39, le serment qui oblige de *"placer dans la terrible nécessité, ou d'offenser Dieu, ou de concourir à sa propre destruction ?"*, BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET p. 42.

<sup>431</sup> Faustin HELIE écrit ainsi que *"Beccaria est le premier qui ait osé porter la main sur ce savant édifice, patient labeur des légistes du XVIe siècle ; et le coup qu'il lui a porté a suffi pour le briser"*, BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, deuxième édition avec une introduction un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, p. LXIX.

<sup>432</sup> Cesare BECCARIA estime en effet que c'est *"une loi très sage celle qu'on observe dans quelques nations, de donner au juge principal des assesseurs choisis par le sort"*, *Du Traité des Délits et Des Peines*, Traduction de l'Abbé Morellet, Paragraphe VII, Des indices et de la forme des jugements, p. 27.

<sup>433</sup> BECCARIA (Cesare), *Du Traité des Délits et Des Peines*, Traduction de l'Abbé Morellet Paragraphe VII, Des indices et de la forme des jugements, p. 27-28.

<sup>434</sup> BECCARIA, comme le note Quintiliano SALDANA, croit *"préférable de faire apprécier la nature criminelle plutôt par le sentiment que par la science"*. SALDANA (Quintiliano), *Le droit pénal de BECCARIA et de son école, Etudes Criminologiques*, 1927, p. 63.

culpabilité de l'accusé. Le principe évoqué constitue le point de départ d'une démarche innovante (<sup>436</sup>). Il montre que la culpabilité peut résulter non de la simple application de règles fixes et intangibles mais d'une démarche personnelle du juge. Parce que désormais il ne recherche plus cette *preuve pleine et entière*, celui-ci retrouve la possibilité intellectuelle du doute. Pour illustrer ce point, il nous faut considérer les développements que consacre le philosophe italien aux témoignages (<sup>437</sup>).

Exposant sa confiance dans la nature humaine (<sup>438</sup>), il écrit en effet qu'"*un seul témoin ne suffit pas, parce que, tant que l'accusé nie ce qu'un seul témoin affirme il n'y a rien de certain, & le droit que chacun a cru d'être innocent prévaut*"(<sup>439</sup>). Certes, s'il reprend une règle affirmée par les

---

<sup>435</sup> Comme l'exprime Quintiliano SALDANA "la conviction est donc une mesure interne du jugement. Une mesure sans mesure, où s'il est permis de s'exprimer dans le style de l'époque, c'est la liberté de conscience du judiciaire sous la nécessité du devoir, qui libère l'homme, dans le juge, lors qu'il est maîtrisé par le citoyen", Le droit pénal de BECCARIA et de son école, *Etudes Criminologiques*, p. 63.

<sup>436</sup> Faustin HELIE énonce que "Beccaria a donc énoncé une règle vraie, lorsqu'il a dit que la preuve morale, c'est à dire la libre impression laissée dans la conscience du juge par l'instruction, est la seule preuve qui soit en rapport avec la nature des faits qu'il s'agit de constater, la seule méthode qui puisse conduire à connaître le vrai et le faux en matière pénale", BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, deuxième édition avec une introduction un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, p. LXXII.

<sup>437</sup> Il faut noter que pour ce chapitre fait partie des chapitre que MORELLET a entièrement refondus avec des apports extérieurs notamment pour celui ci en conservant le chapitre entier écrit par BECCARIA mais en y ajoutant des passages d'autres chapitres, cf sur ce point l'article de Mr Jean PANDOLFI, BECCARIA traduit par MORELLET, p.295 et sqq.

<sup>438</sup> "Tout homme raisonnable, c'est à dire, dont les idées ont une certaine liaison entre elles, & dont les sensations sont conformes à celles de ses semblables, peut rendre témoignage", BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET Paragraphe VIII, Des témoins, p. 29-30.

<sup>439</sup> *Du Traité des Délits et Des Peines*, Traduction de l'abbé Morellet, Paragraphe VIII, *Des témoins* p.32. Il faut cependant relever que les traductions ultérieures ont évolué Ainsi, dans l'ouvrage préfacé par Faustin HELIE on trouve comme traduction "*un seul témoin ne suffit pas parce que, l'accusé niant ce que le témoin affirme, il n'y a rien de certain, et qu'alors la justice doit respecter le droit que chacun a d'être cru innocent*" *Des délits et des peines*, deuxième édition avec une introduction un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, p. 41. Dans une autre traduction, plus récente, préfacée par Franco VENTURI cette phrase est ainsi traduite "*un seul témoin ne suffit pas, car, tant que l'accusé nie ce qu'affirme le témoin, il n'y a aucune certitude, et ce qui prévaut alors, c'est le droit qu'à chacun d'être supposé innocent*", BECCARIA (Cesare), *Des Délits et Des Peines*, Traduit de l'italien par Maurice chevalier, Introduction et notes par Franco VENTURI, p. 24.

criminalistes qui veut que l'accusé bénéficie d'un a priori favorable <sup>(440)</sup>, il s'en éloigne dans les conséquences habituellement posées. En effet, si l'existence d'un seul témoignage, exempt de tous reproches, selon la définition de la doctrine savante <sup>(441)</sup>, permet au juge de soumettre ainsi l'accusé à la question <sup>(442)</sup>, voire de le condamner <sup>(443)</sup>, Cesare BECCARIA estime, quant à lui, que ce témoignage unique <sup>(444)</sup> reste sans conséquence juridique pour la suite du procès. Il n'enchaîne pas le juge dans la démonstration de la culpabilité. Une telle position s'explique par le fait qu'il considère que la parole d'un témoin, quel qu'il soit <sup>(445)</sup>, ne peut primer sur

---

<sup>440</sup> JOUSSE, parlant des témoins, écrit en effet "*qu'un seul témoin ne suffit pas pour convaincre ; parce que quand l'accusé nie ce qu'un témoin affirme, il n'y a rien de certain ; & au contraire le droit que chacun a d'être cru innocent, doit prévaloir* ", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, livre I, Titre III, Chapitre III, section II, n° 140, p.711-712.

<sup>441</sup> Le témoignage constituait la preuve par excellence, le juge écartait des débats certains témoins suspects, "*ceux dont on est en droit de regarder la déposition comme suspecte ; soit à cause de leur mauvaise réputation ; soit à cause de la faiblesse de leur âge, ou de celle de leur esprit ; ou à cause des motifs d'amitié ou d'inimitié qu'ils peuvent avoir envers l'accusé ; ou à cause de l'intérêt particuliers qu'ils peuvent avoir dans l'affaire où ils déposent*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, livre I, Titre III, Chapitre III, section II, section première, n°104, p. 696, cf sur ce point l'article de Mr Bernard SCHNAPPER, *Testes inhabiles, les témoins reprochables dans l'ancien droit, Voies nouvelles en histoire du droit*, p.145 et sqq.

<sup>442</sup> Guy du ROUSSEAU de la COMBE précise qu'"une déposition de visu, jointe à, quelques indices, pourroit donner lieu à ordonner la question", ROUSSEAU de la COMBE (Guy), *Traité des matières criminelles*, p.530.

<sup>443</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS précise ainsi " *qu'à l'égard du témoin unique, quoiqu'il ne puisse former par lui-même une preuve, la loi veut néanmoins que lorsqu'il dépose de visu, & qu'il est d'ailleurs irréprochable, sa déposition soit regardée comme un fort indice, lequel joint à d'autres peut donner lieu à la condamnation à quelque peine extraordinaire qui soit au dessous de celle de la mort*", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, p. 790, JOUSSE précise quant à lui que "*la déposition d'un témoin intègre de visu, soutenue par des présomptions, forme une preuve entière & complète, pour pouvoir condamner un accusé même à la peine ordinaire*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, livre I, Titre III, Chapitre III, section II, Chapitre VII, section VIII, article premier, n°417, p. 826.

<sup>444</sup> Sur ce point Cesare BECCARIA montre tout la relativité qu'il faut accorder au témoignage puisque selon lui "*La crédibilité d'un témoin est donc plus ou moins grande, à proportion de la haine ou de l'amitié qu'il porte à l'accusé, & des autres relations plus ou moins étroites qu'ils ont ensemble*", BECCARIA (Cesare), *Traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET Paragraphe VIII, *Des témoins* p. 31-32

les dénégations de l'accusé. Celui-ci doit être considéré, certes temporairement, comme n'ayant pas commis les faits pour lesquels il est poursuivi. Cette règle, ainsi exposée, est donc destinée à protéger l'accusé durant l'instruction. Notre auteur milanais affirme donc l'existence d'un droit à être présumé innocent dont il amplifie la définition dans le chapitre consacré à la question. Il écrit en effet qu'"un homme ne peut être regardé comme criminel avant la sentence du juge ; & la société ne peut lui retirer la protection publique qu'après qu'il a été prouvé qu'il a violé les conditions auxquelles elle lui avoit été accordée"<sup>(446)</sup>. Au delà de la critique habituelle développée par les Philosophes des Lumières sur l'usage de la question préparatoire <sup>(447)</sup> ce dernier pose ce principe que l'Etat doit regarder l'accusé comme un citoyen qui dispose encore de droits tant qu'un jugement n'est pas intervenu.

Cette approche se trouve complétée dans les lignes qui suivent, puisque notre auteur italien précise : " Quel autre droit que celui de la force peut autoriser un juge à affliger une peine à un citoyen, lorsque l'on doute encore s'il est innocent ou coupable ? Ce n'est pas un dilemme bien difficile à saisir que celui-ci : le délit est certain ou incertain. S'il est certain, il ne doit être puni que de la peine fixée par la loi, & la torture est inutile ici. Si le délit est incertain, on ne doit pas tourmenter l'accusé, par la raison qu'on ne doit pas tourmenter un innocent, & que, selon les loix, celui-là est innocent dont le

---

<sup>445</sup> Rejetant la théorie des témoins reprochables, Cesare BECCARIA considère que, "C'est sur des motifs frivoles & puériles, que les lois n'admettent en témoignage, ni les femmes, à cause de leur foiblesse ; ni les condamnés, parce qu'ils sont morts civilement ; ni les personnes notées d'infamie : puisque, dans tous ces cas, des témoins doivent être crus, lorsqu'ils n'ont aucun intérêt de mentir", BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET, Paragraphe VIII, Des témoins, p. 30.

<sup>446</sup> BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, Paragraphe XII, *De la question*, traduction de l'Abbé MORELLET, p. 43-44.

<sup>447</sup> "Une des cruautés consacrées par l'usage de la plus grande partie des nations, est la question donnée à l'accusé pendant le cours de l'instruction de la procédure, ou pour tirer de lui l'aveu du crime, ou pour éclaircir les contradictions dans lesquelles il est tombé, ou pour le forcer à déclarer ses complices, [...] ou pour je ne sais quelle nécessité métaphysique & difficile à comprendre de purger l'infamie ", BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET, Paragraphe XII, *De la question*, p. 43.



*crime n'est pas prouvé*"<sup>(448)</sup>). L'idée qui se dégage de ces développements montre certes le rejet d'un mécanisme probatoire fondé sur l'usage de la violence qui nie le droit pour l'accusé d'être supposé innocent, mais surtout elle marque une approche différenciée du statut procédural de l'accusé. Si le principe procédural de la présomption d'innocence n'est pas expressément développé, l'esquisse en est faite, car Cesare BECCARIA pose, comme règle impérative, que l'accusé bénéficie d'un statut protecteur qui consisterait à préciser l'attitude que le juge doit avoir lorsqu'il ne dispose que de simples indices. Ce qui doit prévaloir consiste donc à admettre fictivement l'innocence de l'accusé. L'insuffisance des indices, voire même le doute sur leur valeur, ne peut justifier le recours à la violence dont la finalité vise à obtenir les aveux de l'accusé.

Ce principe qu'il énonce prend ici toute son importance parce qu'il est, comme il le précise, établi *selon les lois*. Cela signifie qu'il revêt un caractère intangible car dépassant les contingences juridiques des différentes justices. En faisant usage de ce pluriel, ce dernier renvoie à l'idée d'un principe procédural supérieur aux lois fixées par la société. L'ensemble de ces quelques développements montrent chez Cesare BECCARIA une nouvelle démarche où s'inscrit la nécessité de repenser le statut de l'accusé, dès son arrestation, durant l'instruction, et jusqu'à son procès.

Le simple fait de le soupçonner ne peut en aucun cas signifier la réalité d'une culpabilité qui n'existe que si la démonstration est faite qu'il commis le crime pour lequel il se trouvait poursuivi. Il n'a donc pas à subir physiquement les conséquences d'une preuve insuffisante. Non seulement l'obligation de ne pas recourir à la violence pour aboutir à une preuve se trouve clairement énoncée, mais également l'idée nouvelle que le doute, c'est à dire le trouble qui pourrait tarauder ou assaillir le juge au moment de prendre sa décision, puisse avoir pour conséquence de profiter à l'accusé en le renvoyant des fins de la poursuite.

---

<sup>448</sup> BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, traduction de l'Abbé MORELLET, Paragraphe XII, *De la question*, p. 44.

## **Section 2. Un milieu judiciaire qui évoque des idées nouvelles.**

La diffusion de l'ouvrage de Cesare BECCARIA insuffla, une réflexion nouvelle sur la justice criminelle de l'Ancien régime. C'est dans ces conditions que quelques représentants du monde judiciaire (<sup>449</sup>), dont la majeure partie continuait à marquer sa confiance dans une institution que le temps paraissait avoir consacrée, envisageaient une autre approche du droit criminel (Paragraphe 1). Dès lors, une autre forme de procès pénal pouvait être envisagée qui, différemment organisée, laissait émerger un droit à l'innocence (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Devoirs du juge, Droits de l'accusé.**

Cette volonté de réformer mais aussi d'apporter des modifications à la justice criminelle ne reste pas confinée dans un cercle restreint de littérateurs, de penseurs ou de philosophes. Bien au contraire cette diffusion touche également les professionnels du droit. C'est ainsi que quelques magistrats vont évoquer ces idées nouvelles développées dans ce petit ouvrage (A). Celles-ci seront amplifiées par les mémoires judiciaires des avocats ou les concours littéraires organisés par les Académies de province (B).

#### **A) Les premiers signes d'un débat : le discours judiciaire.**

L'idéal classique du XVII<sup>ème</sup> siècle, fondé non seulement sur l'obéissance à Dieu et à ses représentants sur terre, mais aussi sur une soumission aux institutions issues et façonnées par cette règle, se trouve progressivement remis en question dans cette France du XVIII<sup>ème</sup> siècle, par la diffusion de

---

<sup>449</sup> Dans son introduction et commentaire Faustin HELIE note à propos de l'ouvrage de BECCARIA que *"l'influence qu'il exerça fut immense. Une école de criminalistes se forma aussitôt en France : c'étaient Brissot de Warville, Lacretelle, Philpin de Piépape, Servan, Pastoret, Bexon, Marat. Les doctrines de Beccaria, répétées, développées dans une foule d'écrits, acquièrent une incroyable puissance "*, BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, deuxième édition avec une introduction un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, p. XVI.

savoirs et d'idées nouvelles. Cette mutation progressive des esprits pénètre également une partie du milieu judiciaire ouvert à l'esprit et aux idées du siècle des Lumières. Ayant un regard plus analytique, et par voie de conséquence plus critique sur les conditions dans lesquelles la relation entre les hommes et le pouvoir monarchique doit se définir puis s'inscrire dans l'espace social <sup>(450)</sup>, ce monde du droit engage une réflexion sur une autre justice criminelle <sup>(451)</sup>. Concomitamment, et parce que les scandales judiciaires <sup>(452)</sup> "*véhiculent une méfiance croissante de la population contre l'ordre judiciaire, la complexité et l'arbitraire de la procédure, les préjugés, la partialité, la complexité et la négligence des magistrats*"<sup>(453)</sup>, ces quelques représentants de la haute magistrature <sup>(454)</sup> n'hésitent pas à critiquer l'Ordonnance criminelle de 1670, en en contestant les aspects les plus contraires à la raison. L'absence d'une loi pénale générale qui s'applique à toute, la rigueur d'une procédure inquisitoire, non contradictoire et secrète, la

---

<sup>450</sup> Comme l'écrit Nicole CASTAN "*en dépit de ces carences, le XVIII<sup>e</sup> siècle qui se bat pour la tolérance et la justice fait progresser la notion d'arbitraire et a repensé la relation entre l'homme et la société ; droits et devoirs changent de camp : les exigences d'obéissance et de déférence imposées à l'individu s'atténuent au profit de ses droits intangibles que la société a le devoir de faire respecter*", La justice en question en France à la fin de l'Ancien régime, *Déviance et société*, Genève, 1983, vol 7, p. 33.

<sup>451</sup> "*L'absolutisme de droit divin est donc remis en cause, au profit de la souveraineté populaire exprimée dans le consentement général, et le Roi, source unique de la loi et juge suprême se mue en despote dont la justice criminelle atroce et exemplaire bafoue les droits imprescriptibles de l'homme*" CASTAN (Nicole), La réforme pénale en France à la fin de l'ancien régime : Tentatives et échecs, La léopoldina. Criminalita e giustizia criminale nell'eriforme del 700 europeo, Vol 11, Le politiche criminali in italia e negli stati europei nel XVII secolo, Milan, 1990, p. 316.

<sup>452</sup> Sur ce point cf l'ouvrage de Marcel MARION, *Le Garde des sceaux LAMOIGNON et la réforme judiciaire de 1788*, qui rappelle les principaux scandales judiciaires ; outre les affaires CALAS, SURIEU, MONBAILLI, il faut évoquer les affaires CAHUZAC, celles des trois roués BRADIER SIMARE et LARDOISE, les affaires SALMON, ESTINES, GENTIL et LAURIOT, BRAME, EMETTE, FIX, GASPARD, BECHEVERT et SIEGLER.

<sup>453</sup> SCHNAPPER (Bernard), La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien régime, *Voies nouvelles en histoires du Droit, La justice, La famille, la répression pénale (XVI<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles)*, Paris, PUF, 1991, p.190.

<sup>454</sup> LETROSNE, Avocat du Roi au Présidial d'Orléans, précise que "*depuis quelques années, plusieurs magistrats de cours souveraines paroissent s'occuper du dessein de travailler à des projets de réforme ; & ils sentent que ce seroit par la justice criminelle qu'il faudroit commencer. Le moment seroit donc favorable pour favoriser & encourager la discussion*", LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la justice criminelle*, Paris 1777, p. 128-129.

recherche impérieuse d'une *preuve pleine et entière* pour condamner, constitue les aspects les plus critiques du système répressif. Il est indispensable d'y apporter des changements

Cette volonté de réformer existe réellement et s'exprime par le besoin de donner des garanties procédurales réelles à l'accusé, et qui constituent une véritable reconnaissance des droits de la défense mais aussi provoque l'émergence d'un droit à une innocence supposée (<sup>455</sup>). Joseph Michel Antoine SERVAN (<sup>456</sup>), avocat général au Parlement de GRENOBLE, exprime cette nouvelle façon de regarder la justice dans un discours prononcé le 26 novembre 1766, lors de la rentrée solennelle de ce Parlement. Très représentatif de cette jeune génération de magistrats du parquet (<sup>457</sup>) qui "*n'entendent pas être en reste de modernité*"(<sup>458</sup>), ce dernier considère comme indispensable de faire évoluer un système pénal toujours régi par

---

<sup>455</sup> "*Ne pardons jamais de vue que la distance est toujours infinie entre l'accusé & le criminel : ne cessons jamais de le regarder avec des yeux d'indulgence et de paix*", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle prononcé par M. S, \*\*\**, Genève, 1768, p. 73

<sup>456</sup> Joseph Michel Antoine SERVAN, né le 3 novembre 1737 à Romans, il meurt le 3 novembre 1807, au Château de Roussan, près de Saint Rémy de Provence. Après des études de droit à Paris, il obtient des lettres de provision, avec dispense d'âge, pour une charge d'avocat général le 30 novembre 1758. Son installation définitive eut lieu le 1 février 1759 au Parlement du Dauphiné. Il s'illustrera par trois discours de rentrée prononcés devant la Parlement. Le premier, en date du 21 novembre 1763, intitulé *Mercuriales sur les avantages de la véritable philosophie considérée dans les rapports avec les devoirs du magistrat*. Le second, du 26 novembre 1766, dont le titre était *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, et enfin le troisième, *Discours sur les mœurs*, prononcé le 27 novembre 1769 intitulé. Leur retentissement fut immense. Néanmoins, le 6 août 1772, SERVAN démissionnait de sa charge, pour des raisons de santé, mais aussi parce qu'il avait difficilement supporté d'avoir été désavoué dans la défense du Comte de Seze. Le 1<sup>er</sup> juillet 1781, il fut admis à l'Académie des Sciences, Belles lettres et Arts de Lyon. Bien qu'acquis aux idées de la Révolution, il reste favorable à la famille royale. Elu le 6 avril 1789 aux Etats Généraux par la Sénéchaussée d'Aix en Provence, puis le 16 avril par la Sénéchaussée d'Arles, il renonça cependant à ces mandats. Il émigre cependant à Lausanne de 1792 à 1802. De retour en France, il est élu, le 18 frimaire an XII (8 décembre 1803), par le sénat conservateur comme membre du corps législatif des Bouches du Rhône mais il refusa, pour des raisons de santé, de siéger à Paris.

<sup>457</sup> Quand il prononce ce discours, SERVAN a 29 ans.

<sup>458</sup> SCHNAPPER (Bernard), La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'ancien Régime. *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIème, XXème siècles)*, Paris, 1991, p. 194.

l'Ordonnance criminelle de 1670 <sup>(459)</sup>, continuellement admiré par une doctrine très influente <sup>(460)</sup>, mais dont la stricte application minore en réalité les droits de l'accusé puisqu'elle paralyse la démarche personnelle du juge en l'enfermant dans des règles par trop rigides mais aussi étouffe le droit à l'innocence en laissant le juge se libérer de ces règles par la recherche d'une certitude morale.

Sur un ton offensif, et souhaitant s'adresser à un auditoire plus élargi que les seuls membres de ce Parlement <sup>(461)</sup>, il s'écrie, "*O mes concitoyens ! Écoutez & rassurez-vous ; en exposant nos devoirs, je vais vous instruire de vos ressources : apprenez le peu que vous avez à craindre, par les obligations que nous avons à remplir. Mais en réclamant pour vous la justice la plus sacrée, j'ose à mon tour vous la demander moi-même ; & l'unique retour que j'espère & qui puisse me flatter, c'est de vous entendre avouer que je chéris des devoirs qui m'obligent à vous chérir vous-mêmes*"<sup>(462)</sup>. Ce texte ne peut qu'enflammer les représentants les plus connus des Lumières <sup>(463)</sup>, ce qui confère de fait à Joseph Michel

---

<sup>459</sup> "Si l'on veut mesurer l'espace que la justice criminelle a parcouru depuis nos premiers rois, jusqu'au dernier règne ; depuis les épreuves du feu & de l'eau, jusques à l'Ordonnance criminelle ; on verra que la vérité a fait un pas cent fois plus grand, que celui qui reste à faire. Quel objet d'émulation pour notre siècle ! Verrons-nous inutilement cet ouvrage, & ne travaillerons-nous jamais à le surpasser ? Voilà bientôt un siècle que la justice criminelle se repose dans ce glorieux monument ; n'est il pas temps qu'elle en sorte pour s'élever à des loix plus parfaites ?", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration prononcé par M. S, \*\*\**, p. 138.

<sup>460</sup> Pierre François MUYART de VOUGLANS la définit comme "*l'abrégé de toutes les lois les plus sages qui ont été rendues en cette matière*", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Les Loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, p. 816, Daniel JOUSSE précise qu'elle "mérite à juste titre le nom de Loi : elle en a toutes les vertus ; le seul amour du bien public l'a dictée, l'équité y règne par-tout ; toutes les dispositions en sont claires et faciles...", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Tome I, Préface, p. xlj. On retrouve la même considération chez POULLAIN du PARC qui précise que "*des réflexions plus étendues prouvent l'excellence de la loi...*", POULLAIN du PARC (Augustin-Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, p. 3.

<sup>461</sup> "*Il faut même que je vous l'avoue, je desirerois que tous nos citoyens m'écoutassent en ce moment : je voudrois leur dire, c'est pour vous, pour vous seul, pour vous tous que je vais parler pour vos biens, vos libertés, vos vies : qui de vous pourra m'entendre avec indifférence*", *Discours sur l'administration de la justice criminelle prononcé par M. S\*\*\**, p. 2.

<sup>462</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration prononcé par M. S\*\*\**, p. 3-4.

Antoine SERVAN une notoriété certaine qui, au demeurant, "*proclame son adhésion à l'esprit de réforme*"<sup>(464)</sup>. Un tel discours met en évidence toute l'influence positive d'une philosophie qui "*a jeté quelques regards sur les lois criminelles. Ses progrès sont lents, mais infaillibles : semblables à ces aiguilles qui marquent le temps, on ne l'aperçoit point marcher, mais on la voit arriver*"<sup>(465)</sup>. Pour ce magistrat des Lumières, la raison doit l'emporter sur la tradition car la pérennisation de règles anciennes nullement remises en cause, a engendré une procédure qui, par certains aspects, ne sont pas favorables à l'accusé. A partir des devoirs qui s'imposent au juge dans la recherche de la vérité judiciaire, ce dernier dénonce les travers d'une procédure criminelle mais expose également quelques idées nouvelles susceptibles d'en améliorer son fonctionnement.

Il énonce ainsi que "*c'est à la vigilance du magistrat à découvrir le crime, & c'est à son discernement de reconnoître le coupable*"<sup>(466)</sup>, car la recherche et

---

<sup>463</sup> VOLTAIRE lui écrira le 14 février 1767 "*je ne peux, Monsieur, vous remercier assez du discours que vous avez bien voulu m'envoyer. Il semble que vous êtes le premier homme public qui ait joint l'éloquence touchante à l'instructive. C'est, ce me semble, ce qui manquait à M le chancelier d'AGUESSAU ; il n'a jamais parlé au cœur. Il peut avoir défendu nos lois, mais a-t-il jamais défendu l'humanité ? Vous en avez été le protecteur dans un discours qui n'a jamais eu de modèle, vous faites bien sentir à quel point nos lois ont besoin de réformes*", cité par Charles PRUDHOMME, *Michel de Servan (1737-1807), un magistrat réformateur*, Thèse Droit, Paris, 1905, p.17. Mêmes échos chez BUFFON qui écrit, "*J'adore les hommes qui aiment l'humanité, vous avez acquis le droit éternel à ma vénération*", cité par Mr Jacques François LANNIER, *Servan ou l'art de survivre*, Romans, 1997, p.12.

<sup>464</sup> ROYER (Jean Pierre), *La société judiciaire depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle*, Paris, 1979, p. 169.

<sup>465</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1768, p. 138. Il confirme ce sentiment dans un autre de ses écrits puisqu'il précise que "*la destinée de l'esprit humain est d'acheter toujours quelques vérités par de grandes erreurs : les erreurs si funestes aux Calas, aux Montbailli, aux Sirven, aux La Barre, nous ont valu les écrits de Voltaire, de Dupaty, et quelques autres, qui ont porté inopinément dans nos lois criminelles toutes les lumières de la saine philosophie*", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *De l'influence de la philosophie sur l'instruction criminelle, Oeuvres choisies de SERVAN Avocat général au Parlement de Grenoble, nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice inédite par X de PORTETS*, Paris, 1825, Tome 4, p.25.

<sup>466</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle prononcé par M. S\*\*\**, p. 53. SERVAN précise même que "*la distance est toujours infinie entre le criminel & l'accusé : ne cessons jamais de le regarder avec des yeux d'indulgence & de paix ; & si malgré nous des sentiments trop vifs s'insinuent dans notre âme, si nous sentons contre l'accusé les premiers mouvements de l'indignation & de la haine, ne tardons pas un moment, retirons nous,*

la découverte d'un criminel restent une tâche ardue pour le magistrat qui doit, pour y arriver, recourir à la rigueur des sciences positives <sup>(467)</sup> mais peut également se tourner vers sa seule conscience, "oracle divin pour le magistrat" <sup>(468)</sup> ce qui lui permettra de se décider. En effet, "Convaincu de la difficulté comme de l'importance de son devoir, le Magistrat ramassera toutes les lumières de son esprit et toutes les vertus de son cœur, et marchera, si je puis ainsi dire, armé de toutes ses forces, à la découverte du crime" <sup>(469)</sup>. Ce discours procède d'une vision dynamique de la fonction de juger puisque le juge entreprend une démarche progressive dans la connaissance puis dans l'appréciation des moyens de preuves exposés devant lui et, à l'aide de sa propre conviction, "véritable critérium de la vérité humaine" <sup>(470)</sup>. Il lui est nécessaire de "bien connoître le crime dont il va juger l'accusation [...] ; il faut observer le crime par tous les côtés : on a vu souvent sortir d'une ouverture imperceptible, une lumière soudaine qui éclairait le magistrat " <sup>(471)</sup>. Mais surtout, Joseph Michel Antoine SERVAN rappelle avec force que "s'il est important de bien connoître le crime, il est peut-être encore davantage de bien connoître l'accusé" <sup>(472)</sup>.

---

cessons d'être juges", *Discours sur l'administration de la justice criminelle prononcé par M. S\*\*\**, p. 73

<sup>467</sup> SERVAN explique que "le juge est égaré par sa propre foiblesse & par l'industrie d'un autre : s'il manque le fil du vrai, il ne le trouvera point ailleurs ; et le fait qu'il étudie est unique & ne peut être observé dans un autre fait semblable ", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration prononcé par M. S\*\*\**, p. 58.

<sup>468</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**, p.73.

<sup>469</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**, p. 64.

<sup>470</sup> ZOLLINGER (Louis), l'intime conviction du juge, *Déviances, cahiers de l'institut de criminologie de Paris*, 1976, p. 41.

<sup>471</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**, p.66.

<sup>472</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**, p.67.

Une démarche active, plus personnelle et plus intériorisée s'impose donc au juge. Elle ne doit plus être dictée par la recherche de cette *preuve pleine et entière*, conformément aux canons rigides consacrés par l'autorité de la doctrine (<sup>473</sup>). Pour l'avocat général du Parlement dauphinois, le système des preuves légales est faillible et porte en lui des germes potentiels (<sup>474</sup>). Il met en évidence les aspérités d'une procédure criminelle dangereuse pour la défense d'un droit à l'innocence. Ainsi en est-il de l'interrogatoire mené par le juge qui n'a de cesse de circonvenir un accusé seul et sans connaissance précise de ce qu'on lui reproche (<sup>475</sup>), de la détention préventive (<sup>476</sup>) ou de cette violence rendue nécessaire pour obtenir des aveux (<sup>477</sup>). Ce dernier

---

<sup>473</sup> Il la résume ainsi "est-il probable que tel homme ait commis tel délit ; et peut-on l'en accuser ? Est-il certain qu'il soit coupable ; et peut-on le condamner ?"SERVAN (Joseph Michel Antoine), *De l'influence de la philosophie sur l'instruction criminelle, Œuvres choisies de SERVAN, Avocat général au Parlement de Grenoble, nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice inédite par X de PORTETS*, p. 4.

<sup>474</sup> Ainsi écrit-il que lorsque "le magistrat veut recourir aux règles de la vraisemblance, jamais il ne saura les appliquer ; jamais il ne reconnoîtra, dans un amas de circonstances particulières et dissemblables, les traits principaux des règles générales. Je veux cependant qu'il ose en faire usage ; c'est le pire inconvénient, et leur abus est plus dangereux que leur oubli ; je n'en citerois pour exemple que cette maxime si connue, que deux témoins directs suffisent pour convaincre un accusé".SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**, p.99. Il reprend la même critique quelques années plus tard en écrivant "vous dites qu'un fait affirmé par deux témoins directs, instruits et désintéressés, est certain, mais, pour juger les lumières & la bonne foi du témoin, ne faut-il pas recourir à l'expérience du juge, à sa raison qui n'est que le résultat de l'expérience", *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un évènement important. Par M. Servan, ancien magistrat*, Genève, 1781 p. 214.

<sup>475</sup> "Mais laissons la contenance du juge pour parler d'un art dangereux, dont j'ai souvent entendu vanter l'utilité ; c'est celui d'égarer l'accusé par des interrogations captieuses, mêmes par des suppositions fausses, et d'employer enfin l'artifice et le mensonge à découvrir la vérité. [...]. Quel méprisable artifice", *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**, p. 78-79.

<sup>476</sup> Pour notre Avocat général, ce sont des lieux "où la liberté humaine est renfermée & chargée de fers, où quelquefois l'innocence est confondue avec le crime", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\**p. 39. Celui ci pousse son raisonnement à l'extrême en écrivant que "le comble de la perfection des lois & de l'honneur pour la magistrature seroit de rendre les prisons inutiles", *ibidem*, p. 44.

<sup>477</sup> "Ici un spectacle effrayant se présente tout-à-coup à mes yeux, le juge se lasse d'interroger par la parole, il veut interroger par les supplices : impatient dans ses recherches, & peut-être irrité de leur inutilité, on apporte des torches, des chaînes, des leviers & tous ces instruments inventés pour la douleur. Un bourreau vient se mêler aux fonctions de la Magistrature, & termine, par la violence, un interrogatoire commencé par la liberté [...]. Nos plus grands hommes, nos premiers génies l'ont dénoncé à la raison humaine, en la flétrissant par avance dans leurs écrits. Je me sens



s'attache à considérer que, pour parvenir à la vérité judiciaire, le juge doit être libéré des entraves consacrées par une coutume savante. Dessinant alors les contours d'une autre démarche, il estime comme indispensable l'investissement personnel du juge dans la recherche de la culpabilité. Plus précisément, il affirme que la culpabilité de l'accusé ressortit de la seule conscience du juge et non de règles impératives. La vérité judiciaire ne sera effective, et ne vaudra jugement de condamnation, que si le juge se trouve intimement convaincu.

Celui ci confirmera quelques années plus tard le principe de cette certitude morale qu'il définit ainsi comme "*la conformité ou l'unanimité de ce qu'on nous assure, avec tout ce que nous avons vu, entendu & senti nous-mêmes*"<sup>(478)</sup>. Aussi, ramené à l'aune du jugement, il rappelle une "*des idées que je crois capitales dans les lois criminelles*"<sup>(479)</sup>, et qui consiste nécessairement dans l'établissement du jury <sup>(480)</sup>. Il brosse, certes avec constance et précision, les prémices d'un procès pénal plus équilibré pour les droits de l'accusé mais il reste cependant mesuré sur l'élaboration d'un autre droit de la preuve.

L'avocat général qu'il est ne s'attache pas à réformer dans son ensemble les mécanismes du procès criminel. Il s'intègre dans ce mouvement intellectuel qui critique tant l'instruction que le procès parce qu'ils ignorent quasiment les

---

*honoré, je l'avoue, de mêler ma voix avec la leur, & de rendre en public un témoignage favorable au genre humain", Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S\*\*\*..., p. 81 et sq.*

<sup>478</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un évènement important. Par M. Servan, ancien magistrat*, p. 213.

<sup>479</sup> *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un évènement important. Par M. Servan, ancien magistrat*, p. 213.

<sup>480</sup> "Tout citoyen accusé a le droit de n'être condamné à une peine physiquement certaine, que sur la certitude morale de la société entière. Par conséquent le juge légitime de tout accusé est le suffrage unanime d'un nombre suffisant de ses pairs avoués par lui-même", *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un évènement important. Par M. Servan, ancien magistrat*, p. 213.

droits de la défense. Le juge doit décider avec une conscience éclairée. Cependant, et malgré cette volonté de renforcer les garanties procédurales de l'accusé, Joseph Michel Antoine SERVAN reste silencieux sur un éventuel droit à une innocence supposée dont pourrait bénéficier l'accusé. Une telle démarche marque ici toute l'ambivalence de cette volonté de réforme car, bien qu'il dresse un réquisitoire certain sur quelques points de la procédure criminelle, il n'entend pas la faire disparaître complètement.

Néanmoins, celui-ci conçoit différemment la démonstration de la culpabilité car il estime que le juge doit, par une introspection personnelle, s'investir dans la recherche de la vérité judiciaire, mais aussi envisager de porter un autre regard sur l'accusé. Certes, confiné dans la volonté d'humaniser une justice criminelle jugée trop dure, le repositionnement du juge et de l'accusé dans le procès pénal constitue le premier frémissement d'un principe où l'innocence supposée de ce dernier sera mieux protégée durant l'instruction et lors du procès. Cette volonté de ne plus voir dans l'accusé un coupable en devenir se retrouve sous la plume d'autres représentants du monde judiciaire qui, pour assurer la défense de leurs clients, n'hésitent pas à prendre à partie l'opinion publique pour dénoncer les travers de la justice criminelle.

## **B) Un débat qui s'amplifie: le tribunal de l'opinion publique**

Les scandales judiciaires, qui marquent les dernières décennies du XVIII<sup>ème</sup> siècle, poussent certains représentants du monde de la robe à porter directement sur la place publique la défense de clients qu'ils considèrent comme injustement condamnés à la peine capitale. Pour les besoins de leur cause, ils vont, au moyen de mémoires judiciaires (<sup>481</sup>) présenter des recours qui, certes, développent les moyens de défense de leurs clients mais qui

---

<sup>481</sup> Le factum" est un mémoire qui contient sommairement le fait sur lequel contestation est intervenue entre les Parties, avec les moyens sur lequel on fonde sa prétention, et les réponses à la prétention et aux droits prétendus des parties adverses", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome 1, p. 583.

également critiquent les règles rigides du procès pénal comme attentatoires à l'innocence.

Echappant normalement à toute censure <sup>(482)</sup>, "*le mémoire devient, bien plus qu'un simple texte, une arme pour combattre l'iniquité judiciaire et, partant, l'inégalité sociale, par le biais de la publicité*"<sup>(483)</sup>. L'intérêt de cette littérature judiciaire spécifique <sup>(484)</sup> ne se résume pas, en cette fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, au seul exposé des moyens de droit développés aux soutiens de l'accusé. Elle consiste également à exposer, dans une mise en scène précise, et parfois excessive parce que par trop dramatique, les événements qui conduisaient à l'arrestation, puis à la condamnation de l'accusé. Surtout, elle décrivait, sans concession, une procédure criminelle rigoureuse et inhumaine qui aboutissait à des erreurs judiciaires. Diffusés dans le seul but de convaincre le lecteur de la justesse des arguments de l'accusé "*qui présente sa cause sous forme de plaidoyer autobiographique*"<sup>(485)</sup>, ces mémoires constituent, comme le définit Sarah MAZA, "*un phénomène nouveau : la*

---

<sup>482</sup> S'agissant des mémoires d'avocats aucun texte ne régit leur publication. Le seul cadre juridique fut fixé par un arrêt du Parlement de Paris du 11 août 1708 qui "*fait tres-espresses inhibitions & fenses à tous Libraires Imprimeurs de cette Ville de Paris, d'imprimer ou de faire imprimer aucun Factums, Requestes ou Mémoires, si les copies qu'on leur met entre les mains, pour cet effet ne sont signés d'un Avocat ou d'un Procureur : Enjoint ausdits libraires & Imprimeurs de marquer leurs noms & leurs demeures au commencement ou à la fin desdits factums & Mémoires qu'ils auront imprimez ou fait imprimer*", L'intérêt de cet arrêt, comme le souligne Sarah MAZA est qu'il "*est en fait important non pas pour ce qu'il dit, mais pour ce qu'il ne dit pas ; non pas pour ce qu'il défend, mais pour ce qu'il autorise implicitement. S'il faut qu'un mémoire soit signé d'un avocat ou d'un procureur pour être imprimé, il est aussi vrai qu'il suffit d'une telle signature pour faire publier un document de ce type*", MAZA (Sarah), *Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'ancien régime*, Annales Economies, Société, Civilisations, 1987, p. 77.

<sup>483</sup> MAZA (Sarah), *Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'ancien régime*, p. 78.

<sup>484</sup> Comme le souligne Sarah MAZA, "*c'est en portant des affaires particulières privées, devant le public de la nation, et en réclamant le jugement de ce public, que le mémoire acquiert son statut privilégié de texte médiateur et mobilisateur. En vertu d'un processus dialectique, ou circulaire, le mémoire reçoit sa justification d'une opinion publique qu'en retour il contribue à former*" *Le tribunal de la nation: les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'ancien régime*, p.79.

<sup>485</sup> MAZA (Sarah), *Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'ancien régime*, p.75

*traduction en termes simples, au bénéfice du public profane, de règles permettant de peser les preuves et d'évaluer la culpabilité"*<sup>(486)</sup>. Ils ont pour conséquence, au delà du cercle de professionnels destinataires de ces écrits, de dénoncer non seulement les arcanes d'une procédure criminelle qui se veut impérissable mais aussi le mécanisme complexe de la preuve légale dont les conséquences s'imposent au juge sans aucune latitude possible.

Parce qu'il expose non seulement les faits, mais aussi les moyens juridiques exposés par l'accusé, le mémoire esquisse fébrilement quelques idées sur une autre justice criminelle. Ainsi, lorsque LECAUCHOIS, avocat au barreau de ROUEN, prend la défense de Marie Françoise Victoire SALMON, appelante d'une sentence du Bailliage de CAEN du 18 avril 1782 qui l'avait condamnée à être brûlée vive pour avoir empoisonné ses maîtres, celui-ci expose en introduction de son mémoire (<sup>487</sup>) que "*la preuve contre les accusés s'acquiert par écrit, par témoins sans reproche valables, par aveu*"(<sup>488</sup>), mais surtout il précise que "*la preuve est nominativement la démonstration de la vérité : la vérité est indivisible : en un mot elle est une*"(<sup>489</sup>). Ce passage est tout à fait significatif d'une transformation dans la démarche judiciaire. Celle-ci résulte de cette idée que la démonstration juridique qui doit être faite n'est pas celle de la culpabilité de l'accusé. La vérité judiciaire, c'est-à-dire la démonstration sans conteste possible d'une participation à un fait criminel, ne peut être quantifiée en fonction d'indices réunis durant l'enquête et l'instruction.

---

<sup>486</sup> MAZA (Sarah), *Vies privées, affaires publiques, les causes célèbres de la France révolutionnaire*, Paris, 1997, p. 217.

<sup>487</sup> L'avocat estime indispensable de préciser certaines règles car il sait que le mémoire sera rendu public, aussi écrit-il que "*cette introduction & le mémoire suivant devant passer sous les yeux de personnes de divers états, & dont la majeure partie n'est pas instruite des points essentiels desquels la justice part pour acquérir les preuves en matière criminelle*", *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, Paris, 1786, p.27.

<sup>488</sup> *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.27.

<sup>489</sup> *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.27.

Amené à instruire le public sur la complexité des règles qui organisent la preuve pénale, LECAUCHOIS montre que les pratiques judiciaires de son temps constituent un handicap pour la justification de l'innocence. Dans le cadre de cette affaire, il critique la pratique du recours aux indices, qui *"ne fournit au juge qu'une route, une voie très souvent incertaine et même dangereuse"*<sup>(490)</sup> pour en conclure que *"c'est à tort que quelques personnes prétendent que les indices sont des semis-preuves ; calcul inconséquent ; on dit bien un quart de cercle [...], mais la raison et la justice pourront-elles jamais concevoir et admettre un huitième, un quart de vérité d'après des indices ?"*<sup>(491)</sup>. En reprenant la diatribe voltairienne sur le danger de la preuve légale <sup>(492)</sup>, cet avocat met surtout en évidence qu'un tel système probatoire ne pouvait que conduire à des errements car, selon lui, *"telles sont les tristes erreurs dans lesquelles les indices ont jeté tant de juges, qui oubliant l'ordre indiqué par les lois pour les condamnations sur preuves, ont jugé comme hommes ; c'est-à-dire, de la manière dont l'humanité se trouvoit affecté, d'un côté par la précipitation ; de l'autre par des présomptions qui leur barroient tout passage à la vérité"*<sup>(493)</sup>.

Cette critique de la procédure criminelle issue de l'Ordonnance de 1670 se retrouve sous la plume de Charles Marguerite Jean Baptiste, MERCIER DUPATY, Président à mortier du Parlement de BORDEAUX <sup>(494)</sup>, qui

---

<sup>490</sup> *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.27.

<sup>491</sup> *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.28.

<sup>492</sup> *"Il est prouvé religieusement et mathématiquement que cent milles indices, qu'un million de ce qu'on appelle très improprement semi-preuves, ne font pas la millième partie d'une preuve"*, *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.30.

<sup>493</sup> *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.33.

<sup>494</sup> Charles, Marguerite, Jean, Baptiste, Mercier DUPATY, né à la Rochelle le 9 mai 1746, il meurt à Paris le 18 septembre 1788. Il entre au Parlement de Bordeaux en 1768 comme Avocat Général. En 1780, il achète la charge de Président à Mortier. Toutefois, LE BERTHON Président de ce Parlement s'opposa à sa nomination, et il lui faudra attendre le 22 décembre 1781 pour que ses

s'engage en faveur de trois accusés, condamnés à être roués vifs par suite d'un jugement rendu par le Bailliage de CHAUMONT qui sera confirmé en appel par le Parlement de PARIS. Ce magistrat des Lumières, convaincu de leur innocence, fait ainsi publier, bien que l'affaire soit pendante devant le Conseil du Roi, un mémoire signé officiellement par un avocat Louis-Auguste LEGRAND de LALEU (<sup>495</sup>), et dans lequel il s'attaque à une justice criminelle rigidifiée par l'application d'une pratique judiciaire et d'un texte faisant peu de cas des droits de l'accusé (<sup>496</sup>).

Dénonçant l'influence néfaste de la doctrine savante (<sup>497</sup>), il critique également la finalité du procès pénal (<sup>498</sup>) et les quelques règles probatoires qui attentent à l'innocence. Ainsi en est-il des témoins nécessaires (<sup>499</sup>) dont il

---

lettres patentes soient enregistrées par ce Parlement. En 1784, devant l'hostilité persistante d'une partie des magistrats, MIROMESNIL lui fait donner par le Roi une commission pour travailler à la réforme de la justice criminelle. Il fut par ailleurs le Vénérable de la Loge des neufs sœurs.

<sup>495</sup> Louis Auguste LEGRAND de LALEU, il naît le 18 mai 1755 à Nouvion en Thiérache (Picardie) et meurt le 13 juin 1819 à Laon. Avocat au Barreau de PARIS depuis 1779, il est Franc-maçon inscrit au tableau de la Loge des neuf sœurs.

<sup>496</sup> "Sans doute nos magistrats sont humains, mais notre Ordonnance criminelle est si rigoureuse ! Nos magistrats sont éclairés, mais contre le vœu des magistrats & du souverain, notre jurisprudence criminelle est si barbare", DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, Paris, 1786, p.3. Il dira également de l'Ordonnance qu'elle est "remplie de lacunes qui la font ressembler beaucoup moins à un édifice régulier, qui est habitable, qu'à un antique bâtiment qui tombe en ruine [...] pleine partout de contradictions ou de silences ou de dispositions les plus funestes, les plus barbares", *Mémoire Justificatif Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p.234.

<sup>497</sup> " Toutes les lacunes de notre législation criminelle, si incomplète, si décousue, tombant en ruines, sont remplies, sont, si je puis parler ainsi, bouchées de maximes de Criminalistes ", DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 156. Plus loin il s'écrit, "Non, je ne me tairai point, tant que j'entendrai la voix des criminalistes menacer par des maximes absurdes & barbares, l'innocence, le malheur & le peuple dans toute l'étendue du royaume", *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p.232.

<sup>498</sup> "Quoi !, je peux être condamné, non parce que je serais convaincu, mais parce qu'il peut être utile à l'intérêt de la société que je sois condamné. Ah quel monstre que la société", DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p.168.

<sup>499</sup> Comme le précise Claude Joseph de FERRIERE "les témoins nécessaires, sont ceux qui par rapport à leur état, ne sont pas régulièrement admis à porter témoignage dans les affaires qui concernent les personnes dans la dépendance desquelles ils sont, dont néanmoins le témoignage est reçu par nécessité dans les choses dont il n'y a guère qu'eux qui puissent avoir connaissance",

estime qu'ils ne sont que "*des témoins suspects*"<sup>(500)</sup>. Selon lui, "*condamner sur la foi de témoins suspects ! C'est condamner sans preuve*"<sup>(501)</sup>. Poursuivant son argumentaire sur l'importance de la preuve par témoignage dans le procès pénal, ce dernier estime qu'il n'y a pas lieu de condamner l'absence de témoins irréprochables <sup>(502)</sup>. Le juge doit avant tout rechercher la vérité judiciaire et non faire application de règles doctrinales immuables "*contraires aux Lois, à l'équité, à l'humanité*" <sup>(503)</sup>. Comme il le souligne par la suite, "*personne ne doit être condamné sur des soupçons*"<sup>(504)</sup>. L'intérêt de ce mémoire consiste donc, non pas tant dans la critique de la procédure criminelle de l'Ancien régime <sup>(505)</sup>, que dans une véritable charge contre certains mécanismes probatoires qui attentent à l'innocence <sup>(506)</sup>. En critiquant violemment le poids d'une pratique procédurale qui emprisonne le magistrat, et plus particulièrement les premiers juges <sup>(507)</sup> dans une

---

*Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France, Vol 2, p. 685.*

<sup>500</sup> DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 154.

<sup>501</sup> (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 154.

<sup>502</sup> "*Mais que faire donc, [...] quand il n'y a point de preuve par témoins irréprochables de délits atroces & secrets ? Ce que vous faites, quand il n'y a point de preuve par des témoins irréprochables de délits légers & publics ; vous abstenir de condamner*", DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 173.

<sup>503</sup> DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue.*, p. 177.

<sup>504</sup> DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 173.

<sup>505</sup> "*Non, je ne me tairai point, sur les vices & les rigueurs de notre Ordonnance criminelle, lorsque la France & l'humanité possèdent enfin Louis XVI* ", (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 233.

<sup>506</sup> "*C'est un malheur, me répondez vous, que ces innocents aient été compromis ; mais l'intérêt de la société à empêcher la multiplicité des coupables, exige absolument le sacrifice de quelques innocents*", (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 170.

démarche consistant à condamner contre l'innocence, le Président à mortier du Parlement de BORDEAUX fait indirectement le constat que l'innocence de l'accusé ne peut être supposée durant tout le procès pénal.

Plus précisément, ce dernier ne peut effectivement bénéficier d'un statut procédural protecteur parce que les juges s'autorisaient à condamner alors que la preuve n'était pas parfaite. Tout en reprenant la formule d'une *preuve pleine et entière* (<sup>508</sup>), ce dernier montre, sans véritablement l'exposer, qu'en contournant le système de la preuve légale difficilement applicable, ceux-ci ont ignoré le droit à l'innocence, notamment dans l'application du bénéfice du doute.

On retrouve une critique identique sur le système probatoire, dans le mémoire déposé par Jacques GODART, avocat au Barreau de PARIS, au soutien de la réformation d'un arrêt ayant condamné injustement plusieurs accusés pour vol avec effraction. Ce dernier évoque une situation intermédiaire entre la condamnation et l'innocence qui devrait bénéficier à l'accusé et éviter ainsi l'erreur judiciaire. Il écrit en effet qu'*"en général le défaut de preuve entraîne avec lui la présomption d'innocence. Toutes les fois qu'il n'est pas prouvé aux yeux de la loi que vous êtes coupable du crime qui vous est imputé la loi vous regarde comme innocent et vous absout"*(<sup>509</sup>). Poursuivant dans son mémoire, il considère que *"si nous parvenons à démontrer qu'il n'y avait contre nos clients aucunes preuves du crime pour lequel ils ont été condamnés, ils seront par la même présumés innocents [...] un homme n'est pas toujours innocent parce qu'il n'est pas convaincu d'être coupable. Le soupçon peut donc rester encore dans quelques esprits, malgré les*

---

<sup>507</sup> "Ceux qui siègent dans ces tribunaux [...] sans guide, perdu au milieu de ce cahos de Lois françaises & de cet océan des Lois romaines, ces Magistrats peuvent-ils éviter de tomber entre les mains des Criminalistes & de devenir leurs esclaves", (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 228.

<sup>508</sup> "Nul ne doit être condamné et puni que sur des preuves. Les preuves doivent être plus claires que le jour. Il vaut mieux que mille coupables échappent que si un innocent succomboit". DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 176.

<sup>509</sup> GODART (Jacques), *Réhabilitation de la mémoire de deux accusés, et justification des trois autres*, Paris, 1787, p.21.



*présomptions d'innocence ; & il n'y a que les preuves qui puissent l'en bannir entièrement*"<sup>(510)</sup>. Ces quelques lignes traduisent la difficulté de se libérer d'une pratique probatoire. En remettant ainsi en cause, pour humaniser une procédure criminelle, certains moyens de preuve, ces praticiens du droit abordent la situation de l'accusé face au juge. Jacques GODART montre ici qu'il existe un préalable à l'innocence reconnue.

Le simple fait de ne pas démontrer la réalité du fait criminel constitue une sorte de garantie procédurale qui doit être formalisée par la preuve de l'innocence. Derrière cette construction assez confuse, s'exprime toute la critique d'une justice qui n'a jamais appliqué dans son intégralité le mécanisme de la preuve légale. Ces mémoires judiciaires, "*théoriquement réservés à l'usage interne des tribunaux*"<sup>(511)</sup> mais publiés pour le public, communiquent <sup>(512)</sup> sur la perversion d'un système probatoire qui ignorait un droit à l'innocence.

En effet, la distribution des éléments de preuve, suivant une grille de valeur préétablie, et dont les conséquences devaient favoriser le sort de l'accusé lorsqu'il se trouvait dans l'impossibilité de réunir une preuve complète, allait paradoxalement se retourner contre lui. Dans l'incapacité de réunir ce qui devait constituer une *preuve pleine et entière*, les juges se refusaient néanmoins à absoudre l'accusé, préférant le condamner à une peine moindre simplement parce qu'ils s'étaient convaincus de sa culpabilité. Pour les auteurs de ces mémoires, la garantie des droits de l'accusé ne pouvait réellement exister qu'au travers d'une fiction juridique qui présumait l'innocence.

---

<sup>510</sup> GODART (Jacques), *Réhabilitation de la mémoire de deux accusés, et justification des trois autres*, p. 21-22.

<sup>511</sup> ROYER (Jean Pierre), *Histoire de la justice en France*, p. 174, n°111.

<sup>512</sup> Comme le précise Sarah MAZA "*le mémoire a donc une double fonction : d'intimidation lorsqu'il exploite, en les minant de l'intérieur, les valeurs de représentation une société aristocratique ; d'information et de médiation lorsqu'il revendique une fonction de représentation au sens plus moderne, politique du terme, lorsqu'il se fait, à travers la loi, la voix de la nation*", MAZA (Sarah), *Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'ancien régime*, *Annales Economies , Société, Civilisations*, 1987, p.79

Cette littérature technique qui prône ouvertement la reconnaissance de droits de la défense, mais aussi la reconnaissance à rebours d'une innocence supposée, côtoie un nombre important d'écrits adressés aux Académies de province ou aux Sociétés savantes, à la suite de concours, et dont le but clairement exprimé consistait à "*favoriser la montée des talents, assurer le triomphe des Lumières, avancer le progrès des lettres, sciences et arts*"<sup>(513)</sup>. Parce qu'elles avaient cette croyance dans le progrès, et dans l'utilité d'une réflexion collective, certaines de ces Académies, révélatrices d'un courant réformateur, ne se contentaient pas des seuls sujets d'érudition ou d'éloquence pour se porter, comme le fit l'Académie de NANCY, sur "*des questions d'intérêt général et de portée sociale et politique*"<sup>(514)</sup> à vocation réformatrice. Parmi les thèmes abordées<sup>(515)</sup>, figurait la justice criminelle.

C'est dans ces conditions que la Gazette de Berne annonçait, le 15 février 1777, l'ouverture, par la Société d'économie de cette ville, d'un concours destiné à améliorer la législation criminelle<sup>(516)</sup>. Le sujet était ainsi libellé : "*Composer et rédiger un plan complet et détaillé de législation sur les matières criminelles sous ce triple point de vue :*

*1° Des crimes, et des peines proportionnées qu'il convient de leur appliquer ;*

*2° De la nature et de la force des preuves et des présomptions ;*

---

<sup>513</sup> ROCHE (Daniel), *Le siècle des Lumières en Province, Académies et académiciens provinciaux, 1680-1789*, Paris, 1978, Vol 1, p. 325.

<sup>514</sup> ROCHE (Daniel), *Le siècle des Lumières en Province, Académies et académiciens provinciaux, 1680-1789*, Vol 1, p. 354.

<sup>515</sup> On trouve ainsi comme sujet les peines infamantes, les bâtards, les juifs, le patriotisme mais aussi la corvée, l'administration provinciale, la conditions des laboureurs et des manouvriers, cf sur ce point l'ouvrage de Daniel ROCHE, *Le siècle des Lumières en Province, Académies et académiciens provinciaux, 1680-1789*, Vol 1, p. 354.

<sup>516</sup> Le sujet qui pouvait être écrit en anglais, allemand, français et italien fut lancé le 13 janvier 1777 et publié dans le n°14 du 15 février 1777 de la *Gazette de Berne* ou *Nouvelles de divers endroits*. L'adjudication du prix, fixé en 1779, fut reporté en 1782 et décerné à un mémoire rédigé, en langue allemande, par E de GLOBIG et Georges HUSTER, membres du cabinet de l'électeur de SAXE, cf sur ce point MARAT (Jean Paul), *Œuvres Politiques*, Guide de lecture, Bruxelles, 1991, pp 313 et sq.

3° *De la manière de les acquérir par la voie de la procédure criminelle, en sorte que la douceur de l'instruction et des peines soit conciliée avec la certitude d'un châtement prompt et exemplaire, et que la société civile trouve la plus grande sûreté possible pour la liberté et l'humanité*". Ce qui retient l'attention c'est le souhait pour les organisateurs de concevoir un autre modèle de justice criminelle qui puisse conjuguer, dans un équilibre effectif, la nécessité de punir et le devoir de respecter les droits de l'accusé. Le sujet ne laissa pas indifférent puisqu'en octobre de la même année fut imprimé, à GENEVE, *le Prix de la Justice et de l'humanité*. VOLTAIRE trouvait là "*une occasion de conférer au problème qui l'a toujours sollicité, aux solutions qu'il a depuis longtemps avancées [...] une dimension universelle*"<sup>(517)</sup>.

Bien qu'il suive le plan fixé par *la Gazette de Berne* <sup>(518)</sup>, le patriarche de FERNEY va, sous la forme d'articles, réécrire sur la justice criminelle en s'intéressant notamment au problème de la preuve <sup>(519)</sup>. Dissertant sur les règles formalistes issue de la doctrine savante, et qui organisent le témoignage dans le procès pénal, il en dénonce les conséquences qui, selon lui, accablent plus l'accusé qu'elles ne lui permettent d'assurer sa défense, conduisant ainsi à l'erreur judiciaire <sup>(520)</sup>. Aussi, malgré un certain scepticisme, convient-il que la conviction du juge est préférable à la loi <sup>(521)</sup>.

VOLTAIRE ne fut pas le seul à répondre à cette annonce de *La Gazette de Berne* puisque le futur rédacteur de *l'Ami du peuple*, Jean Paul MARAT <sup>(522)</sup>,

---

<sup>517</sup> POMEAU (René), *Voltaire en son temps*, Vol 2, p. 548

<sup>518</sup> Il fallait en effet traiter des crimes, des peines, des preuves et de la procédure.

<sup>519</sup> C'est à l'article XXII de cet ouvrage intitulé *De la nature et de la force des preuves, et des présomptions*.

<sup>520</sup> "*Dieu de justice ! Que d'exemples de ces erreurs meurtrières qui se renouvellent chaque année en Europe dans presque tous ces tribunaux gouvernés par les compilations de Tribonien, ou par l'ancienne coutume féodale*", VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, op. cit. , p.177.

<sup>521</sup> Nous renvoyons aux développements de notre thèse pp. 115-117.

<sup>522</sup> Jean Paul MARAT, né le 24 mai 1743 à Boudry en Suisse, il meurt à Paris le 13 juillet 1793. Médecin, il obtient le diplôme de docteur à Saint Andrew en Ecosse. Poursuivant ses

devait également concourir sur le sujet et rédiger ainsi son *Plan de législation criminelle* (<sup>523</sup>). L'ouvrage qui constitue une charge violente contre "le caractère de classe de la justice, des lois, de l'Etat et du droit de propriété" (<sup>524</sup>), fut publié en 1780 (<sup>525</sup>). Il évoque toutefois avec nuance la procédure criminelle qui, comme Jean Paul MARAT la définit, "a pour but la conviction du coupable ou la décharge de l'innocent" (<sup>526</sup>). En abordant le problème de la preuve, il décrit l'un des mécanismes procéduraux de la présomption d'innocence quand il pose le postulat que le ministère public doit rapporter la preuve de la culpabilité (<sup>527</sup>) mais ne rejette pas pour autant le système de la preuve légale (<sup>528</sup>).

---

recherches sur l'électricité et la lumière il reçoit, en 1784, le prix de l'Académie de Rouen pour son mémoire sur l'électricité médicale. Parallèlement, il rédige et publie en 1778 *the chains of slavery* et en 1780 un *plan de législation criminelle*, ouvrages qui feront de lui un meneur de la Révolution. En 1789 il lance un journal, le *publiciste parisien*, qui deviendra *l'ami du peuple*. Elu député à la Convention le 9 septembre 1792, il siège sur les bancs de la Montagne. Décrété d'arrestation par la Gironde et renvoyé devant le Tribunal révolutionnaire, il sera acquitté le 24 avril 1793. Il sera assassiné par une arrière petite fille de Corneille, Charlotte CORDAY, qui le considérait selon ce que précise le Dictionnaire historique de la Révolution française comme *un monstre et le symbole pervers de la Révolution*, SOBOUL (Albert), *Dictionnaire historique de la Révolution française*, p.292-293.

<sup>523</sup> Comme l'indique la notice de l'éditeur qui imprima l'ouvrage en 1790 "cet ouvrage est sorti de la plume d'un auteur célèbre dans la république des lettres, et fameux dans l'histoire de la révolution : quand nous ne l'aurions pas nommé, les lecteurs de goût auroient bientôt reconnu sa touche mâle et hardie. Il fut adressé, en 1778, à une société helvétique, qui avoit demandé le plan d'un code criminel. Quelques années après il vit le jour, et fut accueilli comme devoit l'être un ouvrage où la sagesse plaide avec éloquence la cause de l'humanité", MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, texte conforme à l'édition de 1790, Paris, 1974, p.52

<sup>524</sup> MASSIN (Jean), *Marat*, Paris, 1960, p. 49. Ainsi Jean Paul MARAT écrit-il "jetez les yeux sur la plupart des peuples de la terre, qu'y voyez vous ? Que de vils esclaves et des maîtres impérieux. Les lois n'y sont elles pas les décrets de ceux qui commandent", *Plan de législation criminelle*, p.57, mais aussi "Périssent donc enfin ces lois arbitraires, faites pour le bonheur de quelques individus au préjudice du genre humain ; et périssent ces distinctions odieuses, qui rendent certaines classes du peuple ennemies des autres", *ibidem*, p. 59.

<sup>525</sup> Jacques de COCK et Charlotte GOËTZ ont, dans le Guide de lecture des *Œuvres politiques* de MARAT, pu identifier trois éditions de ce manuscrit. Une première édition incorporée au volume V de la *Bibliothèque philosophique du législateur* publié par BRISSOT de WARVILLE en 1783, une seconde version publiée par G.A.G Rochette en 1790 à la demande de MARAT, et alors que la Constituante discutait d'une refonte de la Législation criminelle. Enfin, la dernière publiée en 1794 par Simone EVRARD.

<sup>526</sup> MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, p.152.

<sup>527</sup> "La cause publique n'est plus l'affaires des particuliers, bien que l'affaire des particuliers soit quelquefois l'affaire publique. C'est le cas des gouvernements actuels : tout délit s'y commet

Néanmoins, lorsqu'il évoque le problème de la détention provisoire, il esquisse également une présomption d'innocence dans son acception procédurale puisque, précise t-il, "*Tant que l'accusé n'est pas convaincu aux yeux de ses juges, on n'a pas le droit de le traiter en coupable*"<sup>(529)</sup>. Manifestement, et bien que la volonté affichée soit de chercher à améliorer la situation de l'accusé, il nous faut ici relever que, de façon erratique, les mécanismes constitutifs du principe de la présomption d'innocence sont effectivement posés.

Ce besoin de réformer la loi pénale au regard des idées nouvelles, se trouve également exprimé dans les mémoires publiés à la suite des concours lancés par les Académies de province. En 1780, l'Académie de CHALONS sur MARNE entend mettre à la réflexion des concurrents "*les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France, sans nuire à la sûreté publique*". C'est ainsi que Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE <sup>(530)</sup>, l'un de ces participants, va dissenter, eu égard à l'image négative de la justice criminelle du Royaume de France <sup>(531)</sup>, sur la nécessité de l'améliorer.

---

*contre l'Etat ou contre ses membres. C'est donc à la partie offensée de le dénoncer et de le poursuivre*", MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, p.149.

<sup>528</sup> "*Ainsi le témoignage positif, clair, uniforme, constant et non invalidé de deux personnes irrécusables, qui jurent avoir vu l'accusé consommé le crime dont on le charge, ou l'avoir trouvé saisi, soit de l'instrument, soit du corps de délit, à l'instant même que le crime venoit d'être consommé, fera preuve contre lui*", MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, p. 155.

<sup>529</sup> MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, p.164.

<sup>530</sup> Jacques Pierre BRISSOT (dit BRISSOT de WARVILLE du nom d'un village de Beauce, Ouarville, anglicisé pour la circonstance), né à Chartres le 15 janvier 1754, il meurt à Paris le 31 octobre 1793. Il s'initie au droit chez un procureur de Chartres mais y renonce pour monter à Paris en 1774. Débutant dans le journalisme, et plus précisément au *Mercure*, il publie différents écrits qui lui vaudront d'être enfermé à la Bastille. Fréquentant les milieux littéraires parisiens, il sera parmi les fondateurs en 1788 de la *Société des Amis des noirs* avec ROLAND et MIRABEAU. Il lancera, en mai 1789, un journal *le Patriote français* qui marque le début d'une carrière où, comme jacobin, il lia néanmoins son sort aux députés Girondins, ce qui devait précipiter sa chute en octobre 1793

<sup>531</sup> "*Par quelle fatalité la Jurisprudence criminelle de la France est-elle encore enveloppée des plus épaisses ténèbres, tandis que la Philosophie a répandu le plus grand jour sur toutes les autres sciences ? [...] Ce peuple laisse subsister mille usages affreux dans sa jurisprudence pénale ; [...] Il prêche l'humanité partout, & l'inhumanité semble avoir*

Pour le futur lauréat de ce concours, il convient de faire disparaître "les décombres trop révéérés de notre législation criminelle"<sup>(532)</sup> et "lui substituer un édifice, dont la base reposera sur la raison & l'humanité, dont la régularité, les proportions, l'ensemble ne laisseront rien à désirer à la sagesse humaine"<sup>(533)</sup>. Si la démarche se veut prudente (<sup>534</sup>), les circonstances imposent (<sup>535</sup>) de promouvoir une justice criminelle différente qui puisse "contenir & réprimer le crime en ménageant l'honneur & la liberté des citoyens "<sup>(536)</sup>. Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE s'attache à décrire les changements qu'il conviendrait d'apporter à l'instruction criminelle (<sup>537</sup>),

---

dicté son Code criminel ", BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France, sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Châlons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, 1781, introduction p. i.

<sup>532</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des Lois pénales en France sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, introduction, p. xiv.

<sup>533</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des Lois pénales en France sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. xiv.

<sup>534</sup> "Mais cette heureuse époque doit être préparée par une longue discussion. Elle seule, en animant les Philosophes, les Ecrivains politiques, les Jurisconsultes, à la recherche des vérités, peut suffisamment éclairer les esprits, & découvrir le secret d'un remède qui, j'ose le dire, a échappé toutes les constitutions anciennes, & à presque tous les gouvernemens modernes", BRISSOT de WARVILLE, (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales ssans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. xiv.

<sup>535</sup> Comme il le précise "c'est qu'avec les la renaissance des lumières, la société a fait quelque pas vers sa perfection ; c'est qu'en augmentant leur masse, tout tend à s'améliorer", BRISSOT de WARVILLE, (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. xiiij.

<sup>536</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des Lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie* ,p. xvj.

et plus précisément, des conditions dans lesquelles le juge doit constater la culpabilité de l'accusé. Après une dénonciation du système de la preuve légale (<sup>538</sup>), où il conclut que "*l'obscurité la plus profonde couvre nos preuves judiciaires, quoique nous nous servions tous les jours, avec la plus grande confiance, de ces faux instrumens pour juger les hommes*"(<sup>539</sup>), celui-ci s'efforce de théoriser la recherche de la vérité judiciaire. Il pose comme principe que la preuve ne peut être établie par les seules règles doctrinales, et il lui paraît comme indispensable, car seul critère équilibré de décision, d'"*abandonner entièrement aux juges la faculté d'apprécier les preuves physiques & morales, dont la valeur augmente ou diminue suivant les différens cas*"(<sup>540</sup>).

Le futur créateur du *Patriote françois* suggère ici une rupture avec le système précédent en libérant totalement le juge d'une science livresque ou jurisprudentielle qui conduisait à des décisions injustes. Seule la conviction

---

<sup>537</sup> Il préconise la publicité de l'instruction, la suppression du serment imposé à l'accusé, le droit pour ce dernier de récuser des juges, la possibilité d'être assisté par un avocat durant l'instruction, la communication des charges qui pèsent sur l'accusé, la célérité dans la procédure d'instruction et le calme dans la procédure de jugement, cf sur ces points BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des Lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p.94 et sqq.

<sup>538</sup> "*si l'on vous disoit qu'il existe un pays civilisé, dans ce siècle même, où les indices sont érigés en preuves, les présomptions en vérité; où l'on calcule la vie d'un homme, par moitié, par quart de preuve; où, lorsqu'il manque une fraction, on la cherche dans les tourmens de la question; où l'on compte pour preuve, un aveu arraché par la force, vous regarderiez ce tableau comme une fable digne d'exister chez les cannibales*", BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. 101.

<sup>539</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. 102.

<sup>540</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. 106.

du juge qui ne sera aucunement arbitraire <sup>(541)</sup> permettra de préserver l'innocence de l'accusé. Un véritable changement doit s'opérer puisque ce dernier ne peut plus se contenter, pour condamner, d'appliquer des critères de valeur qui s'attachent à chaque élément de preuve débattus devant lui et organisés suivant une hiérarchie qui s'impose à lui. Celui ci doit impérativement s'investir dans la recherche de la vérité judiciaire pour parvenir à une certitude <sup>(542)</sup>.

On retrouve également des développements identiques chez un autre participant de ce concours, Joseph-Elzear-Dominique de BERNARDI <sup>(543)</sup>. Ce dernier pose en effet le principe de l'intime conviction du juge <sup>(544)</sup>. En se référant alors à Cesare BECCARIA, il estime que cela constitue un moyen sûr pour établir la culpabilité de l'accusé <sup>(545)</sup>. Parce qu'ils "*mettent en valeur les*

<sup>541</sup> "*Les juges ne s'égarent pas aussi fréquemment, s'ils veulent remplacer les gloses énormes de leurs Commentateurs, par les lumières de la raison & de l'évidence ; s'ils veulent leur subroger l'étude de la science par excellence, de la morale; s'ils veulent leur substituer quelques principes invariables, capables des les diriger dans ce labyrinthe, si rempli de détours*" BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Châlons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. 106.

<sup>542</sup> "*La Loi ne doit punir que ceux contre lesquels les preuves sont parfaites, c'est à dire, celles qui excluent la possibilité de l'innocence de l'accusé. Voila l'unique caractère de la certitude en matière criminelle*", BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Chalons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, p. 107.

<sup>543</sup> Joseph-Elzear-Dominique de BERNARDI (1751-1824), Jurisconsulte au moment de la révolution, il devient Président du Tribunal criminel de Vaucluse après le 9 Thermidor. Il est élu le 23 germinal an V au Conseil des Cinq Cents. Nommé par Bonaparte chef de division des affaires civiles au ministère de la Justice, il deviendra Censeur royal sous la Restauration.

<sup>544</sup> "*Le juge ne doit prononcer sa condamnation que lorsqu'il est convaincu intérieurement qu'il est coupable ; c'est à dire, lorsque son esprit est forcé de convenir que l'accusé a véritablement commis le délit qu'on lui impute*", BERNARDI (Joseph-Elzear-Dominique de), *Les moyens d'adoucir la rigueur des Lois pénales...*, op. cit. , p. 169.

<sup>545</sup> "*pour juger d'après le résultat d'une procédure, il ne faut que le bon sens, qui guidera plus sûrement que tout le savoir d'un juge accoutumé à vouloir trouver des coupables, & qui ramène tout à un système emprunté de ses études*", BERNARDI (Joseph-Elzear-Dominique de), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales sans nuire à la sûreté publique*,



*points chauds d'une sensibilité collective*"<sup>(546)</sup>, ces mémoires ne restent pas sans influence. Ils expriment la volonté réformatrice de ces notables éclairés qui cherchent à élargir leur réflexion à des questions d'ordre général mais dont la portée sociale et politique n'est pas neutre. Par ailleurs, ils entendent apporter des solutions aux problèmes que connaît la justice criminelle. Consacrant l'idée qu'un changement s'avère indispensable dans l'ordonnancement du procès pénal, et plus précisément dans la démonstration de la culpabilité, ces auteurs considèrent, implicitement, que le système de la preuve légale conduit à favoriser la culpabilité supposée. Pour autant, ils ne cherchent pas à consacrer d'autre système probatoire. Dénonçant les excès de celui qu'ils connaissent, ils esquissent cependant un cadre qui préfigure un droit à l'innocence.

## **Paragraphe 2. Un droit à l'innocence évoqué.**

Les scandales judiciaires qui émeuvent l'opinion publique font ressortir l'idée que les juges se trouvent enfermés dans un système probatoire par trop rigide qui conduit à des erreurs judiciaires. Se dessine alors, chez quelques professionnels du droit, un mouvement qui pense autrement la preuve pénale (A) mais sans que soit posé le principe procédural de la présomption d'innocence (B).

### **A) Juristes et praticiens en quête d'un autre système probatoire.**

La diffusion de ces idées nouvelles ne fléchit nullement, en cette fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, la position des criminalistes. Pour ces derniers, il ne peut être question de modifier une Ordonnance criminelle qui a franchi le temps (<sup>547</sup>) et

---

*ou Discours couronnés par l'Académie de Châlons sur Marne en 1780 suivis de celui qui a obtenu l'accessit et des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie, p. 170.*

<sup>546</sup> ROCHE (Daniel), *Le siècle des Lumières en province, Académie et académiciens, 1680-1789*, p. 355.

<sup>547</sup> "Nous ne croyons pouvoir mieux terminer cette analyse que par ces réflexions générales, qui sont fondées sur des principes inébranlables, justifiés par l'expérience la plus constante, et contre lesquels viendront toujours échouer des systèmes enfantés par un esprit de

dont la finalité demeure le moyen de maintenir une société qui se voudrait pérenne (<sup>548</sup>). La publication de nombre de traités en cette seconde partie du XVIII<sup>ème</sup> siècle (<sup>549</sup>) entend confirmer cette confiance en un texte mais aussi un système qui pourtant n'a pas manqué pas, s'agissant des droits de l'accusé, de montrer toutes ses limites. Pour autant, ils paraissent isolés et même décriées (<sup>550</sup>) car le débat est publiquement engagé sur les conditions qui permettraient de changer cette justice et qu'il intéresse également une population qui se questionnait sur la justice criminelle car "*une campagne violente agitait, en effet, le pays depuis 1760, en faveur d'une réorganisation de la justice*"(<sup>551</sup>). La crise de confiance dans les institutions judiciaires (<sup>552</sup>) était réelle, et le besoin d'une autre forme de justice criminelle, certain.

---

contradiction", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Réfutation du traité des délits et des peines* Paris, 1780, les *Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, p.831.

<sup>548</sup> Ce que précise le préambule du texte et que reprend MUYART de VOUGLANS dans son *Instruction criminelle*, "*Elle conserve les particuliers dans la possession paisible de leurs biens, ainsi que la civile, mais encore elle assure le repos public, et contient par la crainte des châtimens, ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leurs devoirs*", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnance du royaume*, p. 1-2.

<sup>549</sup> Sont ainsi publiés le *Traité des matières criminelles* de Guy ROUSSEAUD de la COMBE en 1740, le *Code pénal* de LAVERDY en 1750, Les *Institutes au Droit criminel* de Pierre François MUYART de VOUGLANS en 1757 et du même auteur son *Instruction criminelle suivant les lois et Ordonnances du royaume* en 1762 et ses *Lois criminelles* en 1780, le *nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'Aoust 1670* de JOUSSE et son *Traité des matières criminelles* en 1771, le *Code criminel ou commentaire sur l'Ordonnance criminelles de 1670* de François SERPILLON publié en 1767, les *Principes du Droit françois suivant les maximes de Bretagne* de POUILLAIN du PARC en 1768.

<sup>550</sup> "*Je ne parlerais pas des traités de MM. Jousse, Serpillon, Muyart de Vouglans. Le titre de mon ouvrage les exclut de mon plan. L'humanité, la raison, voilà mes seuls guides dans mon choix. Or j'ai prouvé que mes compilateurs étoient souvent inhumains, que souvent ils n'avoient qu'étendu le voile de l'erreur*", BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte ou choix des meilleurs discours, dissertations, essais, composés sur la législation criminelle par les plus célèbres écrivains en françois, anglois, italien, allemand espagnol, etc, pour parvenir à la réforme des lois pénales dans tous les pays, traduits et accompagnés de notes et d'observations par J.P Brissot de Warville, Discours préliminaire*, Paris, 1780, Tome I, p. xxvij-xxviii.

<sup>551</sup> GODECHOT (Jacques), *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, p. 140. De même Antonio PADOA SCHIOPPA évoque t'il que "*Negli anni seguenti la pubblicistica sulla riforma della giustizia si infittisce ulteriormente, dando vita a un dibattito intenso...*", PADOA SCHIOPPA (Antonio), *I filosofi e giuria penale Nuova Rivista Storica* 1986, p. 128. Enfin, le professeur François TRICAUD estime devoir quant à lui parler "*d'une crise de conscience collective*", TRICAUD (François), *Archives de philosophe du droit*,

La conjonction de toutes ces causes fait alors dire à Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE, dans le discours préliminaire de son ouvrage, la *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, publié entre 1782 et 1785 que "rien de plus important que cette réforme car le mal est urgent, la plaie est ancienne, elle est profonde et jette tous les jours de nouvelles racines"<sup>(553)</sup>. Pour lui, comme pour un autre juriste des Lumières, Pierre Louis de LACRETELLE<sup>(554)</sup>, il faut penser autrement la justice criminelle, mais surtout la réformer<sup>(555)</sup>, le constat est en effet sans appel<sup>(556)</sup>. Le débat lancé par MONTESQIEU, VOLTAIRE et les philosophes des Lumières, puis

---

1995, Tome 39, p. 157. D'autres auteurs estiment que "les sociétés savantes, les académies qui pullulaient au XVIII<sup>e</sup> siècle, contribuèrent à entretenir dans les provinces cet esprit nouveau qui, à l'exemple de Paris, s'attachait aux questions de réforme criminelle : Ce fut une mode", LABOULAYE, De l'administration française sous Louis XVI, *Revue des cours littéraires*, 1865, p.782, ou que la "la réforme du droit pénal est vraiment un sujet à la mode", CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, p.390, n°231.

<sup>552</sup> Comme le souligne Jean Pierre ROYER "la crise de la justice au XVIII<sup>e</sup> siècle, assurément crise-prétexte au déploiement des dernières énergies et de toutes les ambitions, est bien plus profonde. Crise-prétexte, elle est aussi crise-reflet, miroir d'une société qui dérive, dont les cadres poussés à l'extrême de leurs capacités de résistance font entendre de lourds craquements et qui vit sans doute [...] ses derniers temps en dépit de la volonté réformatrice de la monarchie. Crise de confiance aussi en des valeurs de société remises en cause, occasionnellement et dans certains milieux," ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la Justice en France*, p. 169

<sup>553</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte...*, *Discours préliminaire*, Tome I, p. IV.

<sup>554</sup> Pierre Louis de LACRETELLE (dit LACRETELLE l'aîné), né à Metz le 9 octobre 1751, mort à Paris le 5 septembre 1824. Inscrit au barreau de Paris en 1778, il collabore au *Répertoire de jurisprudence*, et au *Mercure de France*. Proche de MALESHERBES, de D'ALEMBERT, de TURGOT et de CONDORCET, il épouse les idées nouvelles et sera remarqué par son discours intitulé *Préjugé sur les peines infamantes*. Nommé à la commission de réforme chargée par Louis XVI de procéder aux réformes qu'il faillit adopter pour la justice criminelle. Elu député suppléant du Tiers état de Paris, il ne siègera que dans l'Assemblée législative. Juré à la Haute Cour nationale durant le directoire du 27 février 1797 au 26 mai 1797, il eut à juger Gracchus BABEUF. Rallié à BONAPARTE après le coup d'état du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799), il devient membre du Corps législatif en 1801 mais ne sera pas réélu pour s'être opposé à certains projets de loi déposés par Napoléon 1<sup>er</sup>. Il sera membre de l'Académie française de 1806 à 1824.

<sup>555</sup> LACRETELLE (Pierre-louis de), *Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, Par M. Lacretelle, Paris, 1784, p.345.

<sup>556</sup> "On ne peut que verser des larmes, que frémir, qu'être indigné, anéanti à la vue de tous les fléaux de la justice criminelle", BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Bibliothèque philosophique du législateur...*, Tome I, p. IV

amplifié par le livre de Cesare BECCARIA, se veut être l'écho d'un sentiment qui s'est progressivement construit sur la nécessité de réformer la justice criminelle. Plutôt que de permettre la découverte puis la condamnation du criminel, les lois "*semblent un piège continu, tendu à la simplicité et à l'innocence*"<sup>(557)</sup>.

Une partie du monde judiciaire (<sup>558</sup>) est alors convaincu qu'il faut réfléchir sur les conditions qui favoriseront l'émergence d'une autre justice criminelle. La ligne de partage se fait entre ceux qui souhaitent simplement apporter des améliorations à une Ordonnance criminelle comme Nicolas Joseph PHILPIN de PIEPAPE (<sup>559</sup>) qui considère que son "*plan [...] est bien conçu ; la marche de la procédure est simple, sage, décente*"(<sup>560</sup>), ce qui fait que ce texte ne peut guère souffrir le désaveu (<sup>561</sup>), et ceux qui au contraire veulent opérer un

---

<sup>557</sup> DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Lettres sur la procédure criminelle de la France, dans lesquelles on montre sa conformité avec celle de l'inquisition et les abus qui en résultent*, Paris, 1788, p.

<sup>558</sup> Bernard SCHNAPPER indique que "*sur les 33 noms d'auteurs ayant publié un ouvrage sur le droit pénal ou la procédure entre 1766 et 1789, on peut compter 16 avocats et 7 magistrats*", SCHNAPPER (Bernard), La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'ancien régime, *Voies nouvelles en histoire du droit*, p. 191.

<sup>559</sup> Nicolas Joseph PHILPIN de PIEPAPE, né à Langres le 10 octobre 1731, il meurt dans cette ville le 20 décembre 1793. Après avoir fait son droit à Paris, il embrasse la carrière d'avocat au Bailliage de Langres puis achète, le 12 juillet 1756, la charge de Procureur du roi, abandonné par son père. Le 15 mars 1756 il achète un office de Lieutenant général et de commissaire enquêteur examinateur qu'il revendra en 1782. Le 8 avril 1784 il lui est accordé un brevet de Conseiller d'état ce qui l'amène à s'installer à Paris. Chargé par Louis XVI de préparer un travail sur la révision des lois criminelles, il adressera cinq mémoires qui seront intitulés *Observations sur les lois criminelles de France*. Arrêté à Langres en 1793 comme suspect, et ce pour avoir correspondu avec des exilés et des immigrés, il sera enfermé à la *manufacture*, école devenue prison municipale, où il mourra avant son transfert pour le Tribunal révolutionnaire.

<sup>560</sup> PHILPIN de PIEPAPE (Nicolas-Joseph), *Observations sur les Lois criminelles de France*, Paris, 1789-1790, p.18. Même développement chez SERVAN qui s'écrit en parlant de l'Ordonnance criminelle "*Quel objet d'émulation pour notre siècle ! verrons nous inutilement cet ouvrage, & ne travaillerons- nous jamais à le surpasser*", SERVAN (Michel), *Discours sur l'administration de la justice criminelle par M.S\*\*\**, p.137. De même chez LETROSNE "*Les Ordonnances de 1667 & de 1670, sont sans doute un des monuments les plus glorieux du dernier siècle [...]. Mais ces lois [...], sont-elles nécessairement si parfaites qu'on ne puisse rien y changer d'après un siècle d'expérience & de réflexions*", LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la justice criminelle*, p. 90.

changement radical du système judiciaire, dans ses institutions, son organisation et sa procédure. Pour ces derniers, "*les Lumières répandues par la philosophie, nous ont convaincus de l'insuffisance de nos lois sur cet objet important de l'administration*"<sup>(562)</sup> et, il semble indispensable de réécrire les règles d'une justice criminelle autre, c'est-à-dire d'une justice qui puisse considérer le rapport du justiciable avec la société dans laquelle il vit <sup>(563)</sup>.

Cette nouvelle approche du droit criminel entend définir autrement le rapport juge-accusé. Pour que puisse s'opérer la réforme de cette justice dont le temps est compté <sup>(564)</sup>, il faut nécessairement trouver un point d'équilibre entre des intérêts contradictoires <sup>(565)</sup>. Le juge n'aura plus à rechercher une preuve complète suivant les stricts critères et les subtiles distinctions opérés par la doctrine. Au contraire, il sera animé par une volonté de découvrir la vérité judiciaire, au moyen d'éléments variés et empiriques, et suivant une lente progression personnelle qui formera ainsi sa conviction. Cette démarche ne sera rendue possible que si le juge humanise le face à face qu'il entretient avec l'accusé <sup>(566)</sup>. La rigidité du système de preuve légale montre ses limites dans

---

<sup>561</sup> "*Elle mérite encore aujourd'hui vos hommages comme elle a mérité ceux des contemporains*" PHILPIN de PIEPAPE (Nicolas-Joseph), *Observations sur les Lois criminelles de France*, p.20.

<sup>562</sup> VERMEIL (François-Michel), *Essais sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Paris, 1781, p. 1.

<sup>563</sup> "*Un ouvrage sur la justice criminelle, me paroît devoir être médité dans toute la combinaison de l'ordre social* ", LACRETELLE (Pierre-Louis (l'aîné)), *Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, Paris, 1784, p. 342.

<sup>564</sup> "*Il semble que le moment approche, où les droits de l'homme & l'intérêt du corps social vont être justement appréciés : les lumières répandues par la Philosophie, nous ont convaincus de l'insuffisance de nos Lois sur cet objet important de l'administration*", VERMEIL (François-Michel), *Essais sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, p. 2.

<sup>565</sup> "*Pour remplir une tâche si noble, il faut connoître les droits de l'homme social [...] assurer dans une instruction sage la justification de l'innocence avec autant de zèle que la conviction du crime [...]; concilier enfin les égards dus au citoyen avec la protection due à la société générale*", VERMEIL (François-Michel), *Essais sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, p. 2.

<sup>566</sup> Selon BERGASSE, "*il n'y a que l'amour de l'humanité qui puisse faire acquérir aux magistrats la science nécessaire pour juger les hommes, comme il n'y a que cette même vertu qui*

les garanties dont disposait l'accusé, et seule la démarche personnelle du juge, dans l'appréciation des moyens de preuve qui lui étaient exposés, favorisait l'émergence d'un droit à l'innocence.

Le mouvement qui se dessine au travers de ces écrits ne traduit pas réellement la volonté de substituer à la preuve légale un autre système probatoire. Toutefois, ces réformateurs considèrent que la preuve du crime peut résulter de l'établissement d'une certitude qui consiste dans *"la conformité ou l'unanimité de ce qu'on nous assure, avec tout ce que nous avons vu, entendu et senti nous-mêmes"*<sup>(567)</sup>. La culpabilité de l'accusé est la conséquence d'une démarche active et personnelle où le juge appréhende intuitivement et personnellement les moyens de preuve qui lui seront soumis. Elle ne se résume pas à la simple application de règles savantes et discutables <sup>(568)</sup>.

Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE définit alors les critères qui, selon lui, permettent de consacrer une vérité judiciaire. N'hésitant pas à proclamer au juge l'obligation d'une véritable introspection dans sa démarche <sup>(569)</sup> il estime que *"le flambeau de la raison, le calcul du moraliste, la voix de l'humanité, sont les seuls guides que le juge doit suivre dans ce labyrinthe ténébreux"*<sup>(570)</sup>. Elle doit se construire progressivement dans le cadre d'un

---

*puisse le garantir de l'erreur dans ses jugemens". BERGASSE (Nicolas), Discours sur l'humanité des juges dans l'administration de la justice criminelle, Paris, 1772, p. 15.*

<sup>567</sup> SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un événement important...*, Bibliothèque philosophique du législateur..., op. cit. , Tome VII, p. 213.

<sup>568</sup> *"Ne cherchons donc point l'art d'estimer les preuves. C'est la pierre philosophale de la jurisprudence criminelle. Il est impossible de les réduire à un genre déterminé, d'établir des règles fixes et certaines pour distinguer une preuve complète d'une preuve incomplète"*, BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, Paris, 1836, p. 89.

<sup>569</sup> *"Loin de lui surtout la triste manie accréditée par l'indolence de recourir, pour avoir des principes sûrs, à ces commentaires sur les codes criminels, qui sont parsemés d'erreurs cruelles, de maximes dangereuses, où l'art de tourmenter le genre humain est réduit en système. Magistrat dépositaire de la vie de tes semblables, descends dans ton cœur, entends le langage de la raison, pèse les circonstances, compare les faits, les dépositions"*, BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p. 89.

raisonnement, certes difficile, que le juge opérera, à partir des éléments de preuve que les parties lui soumettront, mais aussi en fonction de ce qu'il ressentira. Dans ces conditions, *"on ne peut condamner aucun homme sans avoir une certitude entière qu'il est coupable du crime dont on l'accuse"*<sup>(571)</sup> dont il reconnaît cependant qu'elle *"est bien difficile à obtenir"*<sup>(572)</sup>. Il pose ici le principe d'une intime conviction <sup>(573)</sup> qui, cependant, reste imprégné du mécanisme de la preuve légale car il énonce qu'*"on doit suspendre tout jugement lorsque la somme totale des probabilités n'équivaut qu'à deux tiers de la certitude, s'il est possible de l'apprécier. Enfin on doit absoudre lorsque cette somme ne fait qu'un demi de la certitude, parce qu'alors l'humanité doit faire pencher la balance du côté de l'accusé"*<sup>(574)</sup>. Néanmoins, évoquant une certitude incomplète, il laisse entrevoir la notion du questionnement qui peut saisir le juge et doit profiter à l'accusé. Cette démarche, se trouve confirmé lorsqu'il précise que *"Dans les causes civiles, c'est à l'acteur à prouver sa thèse. N'est ce pas à plus forte raison à l'accusateur d'un crime à prouver ce qu'il avance"*<sup>(575)</sup>. Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE tisse, par ces quelques lignes, la trame d'une présomption qui doit protéger l'innocence.

---

<sup>570</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p. 89.

<sup>571</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p. 92, il conclut ainsi que c'est *"la raison qui m'engage à supprimer la peine de mort"*, Ibidem, p.92. Quelques lignes plus loin, il écrira, *"On ne doit punir que lorsqu' on a une certitude morale de la réalité d'un crime"*, Ibidem, p.95.

<sup>572</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p.92.

<sup>573</sup> Dans une note du chapitre III de cet ouvrage, BRISSOT de WARVILLE fait référence au rescrit de l'empereur HADRIEN dont il donne cette traduction finale *"Tout ce que je puis vous dire en bref pour votre règle, c'est que vous ne devez pas vous en tenir à un seul genre de preuve pour fonder votre sentence : mais consulter intérieurement votre conscience, pour déterminer ce que vous croyez bien ou mal prouvé"*, BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p. 89, note1.

<sup>574</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p.95.

<sup>575</sup> BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p.98.

Ce qui est essentiel pour ces auteurs, c'est de faire cesser les scandales judiciaires, conséquences directes de l'application d'une procédure secrète, écrite et inquisitoire où l'accusé se trouve seul, face à un juge, sans disposer, indépendamment des droits et garanties qui lui sont reconnus, une réelle protection de son innocence. C'est également admettre un droit à la passivité, c'est-à-dire la possibilité de ne pas démontrer son innocence (<sup>576</sup>). Aussi, aux yeux de ces thuriféraires de la procédure anglaise, le jugement par jury constitue t'il alors un modèle (<sup>577</sup>) de sécurité pour l'innocence car la culpabilité de l'accusé ne sera acquise que par la certitude qu'en éprouvent les membres du jury (<sup>578</sup>).

Les voix de ces professionnels du droit se multiplient donc pour voir consacrer un nouveau système de certitude qui fasse disparaître la présomption de culpabilité qui entourait l'accusé dans le procès pénal de l'Ancien régime (<sup>579</sup>). Ainsi, dans ses *Observations sur les lois criminelles* Nicolas Joseph PHILPIN de PIEPAPPE précise t-il que "*tant qu'il reste un doute sur le crime d'un accusé la justice est sans droit pour le punir*"(<sup>580</sup>).

---

<sup>576</sup> "Un accusé doit être absous s'il n'existe point de preuves contre lui : son innocence est présumée par cela seul : il n'est pas obligé de prouver qu'il n'a point donné la mort à cet homme dont l'assassinat forme l'objet de la poursuite ; il suffit qu'aucun témoin ne le charge de ce crime. Gardons nous de porter atteinte à des maximes pareilles ; ce seroit violer les droits les plus saints de l'humanité", VERMEIL (François-Michel), *Essais sur les réformes dans notre législation criminelle*, p. 214-215.

<sup>577</sup> "Il nous faut aujourd'hui une procédure criminelle qui convienne à des hommes libres [...], en procurant la punition des coupables, et qui rassure le citoyen sans reproche, en ne faisant punir, s'il est possible que des coupables convaincus. Le jugement ou examens par jurés me semble propre à remplir cet objet. Cette forme de procédure existe depuis longtemps en Angleterre et elle y est justifiée par de bons effets", COMEYRAS (Pierre Jacques Bonhomme de), *Essai sur les réformes à faire dans notre procédure criminelle...*, p. 32.

<sup>578</sup> Comme le souligne l'auteur d'un dictionnaire "*les preuves seront plus aisées à acquérir, parce que du sein du peuple, témoin de l'instruction, et libre de parler, il s'élèvera des voix pour la conviction du crime, et l'absolution*", PROST du ROYER (Antoine-François), *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle*, Lyon, 1781-1788, p. lxxij.

<sup>579</sup> Ce que souligne VERMEIL quand il écrit que "*parmi nous au contraire, la forme de l'instruction s'est établie sur la présomption du crime, et paroît préparée pour le succès de l'accusation : aussi le secret et la rigueur de cette instruction ont-ils plus d'une fois compromis l'innocence*", VERMEIL, *Essais sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, p. 8.



Antoine Joseph THORILLON (<sup>581</sup>), écrit quant à lui, en parlant de l'accusé, "*que si on ne le prouve pas criminel, par cela seul il est prouvé innocent*" (<sup>582</sup>). Tous ces développements montrent la une volonté, certes restreinte à un cercle de réformateurs nourris des Lumières, d'opérer, dans la critique générale formulée sur la procédure criminelle, une distanciation par rapport au système de la preuve légale même si l'on n'est pas encore prêt de le modifier intégralement. (<sup>583</sup>). Cependant, une telle démarche ne peut que conduire à changer timidement la situation procédurale de l'accusé. Celui-ci n'aurait plus à justifier de son innocence qui serait ainsi tenue pour vraie tant que sa culpabilité n'aurait pas été démontrée. Mais surtout il reviendrait à celui qui accuse de prendre en charge cette démonstration.

Les écrits et les suggestions de ces réformateurs ne pouvaient laisser insensible un pouvoir qui tendait à réformer une justice par trop décriée. Ainsi, en est-il du Duc de BERRY, le futur Louis XVI, dont l'éducation fut notamment marquée par les idées que Jacob Nicolas MOREAU (<sup>584</sup>)

---

<sup>580</sup> PHILPIN de PIEPAPE (Nicolas Joseph), *Observations sur les lois criminelles de France*, p. 18.

<sup>581</sup> THORILLON (Antoine Joseph), il naquit à Lacheux (Somme) le 5 septembre 1741 et meurt à une date inconnue. Durant dix sept années il occupe les fonctions de Procureur du Châtelet qu'il quitte pour étudier le droit civil et le droit public. En 1788, il publie un ouvrage, en deux volumes, où il propose des lois nouvelles en matière criminelle et qui sera salué par l'Assemblée constituante. Son enthousiasme pour un changement de société lui vaut d'être nommé électeur de la paroisse de Saint-Merry puis administrateur de police. En octobre 1790, il est choisi comme électeur par la section des Gobelins puis comme juge de paix. Le 13 septembre de la même année, il est élu député de l'Assemblée législative où il siège au Comité de Législation. Ce mandat lui fit interrompre ses audiences, le 1<sup>er</sup> octobre 1791, qu'il ne reprit que le 9 frimaire an IV (30 novembre 1795). Il quitte cette justice de paix le 11 floréal an XII après avoir été exclu dans l'intérêt du service le 29 germinal an XII. On perd sa trace à partir du 21 avril 1810, date à laquelle il donne quittance, par acte notarié, aux époux MAYOU, ses débiteurs, il était âgé de 69 ans.

<sup>582</sup> THORILLON (Antoine-Joseph), *Idées sur les lois criminelles ou l'on propose 460 loix nouvelles en place de celles qui existent aujourd'hui*, Paris, 1788, vol 2, p. 169-170.

<sup>583</sup> LACRETELLE avoue ainsi qu'"une théorie complète des preuves est encore à faire ; [...] & je ne crois pas qu'elle puisse être mieux placée qu'à la tête d'un livre, qui doit apprendre à décider de la vie & de l'honneur des hommes. Il faut ensuite appliquer les principes de cette théorie à l'examen du système de preuves, que la justice a admis. Jamais ce système n'a été discuté [...]. Un bon ouvrage sur la justice criminelle doit contenir ce vaste & important examen", *Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, p. 366-367.

<sup>584</sup> Jacob Nicolas MOREAU, né à Saint Florentin (Yonne) le 20 décembre 1717, il meurt à Chambourcy (Yvelines) le 29 juin 1803. Après des études de droit à Paris, il est reçu avocat au Parlement de Paris en 1741. En 1757, il publie les *Mémoires pour servir à l'histoire des cacouacs*,

développa sur la justice criminelle (<sup>585</sup>) et sur les sources législatives dans cette matière où la démonstration de la culpabilité primait sur la recherche de la vérité judiciaire, et ce, au détriment de l'accusé (<sup>586</sup>) notamment lorsqu'il avait été condamné et exécuté (<sup>587</sup>). Jacob Nicolas MOREAU mettait en évidence que, l'application des règles procédurales édictées par l'Ordonnance criminelle, compte tenu de leur rigidité mécaniste, constituait une source d'erreur judiciaire portant directement atteinte à l'innocence effective d'un accusé. Une présomption de culpabilité s'établissait au détriment d'une innocence supposée.

---

pamphlet dans lequel il couvre de ridicule les philosophes des Lumières mais qui lui vaut une notoriété certaine parmi les *amis de la religion*. En 1755, il est engagé comme Jurisconsulte et Publiciste par le Ministère des Affaires Etrangères ce qui l'amène à publier de septembre 1755 à février 1759 *l'Observateur hollandais*, publication dans laquelle il plaide la cause de la France contre l'Angleterre puis la Prusse de Frédéric II. Le 31 octobre 1759, il est nommé par le Contrôleur général Etienne de SILHOUE avocat des Finances. La même année il constitue une bibliothèque administrative destinée aux différents ministères et qui deviendra le dépôt des chartes. Le 28 mai 1764, il est reçu Conseiller titulaire de la Cour des comptes, aides et finances de Provence, charge dont il se démettra le 31 décembre 1784. A la demande du duc de la VAUGUYON, il se trouve associé à l'éducation des enfants de Louis XV et notamment du futur Louis XVI. Comme sa condition ne pouvait lui permettre d'être le précepteur en titre des princes, il y contribua en rédigeant, à leur attention, des manuels qui prirent la forme d'entretien. C'est ainsi qu'il rédigea en 1767 les *Devoirs d'un Prince réduits à un seul principe ou discours sur la Justice*, publiés en 1775, mais aussi les *Leçons de morale, de politique et de droit public* en 1773. Démis de toutes ses fonctions en 1790, il se retire à Ville d'Avray, à Versailles puis à Chambourcy. Arrêté en 1794 sur la dénonciation d'un jacobin, il sera emprisonné 4 mois à la prison des Récollets. Libéré, et bien qu'aveugle, il rédigera alors ses mémoires

<sup>585</sup> Sur ce point nous renvoyons au livre de Pierrette Girault de Coursac, *L'éducation d'un roi*, Paris, 1972, et plus précisément pp 138-159 mais aussi à l'article de Jean Marie CARBASSE, *Loi et justice chez Jacob Nicolas MOREAU : Les leçons du discours sur la justice à l'usage du Dauphin (1767), Pensée politique et loi*, actes du colloque d'Aix en Provence, P.U.A.M, 2000, p. 77-81.

<sup>586</sup> Il écrit ainsi que "*dans nos Ordonnances criminelles, dont les plus anciennes avoient à réprimer la plus féroce barbarie, on n'a point songé d'avantage à la conviction qu'à la défense du coupable*" "*regardé l'accusé du même œil dont elles ont du voir le coupable, & que s'il est aujourd'hui très difficile que celui ci échappe à la peine qui lui est due, il est aussi très facile que l'homme de bien [...], devienne la victime & de la douleur & du trouble que l'oppression lui cause*", MOREAU (Jacob Nicolas), *Les devoirs du prince réduits à un seul principe, ou discours sur la justice*, Versailles, 1775, p. 437.

<sup>587</sup> Il concluait en effet qu'*il n'est jamais arrivé en France que le criminel arrêté ait évité la condamnation ; mais il est arrivé plus d'une fois que l'innocence injustement poursuivie n'ait été reconnue qu'après le supplice*" MOREAU (Jacob Nicolas), *Les devoirs du prince réduits à un seul principe, ou discours sur la justice*, p. 437.

Cependant, et bien que l'auteur caractérise ces règles comme étant des principes, il faut ici relever que l'évocation de cette présomption d'innocence encore diaphane, s'inscrit dans une démarche générale qui tend à éviter que les dispositions rigoureuses d'une Ordonnance criminelle ne soient corrigées par l'humanité des juges. Il ne décrit nullement un mécanisme précis déterminant les conditions d'établissement de la culpabilité. Il ne fait que s'en approcher. Pour autant, au delà de l'intérêt que l'on porte à la reconnaissance d'un droit à l'innocence qui s'apparente plutôt à un repositionnement plus favorable de l'accusé dans le procès pénal, il faut considérer que le mécanisme de la présomption d'innocence n'en fut pas moins précisément décrit en cette fin de siècle. Les leçons que Jacob Nicolas MOREAU rédigea montraient au Duc de Berry que "*régner sur les hommes, c'est donc établir au milieu d'eux, le trône de la justice*"<sup>(588)</sup>, ce qui ultérieurement lui donna "*un penchant naturel à la justice*"<sup>(589)</sup>. Se souvenant de ce qui lui avait été exposé et enseigné <sup>(590)</sup>, le futur Louis XVI engagea, malheureusement de façon tardive, une modernisation de la justice criminelle. Elle allait se trouver en butte aux réactions d'un corps de magistrats qui, pour la plus part restaient attachés, sans doute par habitude, à une Ordonnance et à un système de preuve objectif largement moribond.

Contenue, et exposée par le garde des sceaux Chrétien François de LAMOIGNON <sup>(591)</sup>, la "*Déclaration relative à l'ordonnance criminelle*",

---

<sup>588</sup> MOREAU (Jacob Nicolas), *Les devoirs du prince réduit à un seul principe, ou discours sur la justice*, p. 437.

<sup>589</sup> CARBASSE (Jean Marie), *Malesherbes et la réforme de la justice criminelle, Actes du colloque Malesherbes*, Paris, 1995, p. 101.

<sup>590</sup> "*ce précis rapide des formes qui règlent chez nous l'instruction des procès criminels doit vous suffire, Monseigneur, car je n'écris point pour former un juge ; mais pour indiquer à un Prince qui doit régner, les principes généraux qui peuvent un jour le guider dans une des plus importantes parties de la législation, celle qui règle les devoirs & prescrit l'un après l'autre tous les pas du magistrat chargé de prononcer sur la vie, sur l'état, sur l'honneur des citoyens*", MOREAU (Jacob Nicolas), *les devoirs du prince réduit à un seul principe, ou discours sur la justice*, p. 435.

<sup>591</sup> Chrétien François II de LAMOIGNON, né le 8 décembre 1735, il mourut à Bâville le 16 mai 1789. Descendant de Guillaume de LAMOIGNON, inspirateur des Ordonnances de 1667 et 1670, et cousin de Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de MALESHERBES, il devient Président à Mortier au Parlement de PARIS en 1758 à l'âge de 23 ans. Dans les démêlés qui opposent Louis

rendue le 1<sup>er</sup> mai 1788 (<sup>592</sup>) et enregistrée le 8 mai, montre la volonté royale "*de soumettre à une révision générale cette même Ordonnance criminelle qui a subi le jugement d'un siècle révolu*"(<sup>593</sup>). De façon impérative, il s'agissait, dans un premier temps d'en effacer les aspects les plus négatifs (<sup>594</sup>) dont les conséquences s'avéraient irréparables pour les accusés (<sup>595</sup>), et de "*rassurer l'innocence en la protégeant par les formes les plus propres à la manifester*"(<sup>596</sup>). Le pouvoir royal considère que la justice criminelle doit faire l'objet d'une "*révision générale*"(<sup>597</sup>).

---

XV au Parlement, il se signale par son opposition à la cour et son zèle pour la cause parlementaire. Farouche opposant aux réformes initiées par MEAUPOU, il fut exilé à Thizy, village perdu des Cévennes mais, grâce à l'intervention de sa sœur la Présidente de Gourgues, il put s'installer à Bâville situé à 10 lieux de Paris. La mort de Louis XV, puis la disgrâce de MEAUPOU lui permirent de revenir aux fonctions qui étaient les siennes. En 1784, il fit remettre au roi un mémoire où il décrit les abus de la justice. Il devint Garde des sceaux en 1787 en remplacement de HUE de MIROMESNIL, charge dont il démissionna en octobre 1788.

<sup>592</sup> Cette déclaration s'inscrit dans un contexte plus général de réformation de la justice et de ses institutions voulue par la royauté et développée par Chrétien François de LAMOIGNON, non sans que MALSHERBES n'y ait discrètement participé, cf sur ce dernier point l'ouvrage de Marcel MARION *Le garde des sceaux LAMOIGNON et la réforme judiciaire de 1788* notamment p.57, mais aussi l'article de Jean Marie CARBASSE, MALSHERBES et la réforme de la justice criminelle, *Actes du colloque Malesherbes*, 1995, et plus précisément p. 102 .

<sup>593</sup> (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p.527.

<sup>594</sup> La déclaration indique "*que le temps lui-même a pu introduire ou dévoiler dans l'exécution de l'Ordonnance criminelle des abus essentiels à réformer*", (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p.527.

<sup>595</sup> Comme le souligne Marcel MARION "*l'adoucissement de la législation criminelle était devenu, à ce moment du règne de Louis XVI, une question d'une brûlante actualité : car il était malheureusement trop certain que chaque jour des innocents pouvaient périr, périssaient en effet dans les supplices, victimes de l'aveuglement des cours et de la barbare jurisprudence du temps*", MARION (Marcel), *Le garde des sceaux LAMOIGNON et la réforme judiciaire de 1788*, p.30.

<sup>596</sup> (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p.528.

<sup>597</sup> (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p.528.

Devant l'ampleur des réformes qu'il convenait d'entreprendre (<sup>598</sup>), il fut décidé de prendre différentes mesures, urgentes et indispensables, qui répondaient aux critiques les plus constantes. Fut ainsi abolie la question préalable (<sup>599</sup>), la question préparatoire l'ayant été en 1780, de même que l'interrogatoire de l'accusé sur la sellette (<sup>600</sup>) entrepris au début de l'audience de jugement (<sup>601</sup>).

La déclaration royale justifiait cette dernière mesure par le fait que *"cette formalité flétrissante n'entra jamais dans la classe des peines imposées par nos lois, elle blesse d'ailleurs ouvertement le premier de tous les principes en*

---

<sup>598</sup> Chrétien François de LAMOIGNON précise que ces transformations ne pourront se faire que progressivement aussi, *"Pour procéder à ce grand ouvrage avec l'ordre et la sagesse qu'il exige, nous nous proposons de nous environner de toutes les lumières que nous pourrions réunir autour du trône ou la divine providence nous a placé. Tous nos sujets auront la faculté de concourir à l'exécution du projet qui nous occupe, en adressant à notre garde des sceaux les observations et mémoires qu'ils jugeront propres à nous éclairer"*, (ISAMBERT JOURDAN DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p. 527.

<sup>599</sup> La déclaration devait également interdire de dépouiller les accusés de leurs vêtements distinctifs de leur état, de ne procéder à l'exécution des jugements portant condamnation à mort qu'un mois après leur prononcé, sauf en cas de sédition ou émotion populaire, fixer à trois voix de majorité la condamnation à une peine capitale, interdire la formule *pour les cas résultans du procès*, ordonner à ce qu'il soit procédé, le jour de l'exécution du condamné, à un nouvel interrogatoire de celui-ci, à un nouveau recollement pour le cas où il continuerait à nier les faits, et enfin à une nouvelle confrontation si le condamné avait dénoncé des complices.

<sup>600</sup> Comme le précise Claude Joseph de FERRIERE *"la sellette est un petit siège en bois, sur le quel on fait asseoir les criminels quand ils subissent leur dernier interrogatoire devant le juge. Ce dernier interrogatoire se fait sur la sellette, lorsqu'il y a contre eux des conclusions du Procureur du Roi à peine afflictive[...]. Mais quand lesdites conclusions ne vont pas à peine afflictive, les criminels subissent leur dernier interrogatoire debout derrière le barreau"*, *Dictionnaire de droit...*, op. cit., Vol 2, p. 603. Devant l'hostilité des Parlements, cette mesure ne fut, comme les autres, que difficilement appliquée. Selon Albert DESJARDINS *"les édits du 8 mai 1788 n'excitèrent que les soupçons et la colère ; ils provoquèrent une explosion générale dans le pays ; une haine furieuse éclata contre les ministres ; on ne leur prêtait qu'une pensée, celle d'affermir leur pouvoir ; en tout autre temps, la réformation du droit criminel eût été saluée comme un bienfait ; elle eût excité la reconnaissance, l'enthousiasme ; mais les mains qui offraient le bienfait le firent repousser avec horreur"*, *Les cahiers des Etats généraux en 1789 et la législation criminelle*, p. XXVII-XXVIII.

<sup>601</sup> *"Lorsque pardevant les premiers juges, les conclusions des Procureurs du Roi, ou de ceux des seigneurs ; & dans les Cours les sentences dont est appel, ou les conclusions des Procureurs-Généraux, portent condamnation de peine afflictive ; les accusés doivent être interrogés sur la sellette"*, JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, livre II, Titre XIII, section II, p. 267, n°31.

*matière criminelle qui veut qu'un accusé, fût-il condamné à mort en première instance, soit toujours réputé innocent aux yeux de la loi jusqu'à ce que sa sentence soit confirmée en dernier ressort"*(<sup>602</sup>). L'intérêt de ce développement porte sur la reconnaissance sur la finalité initiale que la pratique judiciaire du dernier interrogatoire de l'accusé (<sup>603</sup>). Destiné initialement à recevoir les défenses et justifications de ce dernier, mais surtout à orienter de façon définitive le procès pénal, cet interrogatoire consacrait en réalité, de par l'inconfort de la situation éprouvée par l'accusé, une présomption de culpabilité qui, dans ces conditions, aboutissait à ignorer un droit à l'innocence.

Derrière ce qui se présente comme la volonté, par des mesures immédiates, d'améliorer le sort de l'accusé, se trouve néanmoins esquissée une présomption d'innocence plus dans l'expression que dans la description de son mécanisme procédural. La déclaration pose effectivement comme postulat que seule une décision judiciaire, devenue définitive, modifie le statut de l'accusé. Il ne doit plus être regardé comme un coupable en devenir. Toutefois, si le ton de la rédaction exprime une certaine fermeté, puisque le texte rappelle qu'il s'agit d'une règle primordiale et supérieure, il consacre de fait l'idée que l'innocence de l'accusé doit être mieux assurée.

Les développements qui suivent montrent tout le danger que constituent les accusations portées par des condamnés soumis à la question préalable. Il est ainsi rappelé qu'*"elle est dangereuse pour l'innocence, en ce que, la torture pousse les patients à des déclarations fausses, qu'ils n'osent plus rétracter"*(<sup>604</sup>). Ce qui peut apparaître comme l'évocation d'une nécessaire protection de

---

<sup>602</sup> (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p. 528-529.

<sup>603</sup> Initialement et comme le rappelle le Garde des sceaux dans son *discours pour annoncer la déclaration du roi relative à l'ordonnance criminelle*, "cette formalité fut admise dans les tribunaux comme un adoucissement, l'humanité envers les prisonniers qui comparaissaient autrefois chargés de fers devant leurs juges", *Archives parlementaires*, vol 1, p.298

<sup>604</sup> (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Vol 28, p. 529.

l'innocence, s'inscrit en réalité dans un mouvement constant et persistant (<sup>605</sup>) de la reconnaissance effective des droits de l'accusé. La crainte de l'erreur judiciaire justifie donc la nécessité de consacrer de manière plus solennelle la reconnaissance, pour l'accusé, d'un postulat qui le considère comme innocent jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise à son encontre. Cette réforme judiciaire engagée par Louis XVI, monarque sensible à la question pénale, et qui se veut l'expression d'une critique raisonnée de l'Ordonnance criminelle de 1670, constitue une reconnaissance indirecte d'un mécanisme procédural qui maintient l'accusé dans une situation favorable, c'est à dire qui le considère comme non coupable.

## **B) Le principe d'un droit à l'innocence**

A la veille de la Révolution, une littérature multiforme consacre donc l'idée d'une indispensable et urgente réforme du système répressif. Si la critique de la preuve légale et la nécessaire reconnaissance des droits de la défense concrétisent l'émergence d'un accusé prenant toute sa dimension dans le procès pénal, il faut cependant observer que le droit à l'innocence n'est guère évoqué. Néanmoins, il nous paraît important de souligner le discours de Guillaume-François LETROSNE (<sup>606</sup>), prononcé au Bailliage d'Orléans et

---

<sup>605</sup> Il faut relever que dans une déclaration du 30 août 1780 *portant établissement de nouvelles prisons pour dettes et autres*, il était rappelé s'agissant de la prison du grand Châtelet "nous comptons pouvoir faire arranger l'intérieur de cette prison, ne voulant plus risquer que des hommes accusés ou soupçonnés injustement et reconnus ensuite innocents par les tribunaux, aient essuyé d'avance une punition rigoureuse, par leur seule détention", (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY ), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Vol 26, p. 377.

<sup>606</sup> Guillaume François LE TROSNE, né le 13 octobre 1728 à Orléans, il meurt le 26 mai 1780 à Paris. Economiste et conseiller honoraire au bailliage et présidial d'Orléans, il devient avocat en 1751. Installé en 1753 dans l'office d'avocat du roi au Présidial d'Orléans, il exercera cette magistrature pendant vingt deux ans et suivra l'exemple de POTHIER dont il fera un éloge en 1773. Proche des physiocrates, il était lié à TURGOT, CONDILLAC, GERBIER, QUESNAY et l'abbé BEAUDAU. Associé à l'Académie royale de Caen, membre honoraire de la Société économique de Berne, de la Société d'agriculture d'Orléans, il fut l'un des collaborateurs du *Journal d'agriculture, commerce et finances*. Jurisconsulte critique, il est connu pour ses prises de position en matière pénales et économiques. Comme Joseph Michel Antoine SERVAN, il montre la nécessité d'une profonde réforme des lois pénales. On lui doit nombre d'ouvrages sur la réforme de l'impôt, sur la féodalité, sur le coût pour le royaume de la gabelle et du tabac sur l'avantage de la liberté du commerce.

intitulé *Vues sur la justice criminelle*, dont l'accueil dans les milieux officiels se fit sans grande difficulté <sup>(607)</sup> bien qu'il esquissât une réflexion sur le renforcement des droits de l'accusé.

Ainsi, dans une première partie, intitulée "*De la nature et du caractère de la justice criminelle*", Guillaume-François LETROSNE qui insiste sur la nécessaire séparation entre le pouvoir de légiférer, détenu par le souverain, et le pouvoir de juger <sup>(608)</sup> tout en précisant que le juge n'aura de fonction que d'appliquer simplement la loi sans pouvoir seulement la commenter ni même l'interpréter personnellement <sup>(609)</sup>, énonce que l'innocence, dans une société où "*le Souverain a l'avantage de commander à des hommes libres*" <sup>(610)</sup>, ne serait être sacrifiée au seul intérêt d'une nécessaire et indispensable sanction de l'acte criminel <sup>(611)</sup>. Une autre conception de la procédure criminelle se dessine où il convient d'établir un équilibre entre le droit dont dispose la

---

<sup>607</sup> Dans l'ouvrage que nous utiliserons, Cadet de Saineville, censeur royal qui en autorise l'impression le 12 janvier 1776, écrit que "*les réflexions présentées par l'Auteur sur cette partie si intéressante de la Justice, m'ont paru tout à fait judicieuses, & ne respirer que l'amour du plus grand bien, j'ai pensé qu'il pouvoit y avoir qu'à gagner pour l'administration, à la discussion publique*", LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p.140

<sup>608</sup> "*Le souverain [...], ne se montre dans l'administration de la justice que comme législateur ; il n'annonce ses ordres que par des loix ; et en confiant aux magistrats qu'il institue, le pouvoir de juger, il leur remet en même temps le dépôt des lois qui doit en éclairer l'usage*", LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 22.

<sup>609</sup> "*Mais le juge qui porte ses regards sur l'affaire soumise à sa décision, peut être susceptible de d'affection & de partialité : s'il étoit le maître de statuer à son gré, souvent il dicteroit une loi, & il ne doit prononcer qu'un jugement : l'administration de la justice livrée à l'incertitude des opinions, ne présenteroit que l'expression d'une volonté momentanée & souvent contradictoire. Il faut donc que son avis soit subordonné à une règle constante, invariable, établie non pour l'espèce présente, mais pour tous les cas semblables*", LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 24-25.

<sup>610</sup> LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 30.

<sup>611</sup> "*L'intérêt que la société prend à la punition des coupables, ne prévaut pas tellement sur les droits des Citoyens, qu'aucun ne lui soit sacrifié sans examen, ou même sur de simples présomptions, quelques graves qu'elles puissent être*", LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 30-31.



société pour poursuivre le crime, et le droit de l'accusé à ne pas être vu comme un coupable en devenir.

Aussi, celui-ci énonce t-il le principe procédural que *"la société qui se prétend blessée, et qui accuse ; c'est à elle à prouver : jusques-là, le citoyen en possession de son état, ne peut en être dépouillé"*<sup>(612)</sup>. L'accusé demeure dans une situation juridique identique à celle qu'il avait avant d'être poursuivi, c'est à dire qu'il doit être considéré comme innocent. C'est au représentant du roi, qui assure la protection de l'intérêt public de rapporter la preuve que l'accusé a commis les faits pour lesquels il est poursuivi <sup>(613)</sup>. En conséquence, ce dernier se trouve libéré d'une démarche active, qui l'obligeait à démontrer qu'il n'était nullement coupable des faits, objets des poursuites engagées contre lui. Il lui reconnaît le droit à la passivité.

Pour ce magistrat des Lumières, il importe que celui qui soutient l'accusation opère un équilibre entre la volonté de réprimer le crime et la recherche de la vérité. Cette recherche ne pourra aboutir que si le juge intègre dans le processus décisionnel le sentiment personnel que lui inspirent les éléments de preuve soumis à son appréciation. L'avocat du Roi au Présidial d'Orléans pose alors ce postulat que *"l'incertitude qui subsistera jusqu'au jugement, la loi la tournera en une présomption naturelle pour l'innocence de l'accusé ; elle lui appliquera la faveur et l'avantage du doute"*<sup>(614)</sup>. Selon lui, il existerait donc un principe qui obligerait le juge à regarder l'accusé jusqu'au jugement, non comme un condamné en devenir, mais comme un innocent simplement soupçonné. Cette démarche serait d'autant plus confortée qu'elle serait protégée par *"l'observation exacte de toutes les formes établies pour*

---

<sup>612</sup> LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 31.

<sup>613</sup> " *Le ministère public se regarde comme chargé de la défense de la société ; il cherche des témoins, il ramasse des preuves, et tâche de les accumuler sur la tête de l'accusé ; il semble faire tous ses efforts pour le trouver coupable*", LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p.36.

<sup>614</sup> LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 31-32.

*convaincre le coupable, ou pour justifier l'innocent*"<sup>(615)</sup>. Ce dernier formalise le rôle actif du ministère public dans la démonstration de la culpabilité, mais aussi le droit que l'accusé a d'être regardé comme innocent durant toute la procédure.

L'apport du premier chapitre de ses *Vues sur la justice criminelle* consiste à fixer de façon intangible différents principes généraux qui structurent une justice criminelle où l'accusé bénéficie de garanties immédiates dès lors qu'il est soupçonné. Guillaume-François LETROSNE définit, dans une écriture moderne, le principe de la présomption d'innocence en décrivant la démarche de ceux qui feront le procès pénal. Pour le Ministère Public dont il énonce qu'il a l'obligation de démontrer la culpabilité de l'accusé, c'est-à-dire de rapporter la preuve de sa participation aux faits criminels, il lui rappelle qu'il ne peut se départir d'une nécessaire mesure dans sa quête de la culpabilité <sup>(616)</sup>. Quant au juge, notre auteur met en avant le recul indispensable que le juge se doit de respecter lorsqu'il statue définitivement sur les faits criminels, après la lecture du rapport <sup>(617)</sup>.

Parce que Guillaume-François LETROSNE renvoie à la nécessité pour le juge de parvenir à une conviction <sup>(618)</sup>, le mécanisme intellectuel qui structure le principe

---

<sup>615</sup> LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 31.

<sup>616</sup> "Qu'il observe cependant que son zèle doit toujours conserver un caractère de modération qui lui est propre, & qui le distingue de la passion qui anime un accusateur privé.[...] qu'il attaque le crime mais sans animosité personnelle contre le citoyen ; & en se regardant comme partie, qu'il n'oublie jamais qu'il est en même tems Magistrat, & qu'il se doit à la protection de l'innocent, autant qu'à la poursuite du coupable", LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 36.

<sup>617</sup> "Le juge remplit une fonction plus désintéressée. Il est établi juge entre la société qui se plaint par l'organe du ministère public, & l'accusé qui se défend ; & il doit éviter comme deux écueils également dangereux, ou d'identifier en quelque sorte le crime avec celui qu'on lui présente, & de le regarder comme coupable avant la conviction, ou de se prévenir trop facilement en faveur de son innocence", LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 37.

<sup>618</sup> La conviction manifeste pourra seule changer son état, lui faire perdre la protection de la loi pour le livrer à ses vengeances, & faire d'un homicide un acte de justice, LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 32.

procédural de la présomption d'innocence est ici parfaitement décrit, tant dans son objet, que dans ses conséquences. Cependant, la modernité qu'évoque le premier chapitre de ces *Vues sur la justice criminelle* demeure toute relative si l'on regarde les développements ultérieurs de cet ouvrage. Notre auteur, toujours nourri de l'Ordonnance criminelle de 1670, n'appréhende pas le fait que le maintien des mécanismes procéduraux posés par ce texte, conjugué au système de la preuve légale, affaiblit la dimension novatrice de ces développements. Les principes évoqués par ce dernier s'effacent devant le poids d'un attachement aux prescriptions doctrinales.

Dans un second chapitre intitulé *des formes et de l'instruction*, Guillaume-François LETROSNE rappelle le rôle essentiel du juge d'instruction "*puisque tout dépend de son opération*" (<sup>619</sup>) dans la recherche de la preuve car il s'agit "*de parvenir à la découverte de la vérité que le coupable a si grand intérêt à cacher*" (<sup>620</sup>). Il confirme de manière fort explicite l'importance qu'il y a de recueillir cette preuve suivant les formes prescrites par l'Ordonnance criminelle, et précisées en détail par la doctrine, car "*si de simples soupçons lui suffisent pour s'assurer d'un citoyen suspect, la pleine conviction nécessaire pour le condamner ne peut s'acquérir que par un concours de preuves assez fortes pour lever tous les doutes*" (<sup>621</sup>). Ce rappel constant au système de la preuve légale et à son mécanisme d'enfermement du juge, qui ne peut suivre qu'une seule démarche dans une recherche de la preuve ordonnancée après le dépôt de plainte (<sup>622</sup>), montre ici toute l'ambiguïté du propos tenu par ce magistrat des Lumières, attaché qu'il est aux règles anciennes, malgré son élan de modernité.

---

<sup>619</sup> LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 46, Note a.

<sup>620</sup> LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 41.

<sup>621</sup> LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p.43.

<sup>622</sup> "*La preuve se commence par l'information & l'interrogatoire de l'accusé [...] elle se perfectionne par le récolement [...] elle se consomme par la confrontation, qui applique à l'accusé présent ce qui a été déposé contre lui*", LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 44-45.

Il entend rappeler que la rigidité de la preuve légale, dont il condamne les travers les plus criants (<sup>623</sup>), constituerait néanmoins un gage de sécurité pour l'accusé. S'agissant de l'instruction, il précise qu'elle "*doit être assujettie à des formes fixes & régulières, afin qu'il ne dépende pas de chaque juge de se conduire arbitrairement, & de prendre pour constant ce qui ne l'est pas*"(<sup>624</sup>). Dans ces conditions, et puisque la démarche du juge se trouve encadrée, celui-ci estime que "*par ces précautions multipliées, la loi s'assure que les jugemens ne sont point tumultueux & précipités ; elle annonce combien l'honneur, la liberté & la vie des citoyens lui sont précieuses*"(<sup>625</sup>). Une telle position est significative de la difficulté qu'éprouvent ces auteurs à globaliser entièrement leur réflexion sur la justice criminelle. Ils n'intègrent pas durant le procès pénal, et a fortiori lors de l'instruction, la reconnaissance d'un véritable droit à l'innocence qu'ils considèrent plutôt comme une protection supplémentaire complétant les droits et garanties reconnus à l'accusé. Cette démarche montre le caractère imparfait de cette volonté réformatrice qui ne perçoit pas que le formalisme probatoire de la preuve légale se trouve en contradiction avec les principes nouveaux évoqués, ou plus précisément que ces principes imposent l'abandon des règles qui construisent la culpabilité.

Au troisième chapitre de son discours intitulé, *Des jugements et des lois pénales*, Guillaume-François LETROSNE, dans un passage relativement long qu'il nous faut citer pour mieux souligner toute l'inadéquation entre le respect des formes procédurales et la mise en forme de principes directeurs du procès

---

<sup>623</sup> Il critique l'obligation faite à l'accusé de prêter serment car s'"il est juste d'exiger le serment des témoins [...]. La loi positive devoit-elle aller plus loin ; & si l'intérêt de la société offensée, permet de chercher jusques dans les replis du cœur de l'accusé, autorise-t-il à employer la religion du serment, comme moyen d'y pénétrer plus facilement" ; LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 68-69 ; mais surtout dénonce le recours à la torture "un si terrible moyen pour obtenir la conviction [...], & d'arracher à un accusé, par l'excès de la douleur un aveu qui doit le conduire au supplice", Ibidem , p. 79-80.

<sup>624</sup> LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la Justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 41-42.

<sup>625</sup> LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la Justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 43.

pénal, écrit que "*L'instruction ne se fait que pour parvenir à l'application des Lois, par le jugement définitif. Lorsqu'elle a complété la preuve de l'innocence ou du crime, ou que la preuve trop forte pour permettre de décharger l'accusé, ne l'est pas assez pour le condamner ; la décision se présente d'elle même & le juge ne reste pas dans l'état violent de l'incertitude & du doute : ce n'est pas lui qui prononce, ce sont les preuves d'un côté, & la loi de l'autre. Il ne fait que déclarer si la preuve du crime est acquise contre l'accusé, & lui appliquer la peine s'il est convaincu ; l'absoudre si son innocence est reconnue ; le mettre hors de cour, s'il reste contre lui des soupçons ; ou bien ordonner & attendre de nouvelles preuves*"<sup>(626)</sup>. En acceptant d'avoir toujours recours, lorsque la preuve se trouve insuffisamment rapportée, aux pratiques instituées par la doctrine, celui-ci montre ici, même si les mécanismes du principe de la présomption d'innocence furent posés, toute la difficulté qu'il y avait de les comprendre dans leurs conséquences procédurales.

Dans son acception moderne, la présomption d'innocence veut que l'accusé soit dispensé de toute action à entreprendre pour démontrer son innocence, et qu'il bénéficie des incertitudes ou des doutes que le juge pourrait avoir sur les preuves de l'accusation. Plus précisément, si le juge n'est pas certain de sa culpabilité, celui-ci doit l'absoudre, c'est-à-dire le renvoyer des fins de la poursuite, reconnaissant ainsi que son statut d'innocent ne fut jamais modifiée par les poursuites engagées à son encontre. Au demeurant, cette cécité sur la reconnaissance d'un principe de présomption d'innocence, dans toutes ses conséquences procédurales, se manifeste également lorsque Guillaume-François LETROSNE envisage quelques *Réflexions sur la réforme de la législation criminelle*, publiées à la suite de ses *Vues sur la justice criminelle*. Toujours critique sur l'Ordonnance criminelle de 1670 pour laquelle il estime nécessaire d'apporter des améliorations, il ne définira en réalité qu'une méthode de travail <sup>(627)</sup>, plutôt qu'un catalogue complet de mesures.

---

<sup>626</sup> LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la Justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 92-93.

Aux premières heures de la Révolution, il faut constater qu'aux côtés d'une critique permanente de la justice criminelle, se dessine un droit à l'innocence qui s'est tracé progressivement sans pour autant être clairement posé. En effet, au XVII<sup>ème</sup> siècle Augustin NICOLAS, en dénonçant la torture dans les procès de sorcellerie, évoque le principe que le juge se doit d'être convaincu mais surtout que l'accusation ne présume pas de la culpabilité. Bien qu'il demeurât isolé, le mouvement était lancé d'une dénonciation de la preuve légale dont les conséquences étaient par trop contraires à une innocence supposée. Le mouvement, auquel ont pris part les philosophes des Lumières, aboutira à poser, non pas explicitement, mais indirectement, le principe de la présomption d'innocence.

MONTESQUIEU, peu disert sur le système de la preuve légale, considère toutefois comme indispensable de garantir la sûreté du justiciable face aux mesures procédurales et coercitives de l'autorité judiciaire. L'insuffisance du système de la preuve légale sera évoquée dans la correspondance échangée entre CONDORCET et TURGOT qui estiment qu'il conviendrait d'y ajouter la certitude du juge. VOLTAIRE va plus loin sur ce point en signalant toute l'importance que revêt la conscience du juge dans la déclaration de culpabilité. Il ne peut condamner quand il doute et encore moins en additionnant des preuves entre elles. Il faut cependant reconnaître que le principe de l'intime conviction fut esquissé avec beaucoup de précision par un auteur italien en la personne de Gaetano FILANGIERI, et qui condamnait à moyen terme le système de la preuve légale parce qu'il paraissait impossible de pouvoir attacher une quelconque valeur probatoire à une preuve ou un indice.

Néanmoins, il faut attendre *Des délits et des peines* de Cesare BECCARIA pour voir posé le double mécanisme procédural de la présomption d'innocence constitué par le bénéfice du doute et l'obligation pour le ministère public de rapporter la

---

<sup>627</sup> "Il vaut donc mieux oublier ce qui s'est fait, abandonner les exemples ; [...] prendre plutôt la raison, que l'autorité pour guide, & rechercher ce qui doit & peut se faire ; ce qui est le plus conforme à la justice & à l'intérêt social ", LETROSNE (Guillaume-François), *Réflexions sur la réforme de la législation criminelle* in *Vues sur la Justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 138.

preuve. Cependant, si l'ouvrage connaît un succès certain, notamment parmi les magistrats ouverts aux Lumières, le canevas établi ne se trouve pas réellement retranscrit dans la littérature juridique utilisée par les professionnels du droit. Tout au plus voit-on évoquer, notamment à l'occasion de scandales judiciaires, l'idée que le doute doit profiter à l'accusé. La problématique de ce principe sera véritablement posée par Guillaume-François LETROSNE mais en la tempérant, parce que non seulement il ne fut aucunement envisagé de changer le système probatoire, mais qu'au surplus, le formalisme procédural de l'Ordonnance criminelle de 1670 demeurerait. La Révolution qui suivit la convocation des Etats Généraux ne consacrait pas véritablement le principe procédural.

## **Titre 2. La Révolution : l'affirmation conceptuelle de la présomption d'innocence**

Les dernières décennies qui précèdent la Révolution voient s'exprimer une critique croissante et acerbe à l'égard de la justice criminelle. Le retentissement des scandales judiciaires marque l'opinion publique. Certains écrivains emblématiques des Lumières s'attachent à dénoncer les errements d'une procédure pénale inhumaine et contraire aux droits de la défense. Cette remise en question ne fut rendue possible que parce que l'on considérait que chaque homme disposait de droits irrévocables et intangibles. Le rapport procédural qui s'établissait, durant le procès pénal, entre le juge et l'accusé devait nécessairement être modifié. Se trouve alors évoquée, l'idée d'un renforcement des droits de ce dernier durant l'instruction criminelle puis lors du jugement.

La voie est ainsi ouverte à une réforme de la justice criminelle, répondant ainsi aux aspirations de cette seconde partie du XVIII<sup>ème</sup> siècle qui dénonçait une justice pénale de plus en plus sévère. Implicitement, un statut pénal plus protecteur pour l'accusé se dessinait progressivement. Les Lumières commençaient à faire leur œuvre. Dans ces conditions, la convocation par Louis XVI d'Etats Généraux destinés à sortir la royauté d'une crise profonde, et aux causes multiples, mais aussi ultime recours de la monarchie pour tenter de s'opposer à ceux qui se montraient hostiles à tout changement, eut pour conséquence d'officialiser ce besoin de réforme d'une justice que Louis XV n'avait pu mener.

Le coup de force du Tiers Etat du 17 juin 1789, qui consacre l'Assemblée Constituante, permettra de poser les premiers cadres d'une discussion où seront concrétisées les attentes précédemment évoquées en matière de justice criminelle. Sera reprise cette exigence que l'accusé doit pouvoir bénéficier d'une véritable protection, notamment en n'étant pas soumis à des traitements inhumains, ou en lui permettant de pouvoir effectivement assurer sa défense durant l'instruction puis au cours du procès. L'idée d'un principe supérieur qui contraint le juge fait son chemin. Si celui ci se trouve esquissé



confusément dans les moments qui précèdent le vote de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (Chapitre 1), le principe procédural ne sera pas réellement posé (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 Du concept procédural au principe procédural : une approche confuse**

#### **Chapitre 2 Une consécration imparfaite**

## Chapitre 1. Du concept procédural au principe procédural : une approche confuse

A la veille des Etats Généraux convoqués pour le 1<sup>er</sup> mai 1789, le peuple de France fut autorisé à faire remonter au Roi ses sentiments et ses doléances. Les français expriment leurs critiques et précisent leurs vœux sur ce qu'il convient de changer. Prise de parole, mais aussi prise de conscience d'un peuple qui n'entendait plus être silencieux, les cahiers rédigés dans l'effervescence d'un événement qui n'était pas arrivé depuis 1614, constituent, comme le précise Alexis de TOCQUEVILLE, "*ce testament de l'ancienne société française, l'expression suprême de ses désirs, la manifestation authentique de ses volontés dernières*"<sup>(628)</sup>. Indépendamment d'une rédaction concentrée entre les mains de ceux qui appartiennent à une frange éclairée de la population, les sujets du Royaume de France formulent leurs attentes en matière de justice criminelle. Si la dénonciation d'une procédure pénale peu soucieuse des droits de l'accusé est réelle, il faut cependant relever diverses propositions destinées à concrétiser un besoin de changement que la future Assemblée Constituante prendra en compte, dans la mesure où ils paraissaient compatibles avec les nouveaux idéaux exprimés. Dès lors, allaient être fixés les termes d'une autre procédure ou l'innocence serait protégée durant tout le procès pénal. Plus précisément, un concept où l'innocence devait être tenue pour vraie, tant qu'une condamnation n'était pas intervenue, faisait timidement son apparition à la veille de la convocation des Etats généraux.

Renforcer les droits de l'accusé et protéger l'innocence constituent les premiers objectifs à atteindre pour parvenir à transformer la justice criminelle mais aussi à assurer la reconnaissance de droits fondamentaux dont bénéficieront les accusés. En les fixant dans le marbre la loi, les députés mettent ainsi en chantier une autre justice criminelle mais aussi un autre procès pénal. Une telle perspective ne pouvait que permettre la concrétisation d'une innocence protégée et donc présumée. Si l'enthousiasme provoqué par

---

<sup>628</sup> TOCQUEVILLE (Alexis de), *L'ancien régime et la révolution*, Paris, 1988, p. 89.

la réunion des Etats Généraux laisse transparaître un droit à l'innocence (Section 1), le constat doit être fait que les projets de Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne s'attardent guère sur une reconnaissance officielle de la présomption d'innocence (Section 2).

Section 1 Le peuple de France aspire à une autre justice criminelle

Section 2 Difficile élaboration de la règle : les projets de déclaration

## **Section 1. Le peuple de France aspire à une autre justice criminelle.**

Si la justice en général est l'objet de doléances effectives, la justice criminelle en est son épicerie. Il est nécessaire de réformer cette dernière parce qu'il est indispensable de la rendre plus humaine. Dès lors, des changements doivent se faire. L'accusé doit bénéficier de droits plus affirmés (paragraphe 1). Surtout il apparaît emblématique qu'il ne soit plus regardé comme un coupable supposé (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 Cahiers de doléances et droits de la défense.**

Expression des aspirations de tout un peuple taisant, ces Cahiers de doléance mettent ainsi à jour les critiques développées sur une justice criminelle que l'on craignait (A). Par ailleurs, ils décrivent également les changements qu'il convenait d'y apporter (B).

#### **A). Exposé des griefs.**

En dénonçant, non sans véhémence, l'inhumanité d'une justice pénale et d'une procédure qui lui est consubstantielle, puis en exposant ceux des principes qui seraient susceptibles d'en réformer les abus manifestes, les philosophes des Lumières tiennent implicitement la plume de ceux qui rédigeront les Cahiers de doléance. Etablis dans le cadre des Bailliages et des Sénéchaussées<sup>(629)</sup>, ils sont le témoignage profond des aspirations du peuple de France<sup>(630)</sup>. Ecrits dans

---

<sup>629</sup> Si la Noblesse et le Clergé allaient présenter des Cahiers par Bailliage, le Tiers Etat réunissait les cahiers rédigés par les Communes, les Paroisses et les Corporations pour les présenter par la suite au Bailliage.

<sup>630</sup> Indépendamment du fait qu'aient pu circuler des cahiers modèles, ou que la rédaction en fut confié à une frange éclairée et bourgeoise de la population, ces documents expriment néanmoins les revendications du peuple de France et "*il est parfois très difficile de savoir où commence et où finit le cahier de 1789*", BRETTE (Armand), les Cahiers de 1789 et les Archives Parlementaires, *La Révolution Française*, Revue d'histoire moderne et contemporaine publiée par la société de l'histoire de la Révolution, Paris, 1904, p.7 ; ce dernier estime que ces Cahiers peuvent se définir comme "*l'ensemble des vœux, plaintes et doléances émis, en 1789, dans les assemblées régulièrement réunies pour l'élection des députés aux Etats généraux et à l'assemblée nationales*", BRETTE (Armand), Les cahiers de 1789 et les Archives Parlementaires, *La Révolution Française*

l'euphorie que procurait l'exhumation d'une consultation des députés élus par chacun des trois ordres (<sup>631</sup>), et qui autorisaient de fait un dialogue entre le Roi et ses sujets, ces cahiers "*expriment assez fidèlement l'idée que les Français se faisaient de leur justice à la veille de la Révolution*"(<sup>632</sup>). Ils constituent une photographie relativement complète des revendications en matière de justice criminelle, et notamment sur certaines questions de procédure, simplement parce que l'opinion publique demeurerait très sensible à la question pénale.

De plus en plus distante à l'égard de la procédure fixée par l'Ordonnance criminelle de 1670, celle-ci était convaincue qu'il fallait procéder, non sans une certaine urgence, à des changements indispensables en cette matière (<sup>633</sup>). En reflétant les idées nouvelles que les Philosophes des Lumières avaient, de façon récurrente, développées dans les différentes publications, ou en s'inspirant par ailleurs de modèles judiciaires étrangers (<sup>634</sup>), plus respectueux des droits de l'accusé, ces Cahiers de doléances esquissent ceux des principes qui serviront de viatique à l'établissement d'un autre système judiciaire.

Le sentiment qui se trouve retranscrit tend à démontrer que l'Ordonnance Criminelle a pour vocation d'assurer le repos public de la société en organisant, aussi rapidement que possible la répression du fait criminel, sans que soient posées les conditions qui permettent à l'accusé d'assurer sa défense et de lui éviter d'être considéré comme un coupable supposé. Pour ceux qui avaient inspiré ou rédigé ces cahiers, et qui pour certains appartenaient au monde de la robe, la procédure

---

Revue d'histoire moderne et contemporaine publiée par la société de l'histoire de la Révolution, p. 7.

<sup>631</sup> Les derniers Etats généraux se sont rassemblés à Paris du 27 octobre 1614 au 23 février 1615.

<sup>632</sup> LEBIGRE (Arlette), 1789 : *La justice dans tous ses états, 1789-1799, Une Autre Justice*, Paris, 1989, p. 40.

<sup>633</sup> L'un de ces cahiers exprime que "*l'humanité et le christianisme réclament également la réformation du code criminel*", *Cahiers de doléances du Bailliage d'Amont* : publiés, annotés et précédés d'une introduction par Monsieur GODARD, Léon ABENSOUR, Auxerre, Imprimerie de l'universelle, 1927, Tome II, p. 144.

<sup>634</sup> Cf sur ce point l'article de Monsieur SCHNAPPER, la diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien régime , *Voie nouvelle en histoire du droit, la justice, la famille, la répression pénale*, pp.187-205.

criminelle, organisée par ce texte, ne paraissait avoir d'autre finalité que de perdre l'innocent. Comme le précise le cahier commun des trois Ordres du Bailliage de Langres (<sup>635</sup>), *"Par quels funestes principes la procédure destinée à être la sauvegarde de la justice, s'est-elle tournée contre la justice ? [...] Pourquoi la voyons-nous si souvent servir à opprimer l'innocence et le bon droit qu'elle était chargée de protéger"*(<sup>636</sup>). A cette question, les rédacteurs estiment pour partie que certains juges se sont éloigné du texte et des constructions doctrinales (<sup>637</sup>) mais aussi que celui-ci recelait l'origine des critiques que l'on dénonçait (<sup>638</sup>). Il apparaissait aux yeux des justiciables *"que l'administration actuelle de la justice criminelle est contraire aux mœurs de la nation, aux droits naturels de l'homme et à l'équité"*(<sup>639</sup>), car *"dès le premier moment de l'instruction on traite l'accusé comme s'il était convaincu"*(<sup>640</sup>). Sans le dire explicitement,

---

<sup>635</sup> Dans les *Archives Parlementaires* une note préliminaire indique sur ce long cahier composé de trente pages dactylographiées, qu'il *"est regardé comme apocryphe par diverses personnes ; aussi nous ne le publions-nous que sous toutes réserves et comme document à consulter : il doit en tout cas reproduire l'ensemble des plaintes du Bailliage"*, A.P., Vol 3, p. 428. Pour Armand BRETTE ce Cahier serait *"l'œuvre du seul évêque de Langres"*, *Les cahiers de 1789* et les *Archives Parlementaires*, *La Révolution Française* Revue d'histoire moderne et contemporaine publiée par la société de l'histoire de la Révolution, p. 8. Sur ce dernier point, le 17 mars 1789, Richard de FOULON, Procureur du Roi de cette ville se serait exclamée lors de l'assemblée des trois ordres du Bailliage *"vous n'ignorez pas par quelle éloquence la cause du tiers état a été soutenue par le premier d'entre nous, l'un de ces grands consultés par le roi sur la forme à donner aux assemblées actuelles. Sourd à la voix de l'intérêt, il n'a écouté que la voie de l'humanité et de la justice"*, cité par Edna Hundie LEMAY dans son ouvrage, *Dictionnaire des Constituants, 1789-1791*, p.507, vol 2. Indépendamment de cette controverse, il nous est apparu nécessaire de s'y référer, compte tenu des développements entrepris sur la justice criminelle. Il constitue le digeste des revendications de la société française et des réformes à engager dans ce domaine.

<sup>636</sup> Cahiers communs des trois Ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 442.

<sup>637</sup> *"On dira à votre Majesté que des subalternes pervers en ont abusé, et que c'est le sort de toutes les institutions humaines"*, Cahiers communs des trois Ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaire*, p. 442

<sup>638</sup> *"Mais, lorsque l'abus est facile, lorsqu'il est universel, lorsqu'il est même réduit en art, lorsque enfin toute la force publique n'a pas le pouvoir de l'empêcher, nous le prononcerons hardiment, Sire, le vice est dans la chose même : c'est de la loi que naissent les abus..."*, Cahiers communs des trois Ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 442

<sup>639</sup> *Cahiers de doléances de la Sénéchaussée de Rennes pour les Etats généraux de 1789* publiés et annotés par Henri SEE et André LESORT, Rennes ,1912, Tome 1, p.115.

<sup>640</sup> *Cahiers de doléances de la Sénéchaussée de Rennes pour les Etats généraux de 1789*, p.115.

ces Cahiers de doléances rappellent toute la charge négative que représente l'arrestation d'un accusé mais aussi le fait qu'il paraissait impossible de pouvoir modifier le mouvement procédural de l'instruction, qui faisait de l'accusé un supposé coupable. Pour les rédacteurs, le procès pénal s'organisait donc autour d'une présomption de culpabilité (<sup>641</sup>).

Il faut donc réformer la procédure criminelle de telle sorte qu'elle intègre un véritable droit à l'innocence, ce qui ne pouvait se faire que "*d'après les lumières réunies de tous les individus, de toutes les classes, de tous les ordres*"(<sup>642</sup>). Le projet qui se dessine et que l'on souhaite présenter au Roi consiste à recueillir certes toutes les critiques émises sur le fonctionnement de cette justice pénale, mais aussi les idées qui permettront d'améliorer le système. "*C'est la réunion de toutes ces lumières, parties de différents points, et concentrés dans un même foyer, qui éclairera le plus sûrement votre justice, et qui lui découvrira plus nettement et les maux et les remèdes*"(<sup>643</sup>). Il est ainsi précisé que le procès pénal ne peut plus se maintenir dans le cadre procédural conçu il y a plus d'un siècle, d'autant plus que l'Ordonnance criminelle de 1670, indépendamment des droits et garanties qu'elle pouvait accorder à l'accusé (<sup>644</sup>), n'en assurait pas moins "*l'action répressive des juridictions*"(<sup>645</sup>).

---

<sup>641</sup> "Un code criminel fourmillant révoltans, & qui semble fait plutôt pour chercher cruellement un coupable, que pour chercher l'innocence avec une tendre sollicitude", M.L.T, *l'Esprit des Cahiers, présenté aux Etats Généraux de l'An 1789, augmenté de vues nouvelles ou Projet complet de la régénération du Royaume de France*, Paris, 1789, p.105, n°21.

<sup>642</sup> Cahier commun des trois Ordres du Bailliage de Langres; *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 442.

<sup>643</sup> Cahier commun des trois Ordres du Bailliage de Langres; *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 442

<sup>644</sup> Sur la reconnaissance pour l'accusé de pouvoir disposer, durant la procédure d'instruction, et au cours du procès, de prérogatives particulières et de moyens de défense, cf la thèse d'Antoine ASTAING *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime. Audace et pusillanimité de la doctrine française*.

<sup>645</sup> ASTAING (Antoine), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime. Audace et pusillanimité de la doctrine française*, p.56.

Les vœux de la Nation française, même si leur transcription allait passer par le filtre de ceux qui constituaient la frange éclairée de cette population, se font l'écho d'un mouvement général qui dénonce les graves abus d'une procédure criminelle source d'erreurs et d'injustice. Pour autant, ceux-ci prennent plutôt la forme d'axiomes que de véritables projets argumentés car les trois ordres n'envisageaient pas de réelle destruction de l'ordre judiciaire ancien. Tout au plus montraient-ils leur accord pour demander, certes une réforme globale du droit criminel, mais surtout la disparition des principaux abus dénoncés maintenant depuis plusieurs décennies et d'assurer avec plus de sécurité les droits de l'accusé.

Toutefois, si le souhait d'améliorer, voire même de transformer une justice aussi décriée s'exprime ouvertement dans ces écrits revendicatifs, il ne signifie pas pour autant que ce changement passe par l'imitation ou la simple copie de systèmes judiciaires étrangers, et notamment celui de l'Angleterre, connu grâce à la traduction des lois qui régissaient la matière pénale (<sup>646</sup>). Certes destinée à un public averti, cette littérature contribue néanmoins à renforcer l'idée qu'il est indispensable d'appliquer à la justice criminelle des dispositions qui soient plus en harmonie avec les idées nouvelles. Cependant, la prudence demeure et il ne s'agit pas, pour ces thuriféraires des droits étrangers, de copier simplement ce que l'on découvre car *"l'enthousiasme des idées étrangères a emporté trop loin quelques esprits, a présenté comme des inconvénients des dispositions utiles, a proposé des réformes plus dangereuses que ce qu'on voulait supprimer"* (<sup>647</sup>), mais de corriger, grâce à ces apports étrangers, ce qui n'allait plus dans le droit criminel du royaume de France.

---

<sup>646</sup> Furent ainsi publiés en français en 1774-1776 par M.D.G (Damien de GOMICOURT) les *commentaires sur les lois anglaises de M. Blackstone*, en 1776 par l'abbé COYER le *commentaire du code criminel d'Angleterre*, par BERTIN en 1789 les *Réflexions sur l'établissement des jurés et sur l'administration de la justice civile et criminelle*.

<sup>647</sup> Cahier commun des trois Ordres du Bailliage de Langres, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p.443. Sans doute rédigé par Monseigneur de la LUZERNE et Jacques Marie FROMENT, seigneur de Bèze, député de la noblesse, il présente cet intérêt de consacrer de longs développements à la législation criminelle. Comme le note Léonce PHILPIN de PIEPAPE, ils *"sont certainement dus aux fréquents rapports établis entre Mgr de La Luzerne et Philpin de Piepape, car les principes émis pour les réformes [...] sont précisément ceux qui sont posés et commentés dans les Observations. Ces réformes d'abus ou leur atténuation, demandées notamment par le jurisconsulte, c'était le plus grand service que put rendre notre ancêtre à l'ordre judiciaire"*,



Comme le précise le cahier du Bailliage de LANGRES, "*dans l'examen des vices principaux de la procédure, nous nous attacherons uniquement à la procédure criminelle.[...] son objet plus intéressant, ses vices plus dangereux et plus manifestes frappent plus vivement les regards ; sa réformation est parvenue à son point de maturité*"<sup>(648)</sup>. Malgré cet empressement à vouloir transformer le cadre judiciaire du procès pénal, il faut cependant noter qu'un certain silence persiste sur la preuve légale. Ce système probatoire, issu de la seule doctrine savante ne fit l'objet d'aucune critique, pas plus qu'il ne fut envisagé de lui substituer d'autres modes de preuve. Le constat est fait que les Cahiers de doléances ne formulèrent d'autres mécanismes probatoires pour parvenir à établir la culpabilité d'un accusé.

## **B. Une preuve légale toujours présente**

La lecture de ces cahiers laisse entrevoir la nécessité de garantir l'innocence de l'accusé, ou plus précisément faire en sorte qu'elle ne soit pas immédiatement étouffée dès l'enclenchement des poursuites. Il est donc indispensable de mettre en place d'autres mécanismes procéduraux qui assurent cet équilibre entre le pouvoir d'investigation dont va disposer le juge, et le droit pour l'accusé de se défendre. Il faut donc définir précisément les droits et obligations de ces parties, antagonistes dans leur position durant l'instruction, ce que souligne le cahier du Bailliage de Langres quand il énonce que "*les formes sont le rempart des peuples contre leurs juges*"<sup>(649)</sup>. Néanmoins, cette volonté affichée d'esquisser une autre justice pénale, et qui entend inclure dans la marche du procès pénal une reconnaissance plus grande des droits de la défense, ne paraît pas devoir reconsidérer la preuve pénale.

---

PIEPAPE (Léonce) (Général de), *Nicolas Joseph Philpin de Piepape, Jurisconsulte et conseiller d'état 1731-1793*, p. 58-59.

<sup>648</sup> Cahier commun des trois Ordres du Bailliage de Langres; *Archives Parlementaires*, Vol 3, p.443.

<sup>649</sup> Cahier commun des trois Ordres du Bailliage de Langres; *Archives Parlementaires*, Vol 3, p.443.

Les Cahiers de doléance, ou plus précisément leurs rédacteurs, ne montrent aucun intérêt à examiner une problématique sans doute par trop complexe, bien qu'elle soit à l'origine des scandales judiciaires qui défrayèrent la chronique judiciaire durant cette seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Ce silence traduit ainsi l'absence d'un véritable débat sur une autre forme de preuve pénale dans le procès pénal. La culpabilité continuera donc à se finaliser dans un cadre rigide et aux effets mécanistes, même si se dessine une certaine contradiction avec cette volonté affichée qui voudrait garantir le respect d'un droit à l'innocence. Le constat montre donc qu'il ne fut pas envisagé de redéfinir le regard juridique que le juge portait sur l'accusé, c'est à dire que ne se trouve pas évoquée l'idée que l'accusé soit regardé comme innocent jusqu'au jugement. Ces Cahiers de doléances n'appréhendent pas la présomption d'innocence comme le principe directeur du procès pénal, c'est à dire comme le principe qui impose à l'accusateur de démontrer la réalité de l'accusation, et d'en supporter les conséquences lorsque la démonstration est imparfaite, ou que les juges doutent sur la culpabilité de l'accusé.

Au demeurant, la table alphabétique établie par les *Archives parlementaires* à la suite de cette publication exhaustive mais suffisamment représentative <sup>(650)</sup> de ces Cahiers, ne comprend pas de renvoi à la *présomption d'innocence* ou à la *preuve*. Seuls sont recensés, les termes *Justice* et *Procédure*. S'agissant de ce dernier terme, il faut relever que les doléances porteront, pour l'essentiel, sur le nécessaire besoin d'une réforme et d'une simplification, tant de la procédure civile que de la procédure criminelle. En réalité, la lecture de cette production littéraire spécifique montre, avant tout, que l'Ordonnance criminelle de 1670 se doit d'être "*revue et corrigée*"<sup>(651)</sup>. Il s'agit de protéger l'accusé des abus d'une procédure

---

<sup>650</sup> Sont en effet regroupés dans ces *Archives Parlementaires* des cahiers provenant des différentes circonscriptions territoriales de l'Ancien régime. Les plus nombreux proviennent des 134 bailliages et sénéchaussées (33% de l'ensemble de ces institutions judiciaires). Pour les autres, il s'agit de cahiers rédigés dans le cadre des différentes divisions administratives et territoriales du royaume comme les Provinces, les villes impériales, les colonies, etc. Sur la polémique autour de cette publication, nous renvoyons à l'article d'Armand BRETTE les Cahiers de 1789 et les Archives parlementaires, *La Révolution française*, Revue d'histoire moderne et contemporaine publiée par la société de l'histoire de la Révolution p. 5 et sqq.

<sup>651</sup> *Cahiers de Doléances du Bailliage d'Orléans pour les Etats généraux de 1789* publiés par Camille Bloch, Orléans, Imprimerie orléanaise, 1907, Tome second, p. 313

criminelle rendue inhumaine par l'application de pratiques contraires aux droits et intérêts de l'accusé. La démarche est donc partielle, puisqu'elle ne globalise pas une construction nouvelle de la procédure pénale, pas plus qu'elle n'examine les conditions dans lesquelles la culpabilité de l'accusé sera démontrée. Il importait avant tout de formaliser des cadres juridiques nouveaux qui concrétisaient de véritables droits de la défense, vecteur indispensable à la protection effective de cette liberté individuelle mise en valeur par les philosophes et les écrivains des Lumières.

Cette écriture critique et fragmentaire de la procédure criminelle n'ouvre guère de champ d'investigation sur la culpabilité, pas plus qu'elle n'ordonne une autre réflexion sur les moyens de l'établir. L'image de l'accusé demeure très incertaine, car fixée entre suspicion avérée et présomption de culpabilité. Le cahier de doléances de la Sénéchaussée d'ANGOULEME entend ainsi proposer que "*l'accusé ne sera chargé de fers que d'après un jugement préparatoire qui l'aura préjugé coupable, sans cependant l'avoir définitivement condamné*"<sup>(652)</sup>. L'écriture est significative de l'emprise de la doctrine pénale du XVIII<sup>ème</sup> siècle, elle révèle même l'idée d'une mise en accusation qui serait l'élément déclencheur des moyens de coercition pris à l'encontre de l'accusé, celui-ci restant libre avant cette première phase juridictionnelle.

De même, trouve-t-on dans un autre cahier de doléances rédigé par la principauté de DOMBES cette motion qui, bien qu'elle soit relative à la suppression de la sellette, exprime néanmoins le principe que toute condamnation ne sera prononcée que contre "*ceux qui sont reconnus ou fortement présumés coupables*"<sup>(653)</sup>. Là encore, et le seul dernier point de cette doléance le rappelle, reste effectif le principe de ces condamnations qui sont prononcées en fonction de la conviction du juge, mais au détriment d'un

---

<sup>652</sup> Cahiers de doléances de la Sénéchaussée d'Angoulême et du Siège royal de Cognac pour les Etats généraux de 1789 publiés par P.Boissonnade, Paris, Imprimerie Nationale, p. 304.

<sup>653</sup> Cahiers de doléances du tiers-état de la principauté de Dombes, Archives Parlementaires, Vol., p. 70.

droit à l'innocence. La rupture avec l'esprit d'un texte qui organisait une présomption de culpabilité n'est donc pas évoquée. La révolution procédurale qui transformerait complètement la marche du procès pénal n'est pas encore engagée.

Aussi, faut-il poser ce constat que le problème de la preuve pénale, ou plus précisément que la mise en place d'un autre système probatoire, n'a guère intéressé les rédacteurs de ces cahiers, pas plus qu'ils n'ont tenu compte de la pratique des Cours qui, en permettant au juge une liberté d'appréciation dans l'examen des preuves, annonçait le régime de l'intime conviction mais consacrait également le principe d'une culpabilité amoindrie et par la même étouffait toute émergence d'un droit à l'innocence. Cette cécité sur la nécessité d'entreprendre une réforme conjointe de la procédure et de la preuve pénale, ne pouvait que limiter les aspirations de ceux qui, parmi les rédacteurs de ces cahiers, allaient former ultérieurement la future Assemblée Constituante. Etre présumé innocent n'est pas dans les mentalités. Néanmoins, il faut relever que certains cahiers urbains vont esquisser le principe qu'un accusé doit pouvoir être considéré comme innocent tant qu'une décision n'aura pas définitivement statué sur culpabilité.

## **Paragraphe 2. Evocation imparfaite d'une innocence présumée.**

Dans la rédaction même de leurs doléances, certains cahiers tracent partiellement la trame d'une innocence présumée (A) dont l'écriture ne manquera pas de rester pour autant (B).

### **A. Des esquisses certaines**

Expression critique des rigueurs d'une justice criminelle, mais aussi traduction des thèmes exposés par la philosophie des Lumières, les doléances transcrivent les demandes concrètes du peuple de France qui aspire à une meilleure connaissance de loi pénale. Ce souhait consiste plus précisément à ce que le justiciable ne soit plus l'otage d'une insécurité juridique, conséquence de l'existence de juridictions multiples et de l'application

ténébreuse de textes épars et multiples (<sup>654</sup>). Par ailleurs, ces cahiers estimaient qu'il convenait également de protéger le sort de l'accusé, en supprimant les lettres de cachet, en améliorant les conditions de détention des détenus incarcérés dans le cadre d'un décret de prise de corps (<sup>655</sup>), en refusant de faire procéder à l'exécution immédiate des condamnations et en supprimant la confiscation générale des biens de l'accusé.

Toutefois, c'est sur une réformation de la procédure criminelle que ces différents cahiers s'expriment plus précisément. On suggère de communiquer à l'accusé, dès le début des poursuites, les charges qui pèsent sur lui et de rendre publique l'instruction préparatoire. De même, pose-t-on le principe que l'accusé, auquel le serment ne sera plus déféré, fasse valoir à tout moment les faits justificatifs justifiant de son innocence et qu'il puisse être dorénavant assisté d'un avocat. Il importe donc de renforcer les droits de l'accusé (<sup>656</sup>), c'est à dire d'assurer un repositionnement de la situation de l'accusé dans le procès pénal. Il s'agit de faire disparaître les scandales judiciaires où l'innocence n'avait pu éclatée, et ce, comme le montre le Cahier de doléances du Tiers état de NEUVILLE qui écrit que *"l'humanité n'a t'elle pas gravé dans tous les cœurs qu'il vaut mieux s'exposer à sauver dix coupables que de faire périr un innocent"* (<sup>657</sup>). Dans ce cas, il paraît nécessaire de consacrer le droit à une innocence supposée, comme l'évoque un autre Cahier, celui du Bailliage de VILLERS la MONTAGNE, et qui propose, dans un article

---

<sup>654</sup> *"un assemblage informe de lois romaines et de coutumes barbares, de règlements et d'ordonnances sans rapport avec nos mœurs, comme sans unité de principes, conçus dans des temps d'ignorance et de trouble, pour des circonstances et un ordre des choses qui n'existent plus, ne peut former une législation digne d'une grande nation éclairée de toutes les lumières que le génie, la raison et l'expérience ont répandu sur tous les objets"*, Cahier de doléances du Tiers état de la ville de Paris, Archives Parlementaires, Vol V, p. 288.

<sup>655</sup> Sur l'exposé de ces doléances nous renvoyons à l'ouvrage d'Albert DESJARDINS *Les Cahiers des Etats généraux et la législation criminelle*, Paris, 1883.

<sup>656</sup> Léon de PONCINS confirme ce point en écrivant que *"si laissant à part le détail des demandes des cahiers, je recherche l'esprit du vœu d'ensemble relatif à la réforme judiciaire, il me semble voir que c'est le sentiment de la protection de l'accusé plutôt que celui de l'indépendance du juge"*, PONCINS (Léon de), *Les Cahiers de 1789 ou les vrais principes libéraux*, Paris 1887, p. 260.

<sup>657</sup> BLOCH (Camille), *Cahier de doléances du Bailliage d'ORLEANS pour les Etats généraux de 1789 publiés par Camille BLOCH*, Orléans, 1907, p. 377.

consacré à la justice civile et criminelle, que "*l'on supprime l'affreuse sellette qui n'est du qu'au coupable. L'accusé ne doit être réputé criminel que lorsqu'il est convaincu*"<sup>(658)</sup>. Outre le constat, que la déclaration du 1<sup>er</sup> mai 1788 n'avait pu réellement interdire définitivement l'usage de ce dernier interrogatoire qui demeurait en pratique, cette revendication sonne ici comme la nécessaire reconnaissance d'une garantie que l'on doit accorder à l'accusé.

Aussi faut-il examiner avec attention ce que les représentants du Tiers Etat de la ville de Paris <sup>(659)</sup> développent, notamment dans la partie *législation* de leur cahier <sup>(660)</sup>. Enonçant, dans une introduction générale, que "*l'objet des lois est d'assurer la liberté et la propriété [...] mais aussi de protéger également les citoyens de toutes les classes et de tous les ordres*"<sup>(661)</sup>, les rédacteurs n'ont d'autre objectif que de réformer les lois pénales. Ils font état de leur préoccupation sur ce point, en souhaitant rendre plus efficient les droits de l'accusé. C'est dans ces conditions que le Tiers Etat de la ville de Paris formule seize propositions, courtes mais précises, qui préfigurent le déroulement d'un procès pénal différent de celui qui prévalait en cette fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle <sup>(662)</sup>.

---

<sup>658</sup> *Annales de la Société d'histoire et d'archéologie de la Lorraine*, 1950, Tome 50, p.179.

<sup>659</sup> Parmi ceux-ci il convient de relever des noms qui s'inscriront dans la Révolution puisque ce Cahier est signé par TARGET, CAMUS, BAILLE et GUILLOTIN.

<sup>660</sup> Les autres parties portent successivement sur les sujets suivants: pour la première **Constitution**, pour la seconde **Finances**, pour la troisième **Agriculture, Commerce et Juridictions Consulaires**, pour la quatrième **Religion, Clergé, Education, Hôpitaux et Mœurs**, pour la sixième, **Objets particuliers à la ville de Paris**.

<sup>661</sup> Cahiers du Tiers état de la Ville de Paris, *Archives Parlementaires*, Vol V, p. 288.

<sup>662</sup> 1) La nécessité d'encadrer les arrestations et de limiter la détention, 2) la limitation des décrets de prise de corps, 3) le droit à l'assistance d'un avocat, 4) la suppression du serment, 5) la publicité de l'instruction, 6) l'obligation pour les juridictions de motiver leurs décisions, 7) l'établissement d'un jury qui statuera sur le fait criminel, 8) la suppression du Hors de cour, 9) le droit à réparation en cas d'accusation injustifiée, 10) la suppression de la confiscation des biens du condamné, 11) la suppression des tortures préalables à l'accusation, 12) la limitation des cas pour lesquels la peine de mort serait prononcée, 13) la suppression des différents modes d'exécution de la peine capitale, 14) l'amélioration des conditions d'incarcération, 15) la possibilité de se constituer partie civile sans avocat et la possibilité d'être assisté par un citoyen pour des faits criminels, 16) la suppression de la sellette.

Parmi celles-ci, il convient d'en retenir deux qui, parce qu'elles s'inscrivent dans cette volonté unanime de renforcer la sûreté du citoyen face à la justice pénale, dessinent, certes imparfaitement, un principe de présomption d'innocence. Ainsi, s'agissant des arrestations opérées en flagrant délit, le Cahier de doléances du Tiers Etat de la ville de Paris réclame la présentation du suspect devant un juge qui statuera sur son incarcération ou le renverra faute de preuves <sup>(663)</sup>. L'importance est ici formulée qu'il y a nécessité de démontrer l'existence de charges suffisantes sur la participation du suspect au fait criminel, objet des poursuites. Dans le cas contraire, le suspect doit recouvrer la liberté. Parce qu'il convient de protéger l'exercice de la liberté individuelle, le pouvoir judiciaire ne pourra se contenter de simples soupçons, mais se devra d'établir préalablement la réalité des charges contre l'accusé. Le soupçon ne doit plus être considéré comme une culpabilité supposée.

Une telle démarche, qui annonce un autre regard sur l'accusé, se retrouve dans un article consacré à la fameuse formule du "*Hors de Cour*". Les rédacteurs qui en condamnent le principe, énoncent que "*tout accusé dont le crime n'est pas prouvé aux yeux de la loi, étant présumé innocent, la formule de "hors de cour" sera supprimée, et l'accusé sera absous des chefs d'accusations sur lesquels il n'y aura pas de preuve complète et légale*"<sup>(664)</sup>. L'intérêt de cette rédaction réside dans le fait que l'on reconnaît à l'accusé un statut procédural qui s'impose au juge. Seul, un jugement de condamnation modifiera cette situation puisqu'elle reconnaîtra sa culpabilité. Toutefois, il faut relever que le jugement de *plus amplement informé* n'est aucunement évoquée dans ce cahier, alors que les conditions qui président à son application, à savoir l'absence d'une *preuve pleine et entière*, sont identiques

---

<sup>663</sup> "Aucun citoyen domicilié ne pourra être arrêté ni même obligé de comparaître devant aucun magistrat, sans un décret émané du juge compétent ; excepté le cas ou il aurait été pris en flagrant délit, ou arrêté à la clameur publique par les gardes chargés de veiller à la sûreté et à la tranquillité publique ; dans ce cas, le citoyen arrêté sera mené sur le champ, et au plus tard, devant le tribunal compétent, qui décernera un décret, s'il y a lieu, pour le constituer prisonnier. On le renverra, s'il n'y a aucune preuve de délit", Cahiers du Tiers état de la Ville de Paris, Archives Parlementaires, Vol V, p. 288.

<sup>664</sup> Cahiers du Tiers état de la Ville de Paris, Archives Parlementaires, Vol V, p. 288.

à celles qui amenaient les juges à prononcer *un hors de Cour*. Timide avancée de ce qui peut apparaître comme la reconnaissance d'un droit à l'innocence, circonscrit à une situation de quasi absolution, mais qui confirme la difficulté de se séparer d'une pratique judiciaire, ancrée dans les mœurs et néanmoins contraire à la reconnaissance d'un droit à l'innocence supposée.

Ces développements sur la nécessité de considérer le droit à l'innocence comme valeur à protéger durant toutes les phases du procès pénal, voire même de reconnaître une innocence présumée se retrouvent également, à plusieurs reprises, dans le Cahier de doléances rédigé en commun par les trois Ordres du bailliage de LANGRES <sup>(665)</sup>. Aspirant comme d'autres à une réforme profonde de cette législation criminelle <sup>(666)</sup>, ils entendent mettre en évidence que les mesures d'emprisonnement prises immédiatement à l'encontre de l'accusé dès l'Ordonnance de prise de corps <sup>(667)</sup>, constituent, outre qu'elles ruinent sa vie <sup>(668)</sup> ou portent atteinte à son honneur et à sa dignité comme l'avait déjà décrit certains écrivains des Lumières <sup>(669)</sup>, une

---

<sup>665</sup> Sur la problématique posée par l'exacte valeur de ce cahier, nous renvoyons à la note n° 646.

<sup>666</sup> *"La première, la plus importante de toutes les réformes que sollicitent, depuis si longtemps, les vœux multipliés de vos sujets, que la justice de Votre Majesté s'est occupé plusieurs fois de leur procurer, et qu'ils attendent avec impatience de l'assemblée et de leurs représentants, est celle de la procédure, et surtout de la procédure criminelle"*, Cahiers communs des trois ordres du Bailliage de LANGRES, Archives Parlementaires, Vol 3, p. 442.

<sup>667</sup> *Les accusés qui auront été arrêtés, seront incessamment conduits dans les prisons, sans pouvoir être détenu en maison particulière...*, Ordonnance criminelle de 1670, Titre X, article 12. Cette mesure se poursuivait lors du règlement à l'extraordinaire, *Les accusés contre lesquels, il y aura originellement un décret de prise de corps, seront en prison pendant le temps de la confrontation...*, Ordonnance criminelle de 1670, Titre XV, article 12.

<sup>668</sup> *"Mais l'humanité se soulève contre affreuse pensée, que ce n'est pas une punition de priver un citoyen du plus précieux de ses biens, de le plonger ignominieusement dans le séjour du crime, de l'arracher à tout ce qu'il a de cher, de le précipiter peut-être dans sa ruine, et d'enlever, non seulement à lui, mais à sa malheureuse famille, tous les moyens de subsistance"*, Cahiers communs des trois ordres du Bailliage de LANGRES, Archives Parlementaires, Vol 3, p. 444.

<sup>669</sup> *"ces noirs cachots où la lumière du jour ne pénètre jamais, & sous des traits défigurés contemplez vos semblables, meurtris de leurs fers, à demi couverts de quelques lambeaux, infectés d'un air qui ne se renouvelle jamais & semble s'imbiber du venin du crime, rongés vivants des mêmes insectes qui dévorent les cadavres dans leurs tombeaux"*, SERVAN (Michel), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M.S\*\*\**, p. 39.



mesure judiciaire inutile (<sup>670</sup>), et qui de fait constitue un jugement par anticipation. Plus précisément, les rédacteurs de ce cahier estiment que l'emprisonnement préventif porte atteinte à l'innocence de l'accusé car "*La justice réclame aussi contre tout emprisonnement qu'elle n'exige pas. Si l'accusé est innocent, et il doit être réputé tel jusqu'à ce que le crime soit prouvé, on lui inflige un malheur qu'il n'a pas mérité*" (<sup>671</sup>). Plus précisément se trouve mis en évidence le fait que la détention provisoire de l'accusé crée les conditions d'une culpabilité supposée que celui-ci aura toutes les peines à combattre. La force de cette obligation marque ici la caractéristique de ce qui apparaît comme un véritable principe procédural.

Continuant leurs critiques, les rédacteurs de ces cahiers mettent en évidence le déséquilibre procédural que l'Ordonnance criminelle de 1670 a instauré au détriment de l'accusé et au profit de l'accusateur. Empruntant alors aux écrits du chancelier D'AGUESSAU, ils rappellent que celui-ci écrivait que "*la loi qui présume toujours l'innocence, et qui craint de découvrir le crime, ne doit pas souffrir que l'accusateur puisse tout dans le temps que l'accusé ne peut rien*" (<sup>672</sup>). Par ailleurs, lorsqu'ils en viennent à stigmatiser l'usage de la sellette (<sup>673</sup>), les rédacteurs de ce cahier marquent encore cette nécessité de protéger une innocence présumée mise à mal par ce dernier interrogatoire rendu très inconfortable pour l'accusé puisque selon eux "*La loi présume que l'accusé est innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné; Pourquoi donc le traite-t-elle en coupable en lui faisant subir l'humiliation de comparaître sur la*

---

<sup>670</sup> "L'Ordonnance de 1670 autorise à décerner prise de corps contre les domiciliés, même pour les crimes qui doivent être punis de peines infamantes ; comme si on avait besoin de la présence d'un accusé pour lui faire subir de pareilles peines. Que l'on assure à la justice ses victimes, et que l'on prévienne la fuite de ceux qui auraient intérêt à se soustraire à ses châtiments ", Cahiers communs des trois ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 443.

<sup>671</sup> Cahiers communs des trois ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 444.

<sup>672</sup> Cahiers communs des trois ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, p. 444.

<sup>673</sup> "Cette flétrissure déplacée et même dangereuse, puisqu'elle peut ôter à un malheureux la tranquillité d'esprit si nécessaire à sa défense ", Cahier commun des trois ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 445

*sellette*"<sup>(674)</sup>). Se construit sur ce dernier point un mécanisme qui consacre l'idée que la culpabilité supposée doit disparaître au profit d'une innocence présumée, ce qui permettrait, parce qu'il esquisse un regard juridique différent porté sur l'accusé, de promouvoir de réels droits de la défense. Ces évocations parcellaires mais réitérées à plusieurs reprises, de ce qu'il existerait une innocence qui se doit d'être présumée lorsque l'on est soupçonné puis accusé, marque néanmoins l'émergence d'un principe procédural en devenir.

## **B. Les premiers promoteurs d'une présomption d'innocence**

En considérant la situation de l'accusé dans le temps procédural de l'instruction, les cahiers de doléances des Bailliage de LANGRES et de PARIS transcrivent ce constat récurrent que la procédure criminelle telle que fixée par l'Ordonnance criminelle de 1670 ne remplissait aucunement cette fonction originelle, qui consistait à fixer la vérité judiciaire <sup>(675)</sup> tout en protégeant l'accusé qui, objet de poursuites judiciaires, se trouvait placé sous mains de justice. Hormis la différence d'écriture que ces deux cahiers utilisent pour exprimer leurs doléances en cette matière particulière, leur rédaction respective peut être considérée comme le soubassement de ce qui deviendra le principe de la présomption d'innocence.

Indépendamment du silence sur une description concrète de ce mécanisme procédural en tant que tel, il faut cependant relever que ces deux cahiers évoquent une fiction juridique ou plus précisément reconnaissent à l'accusé le bénéfice d'un statut procédural qui ne prendra fin que lorsque les juges, réunis en Chambre du conseil, auront définitivement statué sur sa culpabilité. C'est au moment où ceux-ci en rapporteront la preuve que l'accusé ne sera

---

<sup>674</sup> Cahier commun des trois ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 445.

<sup>675</sup> "L'objet de la procédure est de connaître le coupable ; elle manque également à son but, lorsqu'elle ôte à l'innocent sa défense, et lorsqu'elle fournit des ressources au criminel. Sans doute l'un de ces deux vices est plus déplorable que l'autre", Cahier commun des trois ordres du Bailliage de LANGRES, *Archives Parlementaires*, Vol 3, p. 443.

plus présumé innocent. Dès son arrestation, celui qui est soupçonné puis accusé d'avoir commis un crime, doit bénéficier d'un a priori favorable qui équivaut à une fiction juridique, et dont la conséquence sera de modifier le regard que le juge posera sur l'accusé. Plus précisément, tant que la décision ne sera pas définitive, ce dernier ne sera pas considéré comme un criminel supposé.

Cependant, la lecture du seul cahier de doléances du Bailliage de LANGRES ne laisse pas sans questionnement. En effet, le texte indique, dans les premiers termes qu'il nous faut rappeler, que "*la loi présume que l'accusé est innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné*". Ce passage laisse ici entendre que le principe d'une innocence présumée protégerait l'accusé et qu'il s'imposerait au juge. Sans qu'il soit donné d'explication sur ce principe, les rédacteurs de ce cahier semblent, suivant le ton relativement ferme employé dans leur rédaction, qu'il existerait un principe normatif supérieur, car énoncé par *la loi*, et qui garantisse à l'accusé un statut procédural protecteur tant qu'une décision n'est pas intervenue.

Par ailleurs, le cahier de doléances du Bailliage de PARIS évoque indirectement son vœu dans une dénonciation, certes minimale, des conséquences d'une preuve légale incomplète, et notamment la possibilité pour les juges de prononcer un *Renvoi Hors de cour*, c'est à dire cette absolution médiane distincte du *Renvoi hors d'accusation* "*qui emporte totalement l'accusation du crime, même la suspicion & le doute sur l'entière innocence de l'accusé*"<sup>(676)</sup>. Même si les rédacteurs passent sous silence le jugement de *plus amplement informé* qui aboutissait à maintenir l'accusé dans les liens de la prévention, cet article esquisse néanmoins le principe d'une règle de conduite procédurale qui s'impose au juge. Pour les représentants du Tiers Etat de PARIS, si la preuve s'avère insuffisante ou incomplète, suivant les canons fixés par le Droit savant, les juges devront abandonner cette

---

<sup>676</sup> ROUSSEAU de la COMBE (Guy), *Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent*, p. 577.

pratique qui consistait à condamner, alors qu'ils n'avaient pas obtenu de preuve légale.

On voit donc que les rédacteurs de ces cahiers de doléances cherchent à garantir l'innocence de l'accusé, et ce, pour répondre aux souvenirs marquants des scandales judiciaires qui avaient pour origine ces erreurs judiciaires, conséquence selon les détracteurs de l'Ordonnance criminelle, d'une application conjointe de ce texte et de la preuve légale. Cependant, il faut remarquer que l'évocation de ce principe demeure incomplète puisque n'est pas désigné celui qui doit rapporter la preuve, pas plus que n'est décrit le système réflexif mis en application pour démontrer et fixer de manière définitive la culpabilité de l'accusé. La règle du doute reste ignorée bien que le principe d'une fiction, qui en est consubstantiel, soit envisagé.

Pour autant, nous ne pouvons en tirer la conséquence, comme cela a été retenu par Jacqueline ANCEL, que les doléances réclamaient la reconnaissance du principe de la présomption d'innocence <sup>(677)</sup>. Les sondages effectués dans la *collection des documents inédits sur l'histoire économique de la révolution française* publiés par le ministère de l'instruction publique entre la fin du XIX<sup>ème</sup> et le début du XX<sup>ème</sup> siècle, et qui regroupent l'ensemble de ces cahiers de doléances, ainsi que dans les *Archives parlementaires*, ne traduisent pas la volonté de poser le principe de la présomption d'innocence dans son acception moderne, c'est-à-dire comme le principe directeur du procès pénal, mais plutôt de protéger la liberté individuelle dont bénéficie un accusé, de l'application conjointe de l'Ordonnance criminelle de 1670 et du système de la preuve légale. Ceci explique que cette présomption d'innocence

---

<sup>677</sup> "le troisième principe que l'on souhaite voir reconnu par les Etats généraux concerne les garanties indispensables que l'on doit accorder à tout accusé, et principalement la présomption d'innocence [...] il faut renverser la charge de la preuve et introduire dans le domaine du droit pénal un nouvel état d'esprit, une conception nouvelle selon laquelle l'accusé ne doit être réputé criminel que lorsqu'il est convaincu", ANCEL (Jaqueline), *La politique criminelle de l'assemblée constituante*, Thèse Droit, Paris, 1966, p.56, les deux autres principes évoqués par cet auteur résideraient dans la nécessaire "codification claire et uniforme à la place de la multiplicité de textes compliqués et confus" mais aussi dans l'abolition des Lettres de cachet puisqu'il sera demandé que "la législation nouvelle assure et garantisse la liberté individuelle", *La politique criminelle de l'assemblée constituante*, p. 52-56.

soit évoquée de façon parcellaire, lorsque l'accusé est enfermé dans une solitude pesante dès son emprisonnement et durant l'instruction, et non dans le cadre d'une réflexion nouvelle sur la preuve pénale. Cette volonté de voir consacrée, pour ce dernier, une situation juridique, dès le début de la procédure et jusqu'au jugement, conduit à penser que s'esquissent les prémices d'une présomption d'innocence. Le principe n'est pas en mouvement, il frémit. L'intérêt de ces derniers cahiers de doléances, et qui constituent de façon explicite les premières mesures à prendre pour améliorer la justice criminelle, réside dans une double articulation. Non seulement il faut encadrer la situation juridique de l'accusé en recourant à une fiction applicable durant tout le procès pénal, mais surtout elle doit revêtir un caractère légal qui en ferait une norme s'imposant à tous.

## **Section 2. Difficile élaboration du principe juridique : Les Projets de déclaration.**

La grande majorité des cahiers de doléances recense les préoccupations essentielles sur les modifications qu'il convenait d'apporter à la justice criminelle. Dans ce domaine, certains faisant preuve d'une grande maturité doctrinale, considèrent comme indispensable de reconnaître aux accusés des droits intangibles. Le relais s'opère au sein de la toute jeune Assemblée Constituante qui, avant d'engager son travail législatif, entend débattre sur la nécessité d'une Déclaration des Droits. Les projets déposés qui ignoreront la présomption d'innocence préciseront que la liberté doit bénéficier de garanties judiciaires (A) tandis que d'autres esquisseront les fondements d'une justice différente (B).

### **Paragraphe 1. Une liberté au centre des principes**

Pour une partie des rédacteurs de ces Cahiers de doléance (<sup>678</sup>), il paraissait indispensable, dans le cadre d'une réécriture des rapports entre le Roi et la

---

<sup>678</sup> Cf sur ce point l'ouvrage de Marcel GAUCHET, *La Révolution des Droits de l'homme*, p. 41 et sqq., et plus spécialement la note 1 de la page 42.

Nation et entre les hommes eux mêmes, de faire précéder toute constitution d'"une déclaration détaillée des droits essentiels des citoyens et de la nation, de ces droits qui ne doivent ou ne peuvent être abrogés par aucune loi humaine"<sup>(679)</sup>. Il s'agit de fixer les limites que le pouvoir de l'Etat ne saurait franchir, c'est-à-dire de poser les structures d'une société plus à même d'organiser et de respecter les droits de l'individu.

Néanmoins même si l'utilité d'une telle déclaration ne faisait aucunement l'unanimité <sup>(680)</sup>, les députés de l'Assemblée <sup>(681)</sup>, incités à travailler, comme le suggère Guy Jean Baptiste TARGET <sup>(682)</sup>, "*au grand œuvre de la*

---

<sup>679</sup> Archives Parlementaires, Vol 5, p. 538.

<sup>680</sup> Le Duc de LEVIS fait ainsi état de "*l'inutilité d'une déclaration des droits, capable de devenir dangereuse, parce que l'ignorance pourrait en abuser*", Archives Parlementaires, Vol 8, p. 322. On retrouve le même sentiment chez CHAMPION de CICE, Evêque de BORDEAUX qui "*soutient avec quelques députés que cette déclaration est pour le moment inutile*", Archives Parlementaires, séance du 1<sup>er</sup> août 1789, Vol 8, p. 322, mais aussi chez MALOUET, monarchiste intransigeant qui s'écrit "*que le moment où nous sommes exige plus d'action et de réflexion que de discours. La nation nous attend elle nous demande l'ordre la paix et des lois protectrices [...] c'est ainsi qu'une déclaration des droits peut être utile, ou insignifiante, ou dangereuse, suivant la constitution à laquelle nous serons soumis [...] et comme les droits de l'homme en société doivent s'y trouver développés et garantis, leur déclaration législative s'éloigne nécessairement de l'exposé métaphysique et des définitions abstraites qu'on voudrait adopter*", Archives Parlementaires, séance du 1<sup>er</sup> août 1789, Vol 8, p. 322-323, enfin pour LA LUZERNE, Evêque de LANGRES "*la constitution d'un empire n'a pas besoin d'une déclaration des droits. Le citoyen d'une république a les mêmes droits que le sujet d'une monarchie*" Archives Parlementaires, séance du 1<sup>er</sup> août 1789, Vol 8, p. 332.

<sup>681</sup> Le rappel bibliographique des constituants qui sera fait dans ce chapitre est tiré du *Dictionnaire des Constituants* d'Edna Hundie LEMAY, Paris, 1991.

<sup>682</sup> Guy Jean Baptiste TARGET, né à Paris le 17 décembre 1733, il décède à Molières (Seine et Oise) le 7 septembre 1806. Reçu avocat au Parlement de Paris le 6 juillet 1752, il signe le 1<sup>er</sup> décembre 1756 le mémoire rédigé par Elie de BEAUMONT en faveur de SIRVEN. Il plaidera par ailleurs pour des causes célèbres, notamment l'affaire de la Marquise d'ANGLURE sur la reconnaissance du droit naturel au mariage pour les protestants, ce qui lui permet de prendre part à la rédaction de l'édit du 17 novembre 1787 qui accorde, à ces derniers, l'établissement de l'état civil. Il sera également l'avocat du cardinal de ROHAN dans l'affaire du collier de la reine. Membre de la société des Trente en 1788, il est élu député de Paris Hors-Les-Murs et fait partie des comités de Rédaction, Judicature, Constitution et Législation criminelle. Elu secrétaire de l'Assemblée les 26 octobre 1789 et 10 novembre 1791 puis Président le 18 janvier 1790, il fait partie des orateurs de l'Assemblée Constituante. En 1791 il devient Haut-juré de la Seine. En 1792 il refuse de défendre Louis XVI, Juge au Tribunal de cassation de 1797 à 1806, il participe à l'examen du projet de code civil et sera membre du tribunal en charge de la rédaction d'un projet de code criminel.

*déclaration des droits arrêtés par tous les mandats*"<sup>(683)</sup>, entendent écrire un texte qui, exposant des droits fondamentaux ignorés par l'Ancien Régime (<sup>684</sup>), "*aura pour base relativement aux citoyens, la liberté, la sûreté des personnes et l'égalité la plus parfaite de tous les individus devant la loi et l'impôt, devant le roi et tous les dépositaires de l'autorité*"<sup>(685)</sup>. Il s'agissait d'inscrire, de manière intangible, les principes politiques, philosophiques et juridiques de l'homme dans son rapport à l'Etat.

Pour Antoine BARNAVE (<sup>686</sup>), un autre de ces députés qui constitueront le cercle de ces orateurs très présents dans l'hémicycle, "*il est indispensable de mettre à la tête de la Constitution une déclaration des droit dont l'homme doit jouir. Il faut qu'elle soit simplement, à portée de tous les esprits, et qu'elle devienne catéchisme national*"<sup>(687)</sup>. Même si l'exemple des Etats-Unis d'Amérique restait une référence (<sup>688</sup>), la jeune Assemblée entendait consacrer durablement "*la transcription des droits naturels, imprescriptibles, supérieurs*

---

<sup>683</sup> Archives Parlementaires, Vol 8, p. 135.

<sup>684</sup> Comme le souligne Marcel GAUCHET, "*l'idée était de mettre hors de discussion et d'atteinte une sphère des droits personnels et des libertés individuelles*", GAUCHET (Marcel), *La Révolution des Droits de l'homme*, Paris 1989, p.37.

<sup>685</sup> Archives Parlementaires, Vol 8, p. 538.

<sup>686</sup> Antoine Pierre Joseph Marie BARNAVE, il naquit à Grenoble le 21 octobre 1761 et meurt à Paris le 29 novembre 1793. Issu d'une famille de bourgeois protestants du Dauphinois, il s'installe à GRENOBLE, en 1737, pour y exercer la fonction de procureur avant d'acquérir une charge d'avocat consistorial. Député du Tiers état du Dauphiné le 2 janvier 1789, il signe le serment du Jeu de Paume et fait partie des fondateurs des Jacobins. Membre de cinq comités (Rédaction, Colonies, Avignon, Diplomatie et Révision de la Constitution), il s'impose à l'Assemblée Constituante comme le représentant du Parti patriote, et fait partie de ces orateurs qui participent activement aux débats. Président de la Constituante, le 25 octobre 1790, il souhaite conforter la monarchie constitutionnelle. Membre du Comité colonial, il s'inscrit dans une mouvance conservatrice puisqu'il fait adopter le décret sur le maintien des colonies le 8 mars 1790. De retour dans le Dauphiné, après une série d'échecs parlementaires, il sera arrêté le 19 août 1792, et guillotiné le 8 frimaire an II (29 novembre 1793).

<sup>687</sup> Archives Parlementaires, séance du 1<sup>er</sup> août 1789, Vol 8, p. 322.

<sup>688</sup> Comme le clame CHAMPION de CICE, Evêque de BORDEAUX, "*cette noble idée conçue dans un autre hémisphère, devait de préférence se transplanter d'abord parmi nous. Nous avons concouru aux événements qui ont rendu à l'Amérique septentrionale sa liberté : elle nous montre sur quels principes nous devons appuyer la conservation de la nôtre*", Archives Parlementaires, séance du 27 juillet 1789, Vol 8, p. 281.

à la volonté de la nation elle même"<sup>(689)</sup>, et notamment en droit pénal. Allaient se trouver concrétisés ceux des droits dont chaque citoyen accusé pouvait disposer face à l'autorité judiciaire.

C'est dans ces conditions que fut créée, par décret du 6 juillet 1789, le *Comité de Constitution* (<sup>690</sup>). Chargé de la rédaction de cette future déclaration, cet organe dont la fonction première consistait initialement à réorganiser le royaume de France, verra arriver durant les derniers jours du mois de juillet et le début du mois d'août 1789 une floraison de projets de déclarations de droit déposés sur le bureau de l'Assemblée Constituante. A la demande de Jean Nicolas DEMEUNIER (<sup>691</sup>), se trouve adjoint au *Comité de constitution*, initialement composé de trente membres puis par la suite de huit, un Comité de cinq membres (<sup>692</sup>), dont il fera partie, et qui comprendra également avec

---

<sup>689</sup> GODECHOT (Jacques), *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1989, p. 27.

<sup>690</sup> Il comprenait 30 commissaires élus par les bureaux de l'Assemblée Constituante à raison de 1 délégué par bureau. Le 14 juillet 1789 on lui substitue un comité composé de 8 membres pris dans les trois ordres, MOUNIER, SIEYES, LE CHAPELIER et BERGASSE pour le tiers état, CHAMPION de CICE et TALLEYRAND pour le clergé, CLERMONT-TONNERRE et LALLY-TOLLENDAL pour la noblesse. Le 12 août 1789 on adjointra à ce comité cinq nouveaux membres qui s'occuperont plus spécifiquement de la réception des projets de déclaration des droits de l'homme.

<sup>691</sup> Jean Nicolas DEMEUNIER, né à Nozeroy (Jura) le 15 mars 1751, il meurt à Paris le 7 février 1814. Arrivé à Paris en 1771 pour entamer une carrière littéraire, il traduit des récits de voyage anglais ou compile divers ouvrages. Secrétaire du Comte de Provence, Franc-maçon à la Loge des neuf sœurs, il fréquente les salons littéraires. Elu député du Tiers aux Etats généraux par la ville de Paris le 16 mai 1789, il signe le serment du Jeu de Paume. Un des orateurs de la Constituante dont il en devient le secrétaire le 14 septembre 1789, puis le Président le 22 décembre 1789. En 1792, il s'enfuit de Paris et séjournera pour partie aux Etats-Unis pour rentrer en France, le 12 novembre 1795 après avoir été nommé Professeur de législation morale à l'école centrale de DIJON le 8 juin 1795. Membre du Tribunat le 4 nivôse an VIII (25 décembre 1799), il en devint Président le 2 janvier 1800. Nommé à la sénatorerie de Toulouse le 28 septembre 1803, il sera créé Comte d'empire le 26 avril 1808 et grand officier de la légion d'honneur le 30 juin 1811.

<sup>692</sup> "Si l'on discute séparément dans l'Assemblée les divers projets de déclaration des droits, on perdra un temps considérable : en conséquence je demande l'établissement d'un comité, qui, après l'examen de ces divers projets, présentera lundi prochain une déclaration des droits qui sera soumise alors à la discussion de l'Assemblée, et je demande que les membres qui avaient proposé des projets de déclaration soient exclus de ce comité. Cette proposition est adoptée, et il est décidé en outre que ce comité sera composé de cinq membres", *Archives Parlementaires*, séance du 18 août 1789, Vol 8, p.451.



César Guillaume LA LUZERNE, Evêque de Langres (<sup>693</sup>), le Comte de MIRABEAU (<sup>694</sup>) mais aussi deux avocats, Claude RHEDON (<sup>695</sup>) et François Denis TRONCHET (<sup>696</sup>). Leur tâche consistait à recevoir, puis à examiner, l'ensemble de ces projets (<sup>697</sup>). Commencée à partir du 12 août 1789, leur lecture permet de circonscrire mais également de relever, certes de manière

<sup>693</sup> César Guillaume LA LUZERNE né le 8 juillet 1738 Paris et mort dans cette même ville le 21 juin 1822. Ordonné prêtre en 1762, il sera nommé Evêque Duc de LANGRES le 24 juin 1770. Elu député unique aux Etats généraux le 27 mars 1789, il en deviendra son président le 31 août 1789 pour démissionner de son poste le 7 décembre 1789. Il estime inutile une déclaration des droits de l'homme. Début 1791, il fait partie des ecclésiastiques qui adhèrent à la formule de serment à la constitution civile du clergé mais émigre, le 23 mars 1791, à Constance puis Wels, Vicence et enfin Venise. Rentré en France en 1814, il sera nommé cardinal le 27 juillet 1817, et honoré du titre de commandeur du Saint-Esprit le 30 septembre 1820.

<sup>694</sup> Honoré Gabriel RIQUETI, Comte de MIRABEAU, il naît le 9 mars 1749 à Bignon (Loiret) et meurt le 2 avril 1791 à Paris. A 17 ans, il entre dans la carrière militaire au régiment de Berry Cavalerie. En 1771, après la campagne de Corse, nommé capitaine il abandonne la carrière et se lance dans une vie aventureuse qui lui vaudra de faire l'objet d'une lettre de cachet et d'être emprisonné au château d'If en 1774 puis interné à Vincennes quelques années après. Il trouve dans ces événements les éléments qui lui font dénoncer la justice de son temps. Membre de la *Société gallo américaine* et de la *Société des amis des noirs*, il est cofondateur de l'école physiocratique. Son opposition à l'absolutisme étatique demeure farouche. Rejeté par son ordre, il se sera élu le 6 avril 1789, député du Tiers Etat de la Sénéchaussée d'Aix et prêter le serment du Jeu de Paume. Membre des comités de Rédaction, Militaire, Lettres de cachet, Avignon et diplomatique, il sera Président de la Constituante le 29 janvier 1791. Sa réputation sera cependant entachée après l'ouverture de l'Armoire de fer dans laquelle on découvrit sa correspondance avec la cour et les somme qu'il avait touchées.

<sup>695</sup> Claude REDON ou RHEDON, né à Ennezat (Puy de dôme) le 5 octobre 1738, il meurt à Riom le 7 août 1820. Avocat au Parlement de RIOM, député du Tiers Etat de Riom le 20 mars 1789, membre de quatre comités (Règlement, Féodal, Avignon, Liquidation) il est l'un des fondateurs du club des impartiaux avec MALOUE. Nommé Président du Tribunal d'appel de RIOM le 18 mai 1800, il sera le 1<sup>er</sup> Président de la Cour impériale de RIOM entre 1811 et 1818. Baron d'empire le 17 août 1810, il sera anobli par Louis XVIII le 6 septembre 1814.

<sup>696</sup> François Denis TRONCHET, il naît à Paris le 1762 et meurt dans cette même ville le 10 mars 1806. Avocat au Parlement de Paris, il devient Bâtonnier de l'Ordre le 1<sup>er</sup> janvier 1789. Député du Tiers Etat de la ville de Paris le 13 mai 1789 dont il signera le Cahier de doléance. Membre de six comités (Vérification, Féodal, Recherches, Constitution, Législation criminelle, Avignon), il assistera, avec DE SEZE et MALESHERBES, Louis XVI lors de son procès en se chargeant plus spécifiquement sur le principe de l'inviolabilité du Roi. Nommé en 1800 comme juge au Tribunal de Cassation dont il assurera par la suite la présidence, il sera l'un des quatre membres de la commission chargée de la rédaction du Code Civil. Nommé sénateur le 21 février 1801, il en deviendra le Président le 13 mars 1802.

<sup>697</sup> L'ensemble de ces déclarations, au nombre de 27, ont été regroupée dans un ouvrage de Christine FAURE, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789, Textes réunis et présentés par Christine FAURE*, Paris, 1988.

incomplète, ceux des droits qui établiront, de manière définitive, la liberté individuelle (<sup>698</sup>).

Il s'agit de permettre aux citoyens de pouvoir se réaliser dans une société qui s'affranchira des contraintes sociales et politiques de l'Ancien régime. La reconnaissance de droits fondamentaux incluant cette liberté (<sup>699</sup>) en constitue la meilleure expression. Parce que la justice pouvait en limiter l'exercice, les différents rédacteurs de ces projets évoquent notamment, par quelques développements, de nouvelles règles procédurales qui pourraient conduire le procès pénal. Toutefois, ils ne posent nullement de principes généraux en cette matière, se contentant d'esquisser les premiers contours d'une autre justice plus humaine et égale pour tous. Ce qui n'avait pas manqué de faire réagir les philosophes des Lumières, notamment sur la reconnaissance de véritables garanties judiciaires, mais aussi sur l'élaboration d'un droit à la défense, ne trouve pas de traductions effectives dans ces projets de déclarations des droits déposés sur le bureau de l'Assemblée Constituante.

Ces différents auteurs qui cherchent à redéfinir, et donc à retranscrire autrement le lien entre le citoyen et la société, restent silencieux sur les conditions dans lesquelles cette dernière peut temporairement limiter légalement l'exercice de la liberté. Bien que les Cahiers de doléance aient montré leur volonté de fixer des principes procéduraux qui encadreraient la marche du procès pénal, une césure s'est installée entre l'expression d'une volonté populaire pourtant explicite, et la reconnaissance de droits fondamentaux qui paraissent en retrait de ces aspirations.

---

<sup>698</sup> Ce que relève Adrien DUPORT quand il *"trouve que dans les différents projets que l'on nous a présentés, l'on n'a pas énoncé tous les droits essentiels, sans lesquels l'homme n'est pas essentiellement libre ; sans doute il est difficile de les saisir tous ; mais il semble que je pourrais les saisir plus facilement si je posais ainsi la question : Quels sont les droits avec lesquels vous êtes libres ou vous ne l'êtes pas"*, *Archives Parlementaires*, séance du 18 août 1789, Vol 8, p.399.

<sup>699</sup> Sur ce point la déclaration de Jacques Guillaume THOURET énonce que *"Tous les droits de l'homme se rapportent essentiellement à ceux de liberté, de propriété, et d'égalité civile"*, THOURET (Jacques Guillaume), *Projet de Déclaration des Droits de l'homme en société par M. THOURET, Député de Rouen*, Article VI.

Ainsi, le projet déposé par Guy Jean Baptiste TARGET et dont les principes seront ultérieurement repris dans la déclaration finale du 26 août 1789 <sup>(700)</sup>, ne s'attarde aucunement à définir ceux qui s'appliqueraient à la justice en général, et plus particulièrement à la justice criminelle. Un autre député du Tiers Etat de Normandie, Jacques Guillaume THOURET <sup>(701)</sup>, également avocat comme le précédent, estime devoir affirmer dans son projet de déclaration, que l'Etat ne peut arbitrairement porter atteinte à la liberté du citoyen <sup>(702)</sup>. Cette antienne constitue ainsi un viatique retrouvé dans une autre série de projets rédigés par certains constituants, plus ou moins connus, comme Jean Joseph MOUNIER <sup>(703)</sup>, Emmanuel SIEYES <sup>(704)</sup> mais également

---

<sup>700</sup> Outre le principe d'une liberté du citoyen dont l'exercice est limité à l'aune de celle des autres citoyens (art VII), il évoque le caractère sacré du droit de propriété (art XV à XIX), le rejet des privilèges (art XXII et XXIII), la consécration de la loi (art IX à XII et, XIII).

<sup>701</sup> Jacques Guillaume THOURET. Il naquit le 30 avril 1746 à Pont l'Evêque et fut exécuté à Paris le 22 avril 1794. Avocat au Parlement de Normandie, procureur syndic de l'Assemblée provinciale de Haute-Normandie d'août à décembre 1787. Rédacteur du cahier de doléances de Rouen, il est élu député de la ville et du bailliage de Rouen le 21 avril 1789 et signe le serment du Jeu de Paume. Membre des Comités de Rédaction, Législation criminelle, Constitution, et des Colonies, il est l'un des orateurs de la Constituante dont il sera à quatre reprises nommé Président. Il siège au Tribunal de cassation le 20 avril 1791 dont il devient président le 2 novembre de la même année pour être suspendu de ses fonctions après le 10 août 1792. Dénoncé par la Commune comme "royaliste déhonté", suspect sous la Terreur parce qu'il partageait les idées girondines, il fut arrêté le 25 brumaire an II (16 novembre 1793). Jugé le 3 floréal an III (22 avril 1794), il sera condamné à mort et exécuté le même jour.

<sup>702</sup> *"Nul ne peut être arrêté, exilé, détenu ou emprisonné en vertu des lettres de cachet, ou de tout autre ordre arbitraire en quelque forme, et sous quelque dénomination que ce soit", THOURET (Jacques Guillaume), Projet de Déclaration des Droits de l'homme en société par M. THOURET, Député de Rouen, article IX,*

<sup>703</sup> Jean Joseph MOUNIER, né le 12 novembre 1758 à Grenoble, il meurt le 26 juin 1806 à Paris. Avocat au Parlement de Grenoble en 1779, il achète une charge de Juge royal en 1783, fonction qu'il exerce en alternance avec la profession d'Avocat. Elu Député du Tiers Etat du Dauphiné le 2 janvier 1789, il participe au comité chargé de préparer la Constitution. Il devient secrétaire de l'Assemblée Constituante le 3 juillet 1789 et en deviendra le président le 28 septembre 1789. Il fait partie des orateurs de la Constituante. Emigrant en suisse en 1790, il part pour Londres en 1793 et devient précepteur d'un jeune anglais fortuné avec qui il parcourra l'Europe. Rentré en France en 1801, il sera nommé Préfet d'Ille et Vilaine le 13 avril 1802 puis sera nommé au Conseil d'Etat le 31 janvier 1805.

<sup>704</sup> Emmanuel Joseph SIEYES, né à Fréjus le 3 mai 1748, il décède le 20 juin 1836 à Paris. Secrétaire de Monseigneur de LUBERSAC, il le suivra lorsque ce dernier sera nommé évêque de Chartres. Il devient Vicaire général en 1780 puis accède au canonat en 1783. SIEYES représente son ordre à l'assemblée provinciale de Chartres mais sera élu député du Tiers Etat de la ville de

Charles François BOUCHE (<sup>705</sup>). Au travers de ce qui leur paraît être une nécessité première de cette nouvelle société qu'ils entendent ériger, se trouve fustigé, l'usage des lettres de cachet, pratique certes emblématique de l'arbitraire judiciaire mais également, par voie de conséquence, symbole certain de l'étouffement d'un droit à l'innocence.

Est ainsi esquissé le principe que le citoyen ne peut se voir ni gêné, ni entravé dans l'usage qu'il fait de sa liberté. Seule, la loi pourra en réglementer son exercice (<sup>706</sup>). Une telle expression relativement vague de nouveaux principes procéduraux en matière de justice criminelle recueille le même écho chez Joseph Michel Antoine SERVAN. Malgré tout l'intérêt qu'il montre pour la philosophie des lumières dans le discours prononcé en 1776, l'ancien avocat au Parlement de Grenoble se contente de préciser simplement que la liberté du citoyen ne sera réellement effective que si les lois criminelles trouvent un point d'équilibre entre la répression de l'infraction poursuivie et la protection de celui que se trouve accusé (<sup>707</sup>). La procédure pénale qui encadre et

---

Paris le 19 mai 1789. La même année, il publiait *Qu'est ce que le Tiers état* où il affirmait la suprématie de la nation représentée par le Tiers état. Un des orateurs de la Constituante. Membre du Comité de salut public, il accédera à la présidence de la Convention en 1795. Président du Conseil des Cinq-cents, puis du directoire en 1799, il sera nommé Consul provisoire avec Bonaparte et Ducos. Président du Sénat du 23 décembre au 4 août 1802, il votera la déchéance de Napoléon le 3 avril 1814.

<sup>705</sup> Charles-François BOUCHE, né le 17 août 1737 à Allemagne-de-Provence (Alpes de haute Provence), il meurt à Paris le 9 août 1795. Avocat au Parlement d'Aix et député de la Sénéchaussée d'Aix le 6 avril 1789, il signe le serment du Jeu de Paume. Nommé au premier Comité de Constitution, il fera également partie des Comités de Vérification et de Recherches. Par la suite il sera membre des Comités de Décrets, Avignon et Judicature. On lui prête plus de cent seize interventions, durant les sessions de la Constituante. Il sera élu par les Bouches du Rhône au Tribunal de Cassation qui siégeait à PARIS d'avril 1791 à 1795.

<sup>706</sup> Dans son projet MOUNIER écrit que "*Nul ne peut être arrêté ou emprisonné qu'en vertu de la loi, avec les formes qu'elle a prescrites, et dans les cas qu'elle a prévu*", MOUNIER (Jean Joseph), *Déclaration de l'homme et du citoyen par M. MOUNIER*, article XI, Versailles, 1789. Pour SIEYES le citoyen qui doit se soumettre à la loi "*ne doit être appelé en justice, saisi et emprisonné, que dans les cas prévus, et dans les formes déterminées par la loi*", dans ces conditions, "*Tout ordre arbitraire illégal est nul celui ou ceux qui l'ont demandé, celui ou ceux qui l'ont signé sont coupables...*", SIEYES (Emmanuel Joseph), *Déclaration des droits de l'homme en société*, article XX, Versailles, 1789.

<sup>707</sup> "*Les lois criminelles se rapportent à la liberté civile, lorsque tout homme innocent peut agir sans craindre un châtiment injuste, et lorsque tout homme coupable peut être jugé sans craindre un châtiment excessif*", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Pprojet de déclaration proposé aux*

organise le rapport antagoniste entre l'accusé et l'autorité judiciaire qui poursuit ou accuse, n'intègre pas de principes explicites, dont la nature serait de dépasser les règles contingentes fixées par la loi. Le premier regard que l'on puisse porter sur certains de ces projets révèle une absence d'adéquation entre la volonté effective de réformer la justice criminelle et sa traduction sous la forme d'une élaboration de principes qui précisent, durant le procès pénal, le rôle et la place de chacune des parties. Néanmoins, il faut reconnaître que d'autres rédacteurs exposent véritablement des principes en matière de justice criminelle.

C'est ainsi que Jérôme PETION de VILLENEUVE (<sup>708</sup>) entend définir, dans sa *déclaration des droits de l'homme*, les cadres juridiques qui garantiront l'exercice d'une liberté, restreinte uniquement dans les seules dispositions de la loi (<sup>709</sup>). Il pose ce principe que toute mesure de coercition, prise initialement à l'encontre d'un citoyen, sera préalablement soumise à l'examen d'un tribunal. De même considère t-il que, pour les infractions légères, la liberté doit être le principe, et la détention, l'exception. Mais surtout, il énonce que l'accusé doit pouvoir disposer de moyens pour combattre les accusations lancées contre lui mais surtout qu'il ne pourra être jugé que par

---

*Députés des communes aux Etats-Généraux de France ; Par M. SERVAN, ancien Avocat-Général au Parlement de Grenoble, article 11, alinéa 3.*

<sup>708</sup> Jérôme PETION de VILLENEUVE, né le 3 janvier 1756 à Chartres, il meurt le 18 juin 1794 à Saint Magne (Gironde). Avocat au Barreau de CHARTRES, Subdélégué de l'intendant d'ORLEANS à CHARTRES, élu député du Tiers Etat de cette ville le 20 mars 1789 il signe le serment du Jeu de Paume. Membre de cinq Comités de l'Assemblée Constituante (Rédaction, Constitution, Recherches, Avignon, Révision de la constitution) dont il sera le secrétaire à deux reprises, il en sera le Président le 4 décembre 1790. Membre de la Société les amis des noirs, il entre au club des Girondins qu'il présidera à partir du 3 août 1791. Il fut choisi pour être l'un des Commissaires qui ramenèrent la famille royale à PARIS après sa fuite. Maire de Paris le 14 novembre 1791 en remplacement de Bailly, il sera suspendu de ses fonctions après les événements du 20 juin 1792. Elu à la Convention nationale en 1792, il en est l'un des chefs girondins. Le 9 juin 1793 décrété d'arrestation il s'enfuit à Caen avec Buzot, député du Tiers état d'Evreux, proche de Madame Roland et l'un des *démocrates les plus avancés de la Constituante*. Traqué sans relâche, il quitte Saint-Emilion, où il s'était réfugié avec Buzot et Barbaroux le 30 Prairial an II, pour se donner la mort avec ses amis.

<sup>709</sup> "La liberté des citoyens doit être sacrée et ne doit avoir d'autres limites que celles fixées par les lois qu'ils ont consenties", PETION de VILLENEUVE (Jérôme), *Déclaration des droits de l'homme, remise dans les bureaux de l'Assemblée nationale par M. Peytion de Villeneuve, Député de Chartres*, article 11.

ses pairs (<sup>710</sup>). Droits de la défense, jugement par jury et garanties juridictionnelles constituent ici les premières transcriptions des principes évoqués dans les Cahiers de doléance en matière de justice criminelle.

Adrien DUPORT (<sup>711</sup>) amplifiera la portée de ces doléances en posant toute une série de cadres protecteurs dont bénéficiera l'accusé. Le principe de légalité et de rétroactivité (<sup>712</sup>), le droit pour tout citoyen de ne pas obéir à des ordres ou des injonctions qui viendraient injustement attenter à sa liberté (<sup>713</sup>), l'utilitarisme de la sanction pénale, la publicité de l'instruction criminelle, la proportionnalité des peines aux faits poursuivis, l'encadrement des mesures de détention préventive (<sup>714</sup>), le devoir de se soumettre impérativement aux

---

<sup>710</sup> "un citoyen ne doit être arrêté et détenu en captivité, que par le jugement d'un tribunal régulier, et dans tout délit qui n'est pas capital, il est juste de lui laisser la faculté d'offrir une caution pour sa délivrance ; il est également juste qu'il ne soit pas privé de l'usage des moyens qui peuvent préparer et établir sa justification, et il ne doit jamais être jugé que par ses pairs", PETION de VILLENEUVE (Jérôme), *Déclaration des droits de l'homme, remise dans les bureaux de l'Assemblée nationale par M. Peytion de Villeneuve Député de Chartres*, article 15, Paris, 1789.

<sup>711</sup> Adrien Jean François DUPORT, né le 5 février 1759 à Paris, il meurt à Appenzell (Suisse) le 2 août 1798. Avocat au Parlement de Paris, il appartient à l'aristocratie parlementaire ; son père, son grand père et son oncle y occupèrent la place de Conseillers, fonction à laquelle il fut également reçu en 1778. Il est l'un des fondateurs de la société mesmérienne de l'Harmonie universelle. Par ailleurs il fut membre de la Société des Trente qui, comme Société de pensée active à la veille de la Révolution, devait regrouper quelques figures marquantes de cette période, et notamment MIRABEAU, SIEYES, TARGET, LE CHAPELIER, Alexandre et Charles LAMETH, DUPONT DE NEMOURS. Elu député de la Noblesse de Paris le 14 mai 1789, il est de ceux qui prendront le plus souvent la parole. Elu Président du Tribunal criminel de Paris, il en refusera le poste le 6 juin 1791 mais sera à nouveau élu Président du Tribunal criminel de la Seine, fonction dont il démissionnera en août 1792. Décrété d'arrestation par la Commune de Paris le 28 août 1792, il sera arrêté le 3 novembre 1792 mais libéré sur l'ordre de DANTON. Emigrant en Angleterre où il rejoint LAMETH, il ne reviendra en France qu'après le 9 Thermidor, pour de courts séjours et décédera en Suisse quelques temps après.

<sup>712</sup> "Ainsi nul homme ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est en vertu d'une loi antérieurement établie dans les formes qu'elle aura prescrites...", DUPORT (Adrien), *Projet d'une déclaration des droits. Par M. DUPORT, Député à l'Assemblée Nationale*, Paris, 1789, article VII.

<sup>713</sup> "Tout ordre arbitraire ou illégal tendant à priver un homme de sa liberté est une violence. Toute violence contraire pour en empêcher l'exécution est légitime...", DUPORT (Adrien), *Projet d'une déclaration des droits*, article VIII.

<sup>714</sup> "Pour contraindre à l'exécution des décrets de la volonté générale, la loi doit établir des peines ; ces peines ont pour but de préserver des délits et de corriger les coupables. [...] Toute rigueur qui serait au delà est une violation du droit des hommes ; par les mêmes raisons

citations à comparaître (<sup>715</sup>) montrent ici le rôle effectif de celui qui marquera de son empreinte le futur article 9 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* adoptée le 26 août 1789.

Cette série de projets traduit pour l'essentiel une volonté affichée de protéger la liberté individuelle, et donc d'encadrer les atteintes que l'Etat serait susceptible de lui porter. Pour ces hommes, seule la loi, et dans des conditions strictement encadrées, peut restreindre et même suspendre l'exercice de cette liberté. Toutefois, il faut cependant relever que ceux-ci demeurent discrets sur les principes qu'il conviendrait de consacrer à la justice criminelle alors que ce sujet constituait un des thèmes récurrents des Lumières. Certains tentent de dépasser cette seule critique ponctuelle des travers et des abus de la justice criminelle de l'Ancien régime. En esquissant les premiers plans d'un autre procès pénal, ils rompent partiellement avec une procédure qui isolait l'accusé et le rendait plus vulnérable face au juge. Pour autant, ils n'évoqueront pas le principe de la présomption d'innocence dans sa dimension procédurale, c'est-à-dire ce mécanisme qui régule les rapports entre l'accusé et l'accusateur.

## **Paragraphe 2. L'esquisse d'un procès pénal rééquilibré mais silencieux sur la présomption d'innocence**

Bien que le discours ambiant soit propice à une évolution de la justice criminelle, une traduction sous la forme de principes intangibles reste toutefois difficile. Cependant, certains de ceux qui pensèrent une Déclaration des Droits de l'Homme font montre d'un intérêt réel pour la chose pénale qui s'inscrit dans ce travail de rédaction de droits reconnus à tous. Un député des Etats généraux du Dauphiné, Alexis François PISON du GALLAND (<sup>716</sup>),

---

*l'instruction doit être publique*", DUPORT (Adrien), *Projet d'une déclaration des droits*, art XV.

<sup>715</sup> "Ainsi tout citoyen cité, au nom de la loi, devant un tribunal, doit obéir à l'instant...", DUPORT (Adrien), *Projet d'une déclaration des droits*, article XIV.

<sup>716</sup> Alexis François PISON du GALLAND, Il naît à Grenoble le 23 février 1747 et meurt dans cette même ville le 31 janvier 1826. Avocat, Lieutenant en la juridiction épiscopale, il devient le 13 février 1786 avocat consistorial et juge épiscopal à Grenoble. Elu député du Tiers Etat du Dauphiné aux Etats Généraux le 2 janvier 1789, il fait partie des orateurs de la Constituante. Il est nommé

considérant qu'"une déclaration des droits [...] fixeroit les idées sur des principes constans de prospérité générale [...], et n'assureroit pas seulement les droits des hommes en préparant de bons établissemens, mais les en feroit jouir dans la concorde avec toute la plénitude de leurs facultés"<sup>(717)</sup>, consacre-t-il dix articles de son projet à dessiner le cadre d'un autre procès pénal dans lequel l'accusé pourrait bénéficier de droits lui permettant d'assurer sa défense. Ce dernier expose ainsi que des juges élus <sup>(718)</sup> ne se décideront définitivement sur la culpabilité d'un accusé qu'à la suite d'une procédure contradictoire <sup>(719)</sup>. L'accusé entendu et assisté d'un conseil <sup>(720)</sup> se verra confronté à ses accusateurs <sup>(721)</sup>. Seuls des jurés <sup>(722)</sup>, susceptibles d'être

---

président du Tribunal de Grenoble le 7 décembre 1792. Député de l'Isère sous le Directoire, il est nommé au Conseil des Cinq-Cents dont il sera secrétaire et qu'il présidera le 21 mars 1798. Il sera nommé le 1<sup>er</sup> juin 1800 juge au tribunal d'appel de Grenoble, puis conseiller à la Cour impériale en 1811, et enfin conseiller à la Cour royale le 22 mars 1816.

<sup>717</sup> PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale, Versailles, 1790, p.2.

<sup>718</sup> "L'application des peines prononcées par les Lois, la décision particulière des questions d'intérêt qui s'élèvent entre les Citoyens, nécessitent l'établissement d'officiers judiciaires. Ces officiers doivent avoir la conscience des personnes à qui ils ont à rendre la justice. Ainsi ils doivent être élus par les Peuples de leur ressort", PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale, article XXI.

<sup>719</sup> "La base essentielle de tout jugement est que toute Partie intéressée soit pleinement entendue et reçue à contredire tout ce qu'on lui oppose", PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale, article, XXIII alinéa 1.

<sup>720</sup> "Toute personne a le droit de s'étayer de Conseils", PISON du GALLAND, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale, Art XXIII alinéa 2.

<sup>721</sup> "Tout accusé a droit à la confrontation personnelle des témoins qui lui sont opposés, PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale, article XXIII alinéa 2.

<sup>722</sup> "La vérification d'un fait étant à la portée de tous les esprits et du ressort de toutes les consciences droites, il est avantageux à l'égalité sociale, que dans tous les cas où il échoit de prononcer une peine, la contravention soit reconnue et déclarée par des Jurés ou Prud'hommes nommés et assermentés par les juges, parmi les pairs de l'accusé", PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale, article XXV alinéa 2.



récusés (<sup>723</sup>) pourront le condamner ou l'innocenter dès lors que tous en auront ainsi décidé (<sup>724</sup>).

Dans cette déclaration qui expose les prémices de ce qui deviendra la loi des 16-29 septembre 1791, PISON du GALLAND exprime, sans ambiguïté, tout l'attrait que le droit pénal anglais exerçait en cette fin de siècle. Le jury constitue, selon lui, la seule garantie pour éviter toute erreur judiciaire, car la décision devra être prise dans le cadre d'un consensus total. La nature de cette décision qui traduit de fait l'existence d'une évidence, marque de la certitude humaine, exclut le doute. Le seul fait de poser le principe d'une condamnation à l'unanimité doit être considéré comme le véritable moyen de protéger l'accusé d'une décision éventuellement fondée sur une erreur. Ces nouveaux principes caractérisent l'émergence d'un autre procès pénal où s'inscrit une reconnaissance plus concrète des droits de la défense, et où s'exprime toute l'importance que revêt le droit à l'innocence.

On assiste ici à une rupture avec le procès criminel de l'Ancien Régime qui n'avait d'autre but que de démontrer la culpabilité. Comme le précise Alexis François PISON du GALLAND, "*l'innocence comme le crime intéressent la société toute entière*"(<sup>725</sup>). Le constat est qu'il convient de repositionner plus favorablement la place de l'accusé dans la procédure criminelle. Pour autant, si la présomption d'innocence n'est pas explicitement évoquée, la philosophie qui préside à la rédaction des articles de cette déclaration, et dont l'auteur appartient au milieu judiciaire, montre néanmoins une évolution réelle dans

---

<sup>723</sup> "Il importe à la sûreté des accusés qu'ils puissent facilement récuser les Jurés qu'ils leur seroient justement suspects", PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale*, article XXV alinéa 2.

<sup>724</sup> "Un fait ne pouvant pas être vrai pour un homme intègre et raisonnable, les Jurés doivent se réunir à l'unanimité sur le crime ou l'innocence de l'accusé, et exprimer cette unanimité dans leur déclaration", PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale*, article XXVI.

<sup>725</sup> PISON du GALLAND (Alexis François), *Déclaration des droits de l'homme par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale*, article XXVI.

l'encadrement du procès pénal par la transformation de son objet, qui, de répressif passe au punitif. La protection des intérêts de la société passe nécessairement par la prise en considération des intérêts de l'accusé, c'est à dire par la mise en place de contrepoids qui rééquilibrent le rapport entre l'accusé, celui qui accuse et celui qui juge.

Un autre constituant, Arnaud-Raymond GOUGES-CARTOU (<sup>726</sup>) qui avoue toutefois avoir "*fait principalement usage du recueil des constitutions américaines et des projets de MM l'Abbé Sieyès et Mounier, et de celui qui a été discuté dans le sixième bureau*"(<sup>727</sup>), développe également, dans une écriture identique, la marche d'un autre procès pénal qu'il expose, pour partie, dans une déclaration au caractère didactique de soixante douze articles. Se trouvent ainsi inscrits les droits de la défense (<sup>728</sup>), le principe pour le juge de ne pas interpréter personnellement la loi mais simplement de l'appliquer (<sup>729</sup>), mais également le principe du jugement par jury (<sup>730</sup>)

---

<sup>726</sup> Arnaud-Raymond GOUGES-CARTOU, né le 22 janvier 1738 à Moissac, sa date de décès demeure inconnue. Négociant à Moissac, Franc-maçon à la loge Saint Jean, il est élu député du Tiers Etat pour Cahors et Montauban le 23 mars 1789 et signe le serment du Jeu de Paume. Membre du Comité des Subsistances et du Comité des Finances, il quitte la France en 1790 pour Baltimore (Etats-Unis) où on perd sa trace.

<sup>727</sup> GOUGES CARTOU (Aranud), *Projet de déclaration de droits ; Par M. GOUGES-CARTOU, Député des six sénéchaussées du Quercy*, Versailles, 1789, Avertissement, p.7.

<sup>728</sup> "*Aucun citoyen ne peut être tenu de répondre pour un délit quelconque, à moins qu'il ne lui soit énoncé pleinement et clairement, substantiellement et formellement ; il ne peut être contraint de s'accuser ou de fournir des preuves contre lui-même. Il a au contraire le droit de produire toutes celles qui peuvent lui être favorables, d'être confronté face à face avec les témoins, et d'être entendu pleinement dans sa défense, par lui-même, ou par un conseil de son choix*", GOUGES CARTOU (Aranud), *Projet de déclaration de droits ; Par M. GOUGES-CARTOU, Député des six sénéchaussées du Quercy*, article XLIII.

<sup>729</sup> "*Le juge ne doit, dans aucun cas, substituer sa volonté privée à la volonté générale ; une impartialité parfaite doit être son caractère ; il doit être uniquement l'organe de la loi*", GOUGES CARTOU (Aranud), *Projet de déclaration de droits ; Par M. GOUGES-CARTOU, Député des six sénéchaussées du Quercy*, article XLI.

<sup>730</sup> "*Ce n'est donc pas au juge à constater les faits ; ce soin doit être réservé à des jurés, choisis librement par les parties, sur une liste dressée antérieurement en vertu de la loi*", GOUGES CARTOU (Aranud), *Projet de déclaration de droits ; Par M. GOUGES-CARTOU, Député des six sénéchaussées du Quercy*, article XLII.

Cette problématique intéresse également un autre constituant, François-Louis LEGRAND de BOISLANDRY (<sup>731</sup>). Dans les *Divers articles proposés pour entrer dans la déclaration des droits*, ce représentant d'un milieu étranger à la chicane et au droit, et qui s'inspire des idéaux des Lumières et des vœux exprimés dans les Cahiers des Etats généraux, confirme à nouveau tout l'engouement pour un système procédural plus protecteur des intérêts de l'accusé. On retrouve ce principe que l'accusé puisse se faire assister par un avocat et qu'il soit aussi en mesure d'avoir une défense effective en produisant, dans le cadre d'un débat public, toutes les preuves susceptibles de combattre l'accusation portée contre lui (<sup>732</sup>). Ce dernier, pose également le principe que la détention provisoire ne sera effective qu'à la suite d'une décision rendue par un jury populaire (<sup>733</sup>). Enoncer que toute privation de liberté, même temporaire, se trouve soumise à une décision prise collectivement, sans qu'il en décrive les conditions, constitue une innovation qui marque une différence certaine par rapport aux autres projets demeurés silencieux sur ce point.

Toutefois, si le statut de l'accusé n'est aucunement défini, c'est à dire si le droit à être présumé innocent ne participe pas de cette nouvelle construction procédurale, il faut néanmoins considérer l'importance que revêt le principe

---

<sup>731</sup> François Louis LEGRAND de BOISLANDRY, né à Paris le 6 mai 1750, il décède à Champ-Guesnier (Seine-et-Marne) le 28 octobre 1834. Négociant en étoffes installé à Versailles, il est élu député du Tiers Etat de Paris (hors les murs) le 3 mai 1789 et signe le serment du Jeu de Paume. En tant que député de l'Assemblée Constituante il fera partie du Comité Ecclésiastique et du Comité des Dîmes. Membre des Jacobins, il entre au club des Feuillants en juillet 1791. Il émigre avec sa famille aux Etats Unis en 1793-1794 pour ne revenir en France qu'en 1795 où il publiera, en 1815, un *Examen des principes les plus favorables aux progrès de l'agriculture, des manufactures et du commerce en France*.

<sup>732</sup> "L'instruction & le jugement des crimes doivent être publics. Le libre usage des moyens naturels & légitimes de défense doit être accordé aux accusés ; ils peuvent se faire assister d'Avocats à leur choix, ou en demander au juge", LEGRAND de BOISLANDRY (François Louis), *Divers articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, article 32, Versailles, 1789, p.5.

<sup>733</sup> "Tout homme arrêté en vertu d'un décret légal doit être déposé dans un lieu à ce destiné (autre que la prison), où il sera gardé avec soin, mais traité avec les égards dus à un citoyen. Il sera interrogé dans les vingt-quatre heures de sa détention, & il ne pourra être envoyé en prison que sur la décision de douze Pairs ou Jurés", LEGRAND de BOISLANDRY (François Louis), *Divers articles pour entrer dans la Déclaration des droits*, article 25, p. 4.

de la liberté. En évoquant le problème de l'arrestation, François-Louis LEGRAND de BOISLANDRY énonce qu'"*aucun homme, aucun agent du pur exécutif, aucun corps, aucune collection d'hommes, n'ont droit d'attenter à la liberté, à la propriété, à la vie d'un citoyen, lors même qu'il serait présumé coupable de crime, si ce n'est en vertu d'une loi solennellement promulguée, et suivant les formes qu'elle a prescrites*"<sup>(734)</sup>. Il y a ici, exprimée dans cet article, toute la résonance du rapport antagoniste entre les droits du citoyen et la nécessité dévolue à la société de poursuivre les actions criminelles. Pour notre constituant, il importe de privilégier la liberté et, par voie de conséquence, l'innocence présumée de celui qui se voit soupçonné. L'effectivité des garanties procédurales que l'on voudrait reconnaître à tout accusé, ne sera assurée qu'en limitant les mesures privatives de liberté appliquées durant la procédure d'instruction, puis lors du procès. Cette idée se trouve confirmée dans le projet déposé par le *Comité des Cinq*, et qui souligne par ailleurs que la publicité intégrale de la procédure, et de l'audience, conforterait les droits de l'accusé <sup>(735)</sup>.

Enfin, il nous faut réserver, parmi ces projets, une attention certaine à celui déposé par Jean Paul MARAT. Plus proche d'un véritable exposé philosophique et politique que d'une déclaration de principes intangibles et universels, le créateur de *l'ami du peuple*, discourant sur le pouvoir judiciaire, rappelle toute l'importance salvatrice de la loi <sup>(736)</sup>. Exposant plus spécifiquement sur la justice criminelle, sujet sur lequel il s'était déjà essayé

---

<sup>734</sup> LEGRAND de BOISLANDRY (François Louis), *Divers articles pour entrer dans la Déclaration des droits*, article 24, p.4.

<sup>735</sup> "Ainsi libre dans sa personne, le citoyen ne peut être accusé que devant les tribunaux établis par la loi ; il ne peut être arrêté, détenu, emprisonné que dans les cas où ces précautions sont nécessaires pour assurer la réparation ou la punition d'un délit, et selon les formes prescrites par la loi ; il doit être publiquement poursuivi, publiquement confronté, publiquement jugé...", *Projet de déclaration des droits de l'homme en société* présenté le 17 août 1789 , par MM du Comité chargé de l'examen des Déclarations de droit, article 7, Versailles, 1789.

<sup>736</sup> "Les lois sont le boulevard des droits, de l'innocence & de la liberté des citoyens", MARAT (Jean Paul), *Projet de déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, suivi d'un plan de constitution juste, sage et libre*, Paris, 1789, p.40.

quelques années auparavant (<sup>737</sup>), il considère, dans cette matière que "*les fonctions de la magistrature exigent un esprit droit, de la sagesse, de l'intégrité, & qu'il importe de prendre les plus grandes précautions contre l'injustice des jugements*"(<sup>738</sup>). Dès lors, des garanties procédurales qui permettent à l'accusé d'assurer aux mieux sa défense, doivent donc lui être reconnus (<sup>739</sup>).

Mais surtout, il impose ce principe qu'"*on ne le traite pas comme un malfaiteur avant de l'avoir convaincu de crime*"(<sup>740</sup>). Malgré la pauvreté du style et l'image négative de ce personnage, il faut cependant reconnaître que la trame d'un droit à ne plus être considéré immédiatement comme coupable se trouve ici exprimée. Certes, la présomption d'innocence n'est pas spécifiquement exposée dans son mécanisme procédural, mais l'idée de voir, que seul le jugement de condamnation vaudra reconnaissance de culpabilité, n'en constitue pas moins les prémices. Il s'agit encore d'assurer la protection de l'accusé dès l'acte d'accusation ; en sollicitant du juge un regard différent sur l'accusé, Jean Paul MARAT considère que le statut de ce dernier n'est modifié que par la seule décision de condamnation.

L'examen des différents projets, dont il faut reconnaître que certains d'entre eux, demeurent muets sur la justice sous quelle que forme que ce soit, montre qu'un relais intellectuel se mettait en place entre la future Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, les aspirations plus concrètes des Cahiers de doléance et les concepts évoqués par la philosophie des Lumières. Il paraissait obligatoire de graver dans le marbre de la loi de nouveaux droits pour tout citoyen accusé. La consécration de la liberté l'exigeait. Au travers

---

<sup>737</sup> Nous renvoyons à la page 162-163 de notre thèse.

<sup>738</sup> MARAT (Jean Paul), *Projet de déclaration des Droits de l'homme, suivi d'un plan de constitution juste, sage et libre*, p.41.

<sup>739</sup> "*Que l'accusé ait donc un Avocat pour le défendre, que les portes de sa prison soient ouvertes à ses parents, à ses amis*", MARAT (Jean Paul), *Projet de déclaration des Droits de l'homme, suivi d'un plan de constitution juste, sage et libre*, p.41.

<sup>740</sup> MARAT (Jean Paul), *Projet de déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, suivi d'un plan de constitution juste, sage et libre*, p.41.

de ces projets, il faut ici appréhender une modification de la situation procédurale de l'accusé dans le procès pénal. Ce dernier doit réellement devenir un acteur du procès pénal et non plus un objet subissant une culpabilité présumée qu'il convenait de confirmer durant l'instruction puis lors du jugement. Fort curieusement, ceux des projets qui sont le plus en pointe sur la reconnaissance effective de ces droits sont nés sous la plume de rédacteurs éloignés du monde de la Robe. Est-ce à dire que ces derniers restaient toujours attachés à l'Ordonnance de 1670, qui les avait marqués. La réponse, sans être totalement positive, consisterait plutôt à considérer que, sans abandonner ce que quelques constituants estimaient comme un cadre toujours utile, il n'en convenait pas moins de réécrire sur le plan procédural la place de l'accusé.

Il faut cependant admettre que l'ensemble de ces projets ne pose pas le principe d'un droit à l'innocence bien qu'ils rompent avec la philosophie judiciaire de l'Ancien Régime, qui consacra la toute puissance du juge et de la preuve légale dans le processus décisionnel. Limiter cette puissance en fixant de façon intangible et immuable les droits de la défense paraissait être une réponse voulue ; encadrer la réflexion du juge en lui imposant des préalables ou des présupposés favorables à l'accusé ne paraît pas se dégager des nouveaux principes ainsi exposés. Le choix qui sera fait du projet rédigé par le sixième bureau de l'Assemblée Constituante, assez discret sur le procès pénal, met en évidence un décalage entre la volonté de changer la justice criminelle et l'effectivité sur les principes que l'on voulait durablement reconnaître.

## Chapitre 2. Une consécration imparfaite.

Parce que la liberté individuelle de chaque citoyen constituera, dans une société que l'on entend transformer, un postulat sur lequel se greffera l'activité judiciaire, il devient alors indispensable d'en assurer sa protection, pour que son exercice soit pleinement effectif. Inscrite dans un mouvement de critique des cadres qui organisaient la société de l'Ancien Régime (<sup>741</sup>), cette affirmation n'est pas sans conséquence dans le rapport qui sera mis en place entre le citoyen et la société. Celui qui est poursuivi pour avoir enfreint la norme, ne peut voir sa liberté réduite à néant. Puisqu'il faut la protéger lorsque le citoyen est confronté au pouvoir judiciaire, il est donc logique que se structurent des garanties lui permettant, non seulement de pouvoir assurer sa défense, mais aussi de ne plus être regardé comme un coupable en devenir. Une volonté existe de rompre radicalement avec ces institutions judiciaires en décalage avec les nouvelles aspirations. Dorénavant, il faut assurer un équilibre entre le juge et l'accusé, et promouvoir réellement les droits de la défense qui assureront effectivement le citoyen soupçonné.

Mais la réalité demeure prégnante, et l'esquisse d'une armature procédurale différente n'aboutit pas à organiser une véritable réflexion sur la démonstration de la culpabilité, d'autant plus que le silence persiste sur une éventuelle transformation du système probatoire, pierre angulaire d'une présomption de culpabilité. L'ambition d'élaborer une autre justice criminelle, où l'innocence de l'accusé bénéficierait d'une protection efficace, reste sans véritable transcription légale. Les discussions entreprises reflètent une démarche ambiguë, voire contradictoire, où la réflexion du juge sur la culpabilité ne sera pas véritablement exposée. La reconnaissance de droits fondamentaux pour l'accusé consiste plus à assurer une limite aux mesures coercitives préalable à toute reconnaissance de culpabilité, qu'à admettre que

---

<sup>741</sup> "L'absolutisme de droit divin se trouvait remis en cause au profit de la souveraineté populaire exprimé dans le consentement général", CASTAN (Nicole), la réforme pénale en France à la fin de l'ancien régime : Tentatives et échecs, *la leopoldina*, *Criminalita e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo*, Vol 11, *le politiche criminali in Italia e negli stati europei nel XVII secolo*, 1990, p.316.

son innocence soit tenue pour vraie jusqu'à ce qu'il soit définitivement reconnu comme l'auteur du fait criminel.

Malgré l'exposé de nouveaux principes judiciaires qui marquent une évolution certaine des droits de l'accusé (Section 1), l'adoption d'une Déclaration des Droits sera sans conséquence sur l'émergence de la présomption d'innocence (Section 2).

Section 1 Le rapport de Nicolas BERGASSE

Section 2 Le vote de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen



## Section 1. Le rapport de Nicolas BERGASSE

Au sein de l'Assemblée Constituante se dégage rapidement un consensus sur la nécessité d'opérer des changements importants en matière de justice. C'est ainsi, que le 17 août 1789, un rapport du *Comité de Constitution* expose ainsi les premiers principes d'une nouvelle organisation judiciaire (Paragraphe 1), tout en dégageant également les axes d'une autre justice criminelle (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1. L'exposé des nouveaux principes judiciaires

Indépendamment des différentes tendances politiques qui colorent ce haut lieu de la représentation nationale, se dégage un certain consensus sur la nécessité de répondre aux critiques aigues faites à la justice et au système judiciaire. Il convient de la modifier (A), notamment en essayant de dégager des principes constants et permanents qui s'appliquent tant au procès pénal qu'au procès civil (B).

#### A. Une volonté de changement

L'émergence, en cette fin de l'Ancien Régime, d'une opinion publique <sup>(742)</sup> ne fait que révéler les premières fêlures d'un système qui voyait un Roi justicier interférer dans le cours de la justice en général, et de la justice criminelle en particulier. Les Cahiers de doléances constituent, quant à eux, les premières épures de mesures à adopter pour répondre aux attentes des français. Toutefois, au sein d'une Assemblée "*née d'une initiative*

---

<sup>742</sup> Cette notion aux contours incertains pose en fait la question, comme le souligne Sarah MAZA, de savoir "*comment, en particulier, dans un système politique absolutiste qui n'accorde en théorie de statut public qu'à la personne royale, en est-on venu, au XVIII<sup>e</sup> siècle, à reconnaître la légitimité du jugement politique à d'autres catégories de la population, par définition privées. L'apparition de cette notion est coextensive à certaines transformations sociologiques bien réelles dont témoignent, dans les décennies prérévolutionnaires, l'extension de l'alphabétisation, l'accroissement à un rythme sans précédent de la production d'imprimés de toutes espèces, et la prolifération des corps savants, société de pensée, et cabinets de lecture*", MAZA (Sarah), *Le Tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien régime*, *Annales ESC*, 1987, p. 73.

*révolutionnaire des députés du Tiers*"<sup>(743)</sup>, il ne fut pas immédiatement envisagé de se consacrer à l'élaboration d'une autre justice criminelle correspondant aux attentes des français. Les débats engagés à l'Assemblée Constituante ne suivaient pas véritablement d'ordre rigoureux sur l'examen des grandes questions engendrées par une société en mutation, et sur lesquelles on souhaitait immédiatement intervenir. En réalité, "*celle-ci les évoque tour à tour en donnant la parole aux rapporteurs des différents comités créés par son ordre*"<sup>(744)</sup>. Il ne semblait pas y avoir de projet effectifs sur une autre justice criminelle <sup>(745)</sup>, même si la volonté de réformer était partagée par nombre de députés.

La Constituante, sans instaurer d'ordre du jour précis ou de programmes de discussion générale sur ce sujet, tisse néanmoins un canevas où, quittant le terrain des idées, elle élabore les premières règles d'une autre justice pénale qui palliera les abus les plus décriés, constitutifs des atteintes à la liberté et à la sûreté individuelle de chaque citoyen. La construction d'une nouvelle justice criminelle, discutée de manière discursive et sans véritable plan de discussion préalablement esquissé lors des débats de l'Assemblée, sera marquée par cette absence d'adéquation entre la solennité des principes évoqués et leur traduction immédiate dans les textes élaborés, discutés, puis votés.

Ceci explique donc que le système de la preuve légale, source d'erreurs judiciaires et d'abus tant décriés parce qu'ils bafouaient un droit à l'innocence, n'ait aucunement suscité de véritables discussions de la part des Constituants. Certes, si une certaine révolution du système judiciaire sera entreprise grâce aux travaux préalablement effectués par les Comités de la

---

<sup>743</sup> RICHET (Denis), in FURET (François) OZOUF (Mona), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, 1988, article *Assemblées révolutionnaires*, p. 454.

<sup>744</sup> CLERE (Jean Jacques), Les Constituants et l'organisation de la procédure pénale, *La Révolution et l'ordre juridique privée*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 juin 1986, p.442.

<sup>745</sup> Cf sur ce point l'article de Roberto MARTUCCI, Le parti de la réforme criminelle à la Constituante, *La Révolution et l'Ordre juridique privé*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 juin 1986, p. 229 et sqq.

Constituante (<sup>746</sup>), il faut toutefois constater que le statut procédural de l'accusé, dans le procès pénal, demeure sans grande consistance.

Au nom du *Comité de Constitution*, Nicolas BERGASSE (<sup>747</sup>) présente à la tribune de l'Assemblée le 17 août 1789, *"un rapport dans lequel se trouvent exposées les grandes lignes de la nouvelle organisation judiciaire"*(<sup>748</sup>). Proche des philosophes et des idées des Lumières, mais aussi parce qu'il est *"représentatif de cette fraction du barreau révolutionnaire"*(<sup>749</sup>), le député du Tiers-état de LYON, avec une réelle confiance, énonce dans son préambule qu'a pu être *"découvert le seul ordre judiciaire qu'il faille adopter, parce qu'il résulte immédiatement des vrais principes de la société, et des premières lois de la morale et de la nature"*(<sup>750</sup>). Une telle certitude dans le ton de ce

---

<sup>746</sup> Prévus au chapitre V du règlement daté du 29 juillet 1789 les comités, comme le précise André CASTALDO *"s'emparent de tout ce qui touche à la discussion des motions et, surtout joignent à cette discussion, la préparation des projets"*, CASTALDO (André), *Les méthodes de travail de la Constituante*, Paris, 1989, p. 205

<sup>747</sup> Nicolas BERGASSE, il naît à Lyon le 24 janvier 1750 et meurt à Paris le 28 mai 1832. Issu d'une famille du Comté de Foix installée à LYON au milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle, il prit une charge d'avocat au Parlement de Paris, dans le ressort duquel était comprise la ville de LYON, et prêta serment le 18 juillet 1775. Propagateur de la doctrine mesmérisme et proche des milieux intellectuels radicaux de l'époque (BRISSOT, CARRA, ROLAND), *"il passe comme un météore dans le ciel des idées avancées. Ami des philosophes lui aussi, il s'est fait connaître dans la fameuse affaire Kornmann, qu'il a joliment perdue mais qu'il a transformée en combat politique et en plaidoyer contre tout le système de l'Ancien Régime"*, ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la justice en France*, op. cit. , p. 315, n° 194. Elu député du Tiers état de Lyon, le 4 avril 1789, il signe le serment du Jeu de Paume et siège au comité de rédaction et au premier comité de constitution. Considéré comme l'une des voix de la Constituante qu'il désertera à partir de février 1790 puisqu'il en critique le travail. Arrêté le 7 décembre 1793 comme ex-constituant, il est conduit à Paris puis traduit devant le Tribunal révolutionnaire pour être libéré le 13 janvier 1795. Sous l'empire il s'adonne à l'agriculture après avoir acheté un domaine en Seine-et-Marne. En 1816, il est avec Chateaubriand dans l'opposition ultra-royaliste. Il publiera en 1817 un *Essai sur la loi, la souveraineté et sur la liberté de manifester ses pensées* et en 1821 un *Essai sur la propriété* dans lequel il réclame la restitution des propriétés. Il devient Conseiller d'état en juillet 1830. On renverra sur ce point à l'ouvrage préfacé par Etienne LAMY, *Un défenseur des principes traditionnels sous la Révolution. Nicolas BERGASSE, Avocat au Parlement de Paris, Député du Tiers Etat de la Sénéchaussée de LYON aux Etats Généraux*, Paris, 1910.

<sup>748</sup> CLERE (Jean-Jacques), Les constituants et l'organisation de la procédure pénale, *La Révolution et l'ordre juridique privé*, actes du colloque d'Orléans du 11-13 septembre 1986, p. 442.

<sup>749</sup> ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la justice en France*, p. 315, n° 194.

<sup>750</sup> *Archives Parlementaires*, Vol 8, séance du 17 août 1789, p.440

discours fait ici ressortir que la justice de l'Ancien Régime ne pouvait perdurer, car elle n'assurait aucunement la protection de ceux qui étaient accusés.

Ce que le rapporteur expose constitue les prémices d'une nouvelle organisation judiciaire différente, dans sa finalité, de celle que l'on connaissait. Nicolas BERGASSE conclut qu'il ne s'agit pas de réformer, mais de "*proposer un ordre de choses absolument différent de celui qui est établi depuis si longtemps au milieu de nous*" <sup>(751)</sup>, parce qu'il est impossible de pouvoir "*améliorer simplement*" <sup>(752)</sup> ce système. Dès lors, "*les circonstances présentes demandent un autre ordre judiciaire que celui que nous avons si longtemps respecté*" <sup>(753)</sup>. Se trouve ici esquissée la notion de *pouvoir judiciaire* <sup>(754)</sup> qui, parce qu'il a pour objet la seule application de la loi <sup>(755)</sup>, constitue le fondement des garanties indispensables au respect et à la protection de la liberté individuelle <sup>(756)</sup>.

Cependant, cette philosophie de la rupture qui préside à la future organisation du système judiciaire ne peut masquer toute la prudence qui accompagne cette entreprise de régénération. Si le changement s'avère nécessaire, et s'inscrit

---

<sup>751</sup> Archives Parlementaires, Vol 8, séance du 17 août 1789, p.449.

<sup>752</sup> Archives Parlementaires, Vol 8, séance du 17 août 1789, p.449.

<sup>753</sup> Archives Parlementaires, Vol 8, séance du 17 août 1789, p.449.

<sup>754</sup> On note toute l'importance que revêt, pour les Constituants, la nécessité d'organiser différemment la justice en l'autonomisant. Cette notion de *pouvoir judiciaire* ne sera pas reprise dans la Constitution de 1958 puisque le titre VIII consacre la notion d'autorité judiciaire.

<sup>755</sup> "*institué pour l'application de la loi, ayant, en conséquence pour but unique d'assurer l'exécution de tout ce que est permis, d'empêcher tout ce qui est défendu*", Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.440.

<sup>756</sup> "*afin que le pouvoir judiciaire soit organisé de manière à ne mettre en danger ni la liberté civile ni la liberté politique, il faut donc que dénué de toute espèce d'activité contre le régime politique de l'état, et n'ayant aucune influence sur les volontés qui concourent à former ce régime ou à le maintenir, il dispose, pour protéger tous les individus et tous les droits, d'une force telle que, tout puissant pour les défendre et pour secourir, elle devienne absolument nulle, sitôt que changeant sa destination, on tentera d'en faire usage pour opprimer*", Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 441.

dans les préoccupations des Constituants, il faut néanmoins admettre qu'il ne pourra se faire immédiatement, car *"il importe de ne faire aucun pas sans sonder le terrain sur lequel on doit marcher, de n'avancer aucune maxime qui ne porte avec elle l'éminent caractère de la vérité, de ne déterminer aucun résultat qui ne soit appuyé sur une profonde expérience de l'homme"*<sup>(757)</sup>. La grandeur de la tâche que les constituants entendent accomplir, se trouve toutefois freinée par les débats tumultueux consacrés à l'examen d'autres questions.

## **B. Les nouveaux principes évoqués par cette réforme judiciaire**

Indépendamment de la difficulté que peut représenter l'élaboration d'une nouvelle justice, le rapport, élaboré en peu de temps par le premier *Comité de Constitution*, ce qui tend à démontrer l'existence d'un accord entre les différentes tendances de l'Assemblée, expose les principes qui permettront au pouvoir judiciaire d'assurer l'effectivité de cette liberté tant évoquée <sup>(758)</sup>. En préambule, Nicolas BERGASSE énonce que l'organisation de ce pouvoir ne peut avoir *"d'autre volonté que celle de la nation"*<sup>(759)</sup>. Le peuple doit en être le seul détenteur. Dans ces conditions, le principe est alors posé que les magistrats, dont il faudra en limiter le nombre mais aussi interdire leur regroupement en compagnie importantes et influentes <sup>(760)</sup>, ne pourront plus détenir, soit à titre personnel, soit par des représentants les charges de

---

<sup>757</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 449.

<sup>758</sup> *"Mais le grand objet des lois en général étant de garantir la liberté et de mettre ainsi le citoyen en état de jouir de tous les droits qui sont déclarés lui appartenir par la Constitution, on sent que les tribunaux et les juges ne seront bien institués qu'autant que dans l'usage qu'ils feront de l'autorité qui leur est confiée et de la force publique dont ils disposent, il leur sera comme impossible de porter atteinte à cette même liberté que la loi les charge de garantir"*, *Archives Parlementaires*, Vol 8, p. 441.

<sup>759</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 441.

<sup>760</sup> *"Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si les tribunaux se trouvent composés d'un grand nombre de magistrats, et forment ainsi des compagnies puissantes [...] cet ordre de choses, au contraire, est funeste pour tout peuple qui possède une liberté politique"*, *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 441.

judicature (<sup>761</sup>). Il convient de ne plus recréer ce qui pouvait être source de tyrannies et d'injustices (<sup>762</sup>). Le souci qui occupe ainsi le rapporteur exprime cette nécessité de protéger le pouvoir judiciaire des influences ou des pressions qui viendraient de ces compagnies.

Dans ces conditions, il serait souhaitable que la désignation des postes vacants (<sup>763</sup>) ne dépende plus du seul choix de l'exécutif (<sup>764</sup>), ce qui aurait pour avantage d'éviter des nominations fâcheuses (<sup>765</sup>). Mais surtout, les juges nommés n'auront d'autre possibilité que de dire la loi (<sup>766</sup>). Manifestement, ces propositions marquent une certaine volonté d'encadrer tant la désignation du juge que son pouvoir juridictionnel. Elles traduisent surtout la crise de confiance dans ces magistrats de l'Ancien régime, qui, par leurs décisions, avaient fait naître ce sentiment que la justice se montrait par trop partielle ou par trop inhumaine.

Nicolas BERGASSE, poursuivant dans l'exposé de ces principes essentiels à une transformation de la justice criminelle, inscrit cette nécessité qu'il y a de séparer les organes de police et de justice si souvent confondue sous l'Ancien

---

<sup>761</sup> *"Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, s'il est ou la propriété d'un individu qui l'exerce ou la propriété d'un individu qui en commet un autre pour le faire exercer"* Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442.

<sup>762</sup> *"De telles compagnies dans un Etat libre, finissent nécessairement par composer de toutes les aristocraties la plus formidable, et on sait ce que l'aristocratie peut engendrer de despotisme et de servitude dans un Etat quelconque lorsqu'elle s'y est malheureusement introduite"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 441.

<sup>763</sup> *"Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si le peuple n'influe en aucune manière sur le choix des juges"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442.

<sup>764</sup> *"Ne serait-il pas à souhaiter que, parmi nous, les assemblées provinciales nommassent à chaque vacance de place dans les tribunaux trois sujets, parmi lesquels le prince serait tenu de choisir "*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442.

<sup>765</sup> *" Les emplois de magistrats ne seraient jamais le prix de l'adulation et de l'intrigue ; et pour les obtenir il faudrait toujours avoir fait preuve de suffisance et de vertu"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442."

<sup>766</sup> *"Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8 p. 443.

régime (<sup>767</sup>). Il s'agira pour la police, de prévenir la commission des infractions, en assurant la protection d'un ordre social que la loi aura préalablement fixé et déterminé (<sup>768</sup>), et, pour la justice, de punir ceux qui auront transgressé ces règles (<sup>769</sup>). Le rapport entend construire, de façon intangible, un environnement procédural qui permette à l'accusé d'assurer au mieux sa défense mais qui protège son innocence, et sa liberté civile (<sup>770</sup>). Bien plus, en consacrant le principe de la responsabilité des juges (<sup>771</sup>), le rapport, aux expressions proches d'une certaine modernité, accrédite l'idée force d'un rééquilibrage des rapports entre l'accusé et la société qui le juge.

Celui qui apparaît comme la voix du *Comité de constitution*, précise que la justice doit être accessible à tous (<sup>772</sup>). Par ailleurs, à l'arbitraire du juge et aux abus nés d'une procédure difficile d'accès et secrète, il faut opposer une justice publique, y compris dans la phase d'instruction et ce quelle que soit la

<sup>767</sup> *C'est essentiellement à maintenir l'ordre que la police est destinée, l'ordre qui peut être troublé de tant de manières, sans que pour cela celui qui le trouble puisse être mis au banc des coupables [...] ; on conçoit que dans cette partie de l'administration de la justice, tout ce que peut faire la loi, c'est de bien déterminer les objets qui sont du ressort de la police*, Archives Parlementaires, Vol 8, séance du 17 août 1789, p. 444.

<sup>768</sup> *"En premier lieu, la loi aura rempli son objet si elle dispose tellement l'ordre social que la police ait peu d'occupation"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.444.

<sup>769</sup> ROBESPIERRE confirmera ce point, lors des débats relatifs au projet de décret sur les jurés. Il indique que *"le juge absout ou condamne ; le magistrat de police décide si un citoyen est assez suspect pour perdre provisoirement sa liberté et pour être remis sous la main de la justice"*, séance du 17 août 1789, séance du 27 décembre 1790, Vol 21, p.683.

<sup>770</sup> On retrouve cette conception chez l'avocat d'Arras qui estime que *"l'un et l'autre ont un objet commun, la sûreté publique ; leurs moyens différent en ce que la marche de la police est soumise à des formes moins scrupuleuses, en ce que ses décisions ont quelque chose de plus expéditif et de plus arbitraire. Mais remarquez que l'une et l'autre doivent concilier, autant qu'il est possible, la nécessité de réprimer le crime avec les droits de l'innocence et la liberté civile"*, Archives Parlementaires, séance du 27 décembre 1790, Vol 21, p.683.

<sup>771</sup> *"Enfin, le pouvoir judiciaire sera mal organisé, si les juges ne répondent pas de leurs jugements"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.445.

<sup>772</sup> Il pose le principe de sa gratuité, *"Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si la justice n'est pas gratuitement rendue"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442, mais aussi son indispensable proximité avec le justiciable, *"Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si son action n'est pas tellement étendue sur la surface de l'empire, que, présent partout il puisse être à la portée de tous les citoyens, et ne soit vainement imploré par aucun"*, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442.

nature des affaires jugées (<sup>773</sup>). Se trouve ici exprimée une volonté de gommer la construction juridique élaborée par l'Ordonnance criminelle de 1670, et qui "*faisait du secret de la procédure une règle inflexible*"(<sup>774</sup>). En effet, "*environner le plus près possible de l'opinion, c'est-à-dire de la censure des gens de bien*"(<sup>775</sup>) les juges, évitera, parce qu'ils seront observés, qu'ils soient soumis à toutes sortes d'influences d'où qu'elles viennent (<sup>776</sup>). Mais surtout, cette publicité, qui obligera ainsi le juge d'instruction à modérer l'usage de son pouvoir du juge d'instruction, va, sans conteste possible, constituer "*le point de passage obligé vers la reconnaissance des droits de la défense*"(<sup>777</sup>).

Sa démarche se construira autour d'un principe d'équilibre entre l'accusation et la défense. L'instruction, faite à charge et à décharge (<sup>778</sup>), verra les droits de l'accusé se renforcer, notamment en diversifiant les moyens de sa défense. Ainsi, en tenant compte des éléments tirés, tant de son histoire personnelle que de son environnement proche (<sup>779</sup>), et plus précisément en l'autorisant à

---

<sup>773</sup> " *Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si, dans les tribunaux, l'instruction des affaires, soit civiles, soit criminelles, n'est pas toujours publique*", Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442.

<sup>774</sup> ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 341.

<sup>775</sup> Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Tome VIII, p. 442.

<sup>776</sup> "*Dans ordre des choses si vicieux, vous laissez nécessairement une grande latitude aux préventions du juge, à ses affections particulières, à ses préjugés, aux intrigues des hommes de mauvaise foi, à l'influence des protections ; aux délations sourdes, à toutes les passions viles qui ne se meuvent que dans l'ombre et qui n'ont besoin que d'être aperçues pour cesser d'être dangereuses*", Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 442.

<sup>777</sup> DERASSE (Nicolas), *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le Premier Empire (1789-1810 : les mutations d'une fonction et d'une procédure*, Thèse Droit Lille II, 1998, p.43.

<sup>778</sup> "*La confiance naîtra, lorsque la loi permettra que l'accusé fasse autant de pas pour se disculper qu'on en fera contre lui pour prouver qu'il est coupable*", Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 443.

<sup>779</sup> "*La confiance naîtra si l'accusé n'est pas réduit, pour écarter l'imputation qui lui est faite, à se renfermer dans les circonstances de l'imputation ; si, comme en Angleterre par exemple, il peut faire parler en faveur de son innocence sa vie tout entière*", Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.443.



"confronter [...] le crime qu'on lui suppose avec la conduite antérieure qu'il a tenue"<sup>(780)</sup>, l'accusé ne se contentera plus d'assurer sa défense en rapportant la preuve de faits justificatifs le déchargeant de l'accusation. L'instruction terminée, le jugement sera rendu grâce à "*cette sublime institution des jurés*"<sup>(781)</sup> puisque, comme le soulignera Adrien DUPORT, cette forme de jugement "*est le jugement de la probité et de la bonne foi, substitué à celui de la subtilité des formes*"<sup>(782)</sup>.

La lecture de ce rapport sur *l'organisation du pouvoir judiciaire*, qui montre toute l'influence que le système judiciaire anglo-saxon a pu laisser chez les Constituants (<sup>783</sup>), exprime donc l'intention qu'ils ont de transformer, certes progressivement, et ce en renvoyant aux législatures suivantes, un système judiciaire qui ne recueillait plus la confiance de la Nation, car altérée par la sévérité et l'opacité de ces règles. Le poids d'une doctrine savante connue des seuls magistrats, ainsi que la pratique des condamnations à une peine moindre, certes favorables à l'accusé dans l'atténuation des peines prononcées, mais attentatoires dans la reconnaissance d'un droit à l'innocence, cédaient la place à un encadrement rigoureux de la démarche du juge, mais salubre pour la liberté et la sûreté du citoyen confronté à la justice. Cette justice criminelle constitue l'une des préoccupations qui retiendra de manière discursive, en l'absence d'ordre du jour, l'attention des constituants. Il faut cependant retenir que cette volonté de réforme n'évoque pas ce qui constitue pourtant l'âme du procès, c'est-à-dire la recherche de la vérité judiciaire, ou plus précisément les conditions qui permettent d'y parvenir. Cela signifie donc que le nouveau cadre procédural, décrit dans le

---

<sup>780</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 443.

<sup>781</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 444.

<sup>782</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 58.

<sup>783</sup> "*Au reste, on s'apercevra facilement qu'il n'est aucun des moyens dont nous parlons ici qui ne nous ait été fourni par la jurisprudence adoptée en Angleterre et dans l'Amérique libre, pour la poursuite et la punition des délits*", *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 444. Cf sur ce point l'article de Jacques GODECHOT, les influences étrangères sur le droit de la Révolution française, *La Révolution et l'ordre juridique privé Rationalité ou scandale*, actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, pp. 48-53.

rapport de Nicolas BERGASSE, n'évoque pas le droit à une innocence supposée.

## **Paragraphe 2. Une justice criminelle différente**

Le rapport et le projet du *Comité de Constitution*, tout en précisant les nouvelles règles du procès pénal, ne font aucun développement sur un autre système probatoire (A). S'inscrit cependant une volonté de ne plus considérer l'accusé comme un coupable en devenir. Le droit à l'innocence commence à se construire (B).

### **A. Une autre procédure**

Après avoir exposé les principes de cette nouvelle organisation judiciaire, et qui permettront selon Nicolas BERGASSE, "*à entretenir la confiance dans l'âme des accusés, et concilier ce qu'il faut faire pour la recherche des délits et la punition des coupables avec ce que l'on doit à la liberté du citoyen*"<sup>(784)</sup>, l'orateur, en lisant le rapport élaboré en quelques jours par le premier *Comité de Constitution*, esquisse une démarche qui se veut être une étape dans la transformation de la justice criminelle. Il ne s'agit pas de rompre brutalement avec l'Ordonnance criminelle de 1670, mais de faire disparaître ce qui la rendait insupportable aux yeux de l'opinion publique. De manière synthétique, sont repris les vœux épars et divers exprimés dans les Cahiers des Etats généraux sur les nécessaires réformes qu'il fallait apporter à ce texte <sup>(785)</sup>. Ce rapport, rappelant toute l'importance des règles procédurales en

---

<sup>784</sup> Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 444.

<sup>785</sup> Ainsi le du Cahier de la Ville d'ALENÇON énonce t-il que "*toute instruction criminelle doit donc être publique*", *Cahiers de doléances des corps et corporations de la ville d'Alençon pour les Etats généraux de 1789*, Paris, 1929, p.105, de même celui de PARIS intra muros, "*et l'on fera désormais l'instruction portes ouvertes et l'audience tenant*", *Cahier du Tiers état de la ville de Paris*, Archives Parlementaires, Vol 5, p.289, ou encore celui de LANGRES, "*l'Ordonnance criminelle de 1670 confie toute l'instruction à un homme seul [...]. Quel redoutable pouvoir la loi remet à un seul homme !*" *Cahier commun des trois ordres du Bailliage de Langres*, Archives Parlementaires, Vol 5, p. 443. Comme le souligne Jean Jacques CLERE, "*En matière judiciaire tout particulièrement, le premier travail du comité de constitution apparaît comme la synthèse des vœux multiples, épars mais unanimes de la population*", CLERE (Jean Jacques), *Les constituants et*

cette matière, énonce une série de règles précises qui encadreront la procédure criminelle et garantiront à l'accusé une place différente dans le procès pénal, à savoir la possibilité de pouvoir assurer la défense de son innocence (<sup>786</sup>).

Dans un premier temps, le rapport précise que l'accusé ne pourra bénéficier de réelles garanties que si la justice criminelle s'inscrit dans le respect d'un équilibre procédural entre la défense et l'accusation (<sup>787</sup>). Il sera indispensable de cloisonner et d'encadrer les actions du juge. Dès sa mise en cause, l'acte d'accusation sera notifié au suspect par un juge qui ne pourra plus, par la suite, intervenir, durant l'instruction et au cours du procès (<sup>788</sup>). Cette séparation hermétique entre le juge qui met en cause l'accusé, et le juge qui statue conformément à la loi, permettra d'assurer à l'accusé un procès équitable (<sup>789</sup>). Dans le projet du *Comité de Constitution*, le titre III intitulé *Des tribunaux et des juges en matière criminelle*, marque bien cette césure entre deux fonctions totalement opposées. Pour Nicolas BERGASSE cela constitue le moyen de "*faire naître la confiance dans le cœur de l'homme injustement accusé*"(<sup>790</sup>).

Pour certaines infractions, l'avocat au Parlement de Paris pose le principe d'un examen préalable de l'accusation, par un juge de paix assisté de quatre

---

l'organisation de la procédure pénale, *La révolution et l'ordre juridique privé Rationalité ou scandale*, actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, p.445.

<sup>786</sup> "En matière criminelle il faut plus encore ; il faut qu'il n'y ait aucune des formes employées à la découverte d'un délit et d'un coupable, qui ne soit également propre à procurer la justification de l'innocence", *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 443.

<sup>787</sup> "La confiance naîtra, lorsque la loi permettra que l'accusé fasse autant de pas pour se disculper qu'on en fera contre lui pour prouver qu'il est coupable", *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.443.

<sup>788</sup> La confiance naîtra, si le magistrat qui applique la loi est distingué du magistrat qui met sous la puissance de la loi, c'est à dire du magistrat qui décrète l'accusé, *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.443.

<sup>789</sup> "Tant que le magistrat qui décrète sera le même que celui qui juge, vous aurez toujours à craindre que, s'il a décrété sur de faux soupçons, son amour propre ou sa prévention ne le portent à justifier, par une condamnation inique, un décret injustement lancé", *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.443.

<sup>790</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.447.

notables (<sup>791</sup>). Ces derniers pourront à l'unanimité décider de renvoyer l'accusé des fins de la poursuite (<sup>792</sup>), c'est-à-dire, en termes modernes, décider d'un non-lieu. Dans le cas contraire, ils saisiront une *Cour suprême de justice* dont le rôle sera de désigner un juge. Celui-ci instruira alors publiquement, avec le concours d'un jury (<sup>793</sup>), et dans une durée limitée, la procédure qui lui aura été transmise et qui prendra fin avec le jugement de l'accusé.

Ces nouveaux principes procéduraux restent cependant silencieux sur les conditions dans lesquelles les juges décident de la culpabilité. Tant le rapport, que le projet du *Comité de Constitution* lui-même, n'évoquent aucunement l'examen d'un autre système probatoire indépendamment des quelques critiques que les Lumières avaient fait connaître. Bien plus, en envisageant l'abolition partielle de l'Ordonnance criminelle de 1670 (<sup>794</sup>), le projet aboutissait, de fait, au maintien implicite de la preuve légale. Dès lors, et même si la volonté d'assurer plus efficacement la défense des droits de l'accusé se trouvait évoquée, ce qui constituait une rupture avec la justice criminelle de l'Ancien régime, la démarche du juge dans sa recherche de la vérité judiciaire restait la même, ce qui ne pouvait qu'affaiblir l'efficience

---

<sup>791</sup> Ce sont les articles 2 et 3 du Titre III du projet du *Comité de Constitution* qui le prévoient. Il est ainsi précisé que "tout citoyen accusé d'un crime ou arrêté en flagrant délit, sera traduit devant le juge de paix. Le juge de paix assisté de quatre notables, entendra l'accusateur et ses preuves, l'accusé et sa première défense" *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.447.

<sup>792</sup> "Si le juge de paix et ses assesseurs opinent à l'unanimité que l'accusé est manifestement innocent, c'est-à-dire qu'il y a impossibilité ou contradiction à ce qu'il soit coupable, le juge de paix prononcera son renvoi", art 4 du Titre III, *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.447.

<sup>793</sup> L'article 10 du Titre III indique simplement que "la procédure du juge de paix ayant été apportée, et l'accusé comparissant, l'instruction du procès commencera dans un délai qui sera également fixé", quant à l'article 11 il dispose que "cette instruction sera suivie, et il sera procédé au jugement de l'accusé suivant les formes usitées dans la procédure par jurés", *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.447. "Les formes du jugement par jurés [...] satisfassent le vœu de la raison et de l'humanité",

<sup>794</sup> "En attendant la réforme des tribunaux et la promulgation du nouveau code, l'ordonnance de 1670, et les lois criminelles jusqu'à présent en usage, seront observées suivant leur forme et teneur, à l'exception de quelques unes de leurs dispositions, qui demeureront abrogées par les dispositions contenues dans les articles suivants", art 15 du Titre III, *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p.448.

de ces réformes. Néanmoins, la discussion semblait s'ouvrir sur une autre réalité probatoire qui initiait un champ de réflexion sur un droit à l'innocence supposée.

### **B Esquisse d'un autre système de preuve : une présomption d'innocence évanescence**

La lecture du rapport consacré aux principes spécifiques de la justice criminelle montre que le problème de la preuve pénale n'est pas la préoccupation essentielle des constituants. La question peut donc être posée de son adéquation avec la procédure qui s'éloigne du cadre initialement forgé par la grande Ordonnance. Le projet évoquait-il ce principe que l'accusé puisse être considéré comme innocent tant qu'une décision de condamnation n'était pas intervenue ? Sa lecture ne le formalise pas expressément. Pourtant l'article 12 du Titre III énonce que l'accusé ne pourra être " *déclaré coupable que par la sentence de ses pairs, et le juge ne pourra appliquer la loi ni prononcer la peine qu'après que les pairs de l'accusé l'auront déclaré coupable*" (<sup>795</sup>). La culpabilité résulte d'une décision du jury qui se trouve soumis à un choix binaire sans d'autres décisions possibles. Cet enfermement décisionnel profite à l'accusé puisqu'il laisse à supposer que ce dernier était regardé comme non coupable tant que la décision n'était pas intervenue. Le considérer comme étant toujours innocent peut donc être envisagé.

La rédaction sibylline de cet article marque avant tout l'espérance que le *Comité de Constitution* souhaite trouver dans l'institution du jury parce qu'il constitue une forme de justice rendue collectivement et donc plus proche de la vérité judiciaire. Toutefois, une lecture plus approfondie montre également que les rédacteurs souhaitaient mettre un terme à la pratique des culpabilités imparfaites. A la lecture de l'article 12 du Titre III, il ne pouvait plus être possible de prendre d'autres décisions que la condamnation ou le renvoi définitif des poursuites. Les jugements qui autorisaient le *plus amplement informé*, ou le recours à la torture dans le seul but de compléter une preuve

---

<sup>795</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 447.

imparfaitement établie, avaient vécu. La procédure par jurés protège la liberté du citoyen, elle pose le principe que cette culpabilité ne sera effectivement acquise que si le jury en a décidé. Faut-il comprendre dans cette rédaction lacunaire l'ébauche fragile d'un principe de présomption d'innocence à partir du moment où il apparaissait indispensable de la protéger dès les premières mises en cause ? On peut l'envisager, bien que le texte n'apporte aucune précision sur les conditions même qui président à la déclaration de culpabilité, à savoir à l'unanimité des membres du jury ou une majorité de ceux-ci.

En se référant à la procédure préalable de l'accusation qui exigeait l'unanimité (<sup>796</sup>), on peut donc avancer que l'absence de conviction pour l'un des membres du jury l'emporte sur la certitude des autres. Une telle situation permet d'envisager que l'innocence de l'accusé demeurerait tant que la condamnation n'était pas intervenue. Cette interprétation reste possible puisqu'il importait avant tout de garantir la liberté de l'accusé mais aussi son innocence qui auparavant avait été oubliée. Toutefois, ce qui transpire au travers de ce projet se trouve remis en cause parce que celui-ci n'est guère créatif d'un système probatoire différent. La réponse apportée aux attentes du peuple de France demeurerait partiellement inachevée, notamment sur l'un des aspects les plus attentatoires à l'innocence de l'accusé.

Aussi, au moment où les discussions s'engagent sur la nécessité de souscrire à une Déclaration des Droits de l'Homme, persiste-t-il une inadéquation entre les moyens que l'on entend consacrer à une autre justice criminelle plus respectueuse des droits de l'individu, et sa finalité qui consiste à punir après avoir établi avec certitude la culpabilité de l'accusé. Le projet qui aborde, certes avec intérêt, la place de ce dernier dans la phase procédurale, ignore cependant le problème de la preuve pénale alors qu'il est consubstantiel de cette justice. Ce décalage permet donc d'expliquer le fait que ce principe de présomption d'innocence ne soit pas expressément évoqué, voire même posé,

---

<sup>796</sup> *Si le juge de paix et ses assesseurs opinent à l'unanimité que l'accusé est manifestement innocent, c'est à dire qu'il y a impossibilité ou contradiction à ce qu'il soit coupable, le juge de paix prononcera son renvoi, Archives Parlementaires, séance du 17 août 1789, Vol 8, p. 447, art.4.*

lors de la discussion sur l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen.

## **Section 2. Le vote de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen.**

Dans la chaleur de ce mouvement révolutionnaire, les députés de l'Assemblée Constituante s'attachent à graver dans le marbre de la loi, les droits inaliénables dont dispose chaque citoyen. Dans ces conditions, toute poursuite pénale, susceptible d'y porter atteinte implique la nécessité de les garantir (Paragraphe 1). L'innocence d'un accusé ne peut se voir remise en cause dès le début de la procédure. Pour autant, l'évocation d'une innocence présumée ne constitue pas l'acte fondateur d'un principe directeur du procès pénal (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 Prolégomènes**

Les Constituants qui engagent le débat sur la future rédaction de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prennent conscience de la difficulté de promouvoir des droits imprescriptibles (A). Néanmoins, il importe de garantir et de protéger la liberté du citoyen même s'il est pénalement poursuivi (B).

### **A Cadre de la discussion**

Parce qu'ils entendaient mettre fin à des pratiques judiciaires qui méconnaissaient les droits de l'accusé, les députés allaient, comme le précise Guy Jean Baptiste TARGET, travailler (<sup>797</sup>) "*au grand œuvre de la déclaration*

---

<sup>797</sup> Pour appréhender et reconstituer dans toute son étendue les débats qui se déroulèrent pour l'adoption définitive de l'article IX de la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* le 22 août 1789, nous avons eu recours à différentes sources. En raison de leur commodité d'accès nous avons utilisé les *Archives parlementaires* de MAVIDAL et LAURENT publiées à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle bien qu'elles fassent l'objet de critiques puisque, selon Antoine de BAECQUE, cette source "*dénature en partie la discussion parlementaire en négligeant systématiquement son caractère polémique*", (de BAECQUE (Antoine), *L'An 1 des droits de l'homme*, textes réunis Antoine de

*des droits, arrêtée par tous les mandats*"<sup>(798)</sup>. Cette prise de position répondait aux attentes de certains Cahiers des Etats généraux qui réclamaient une Déclaration des Droits de l'Homme. Ce fut donc le 4 août 1789 que *"presque à l'unanimité l'assemblée décrète que la Constitution sera précédée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen"*<sup>(799)</sup>, et que son écriture commencera le 12 août, lors de l'examen de l'ensemble des projets initialement déposés sur le bureau de l'assemblée. Pour faciliter une tâche qui consistait à synthétiser des projets de facture différente, il fut alors décidé de créer un comité de cinq députés qui proposa, le 17 août 1789, une Déclaration des Droits de l'Homme. Examinée avec d'autres projets également en concours, par les bureaux de la Constituante <sup>(800)</sup> avant d'être débattu devant les députés, il fut cependant rejeté <sup>(801)</sup> au profit d'un texte élaboré par le

---

BAECQUE, Paris, 1988, p. 51). Néanmoins, comme le souligne Stéphane RIALS, ces *Archives parlementaires* "ne doivent pas faire oublier qu'aucune autre source n'est véritablement satisfaisante", (RIALS (Stéphane), *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (présenté par), Paris, 1988, p. 286, n° 20). Autre document consulté, le *Moniteur Universel*, réimprimé, pour l'époque qui nous intéresse, en 1840. Nous avons également eu recours, pour appréhender toute l'amplitude des discussions sur le vote de l'article 9, au *Procès verbal de l'Assemblée des communes et de l'Assemblée nationale imprimé par son ordre* ainsi qu'au *Bulletin de l'Assemblée nationale*. De même, et pour décrire le sentiment des Constituants du 22 au 26 août 1789, nous avons utilisés les journaux publiés durant cet été 1789 et notamment, *Le Journal des Etats généraux* rédigé par Le HODEY, relativement complet, *Le Point du jour ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'Assemblée nationale* publié par BARRERE, qui "tente en mélangeant les citations et les propos rapportés, de redonner l'essentiel des débats", de BAECQUE (Antoine), *L'An 1 des droits de l'homme*, p.52, mais aussi *Le Courrier de Provence* ou lettre de MIRABEAU à ses commettants. Enfin, la correspondance que certains députés adressaient à leurs électeurs ont permis d'évaluer l'incidence, sur la rédaction des articles, des interventions et des échanges qui eurent lieu dans l'hémicycle durant ces quatre jours.

<sup>798</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 19 juin 1789, Vol 8, p.135.

<sup>799</sup> *Archives Parlementaires* séance du 4 août 1789, Vol 8, p. 341.

<sup>800</sup> Prévu à l'article VI du règlement du 29 juillet 1789 qui organise le fonctionnement de la Constituante. Composés de 30 membres, dont un Président et un secrétaire, à partir de la liste alphabétique des députés, ces bureaux renouvelables tous les mois, servent de cadre de réflexion et de discussion aux projets de loi qui seront soumis par la suite à l'Assemblée. Sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage d'André CASTALDO, *Les méthodes de travail de l'Assemblée Constituante*, ainsi qu'à l'article de Philippe DAWSON, le 6<sup>ème</sup> bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des Droits de l'Homme, *Annales historiques de la Révolution française*, 1978, pp. 161-179.

<sup>801</sup> De même que seront rejetés les projets de LAFAYETTE, SIEYES, MOUNNIER, SINETY, présentés à la suite de celui du *Comité des Cinq*.



sixième bureau (<sup>802</sup>) et qui servit de base à la discussion. Indépendamment des critiques qu'on put lui faire (<sup>803</sup>), allait s'engager, entre le 20 et le 26 août 1789 un débat solennel consacrant ceux des droits imprescriptibles et inaliénables reconnus à chaque citoyen : "*la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression*"(<sup>804</sup>). Les Constituants entendaient fixer un cadre imprescriptible et protecteur, notamment pour le citoyen accusé d'un crime. Le discrédit dans lequel était tombé la justice, la volonté affichée de "*condamner les pratiques de l'ancien régime et d'en prévenir le retour*"(<sup>805</sup>) mais aussi les doléances convergentes du peuple de France sur ce point, avaient convaincu les députés de la nécessité d'inscrire le droit pour l'accusé de ne plus subir la procédure, c'est-à-dire d'être regardé autrement que comme un coupable en devenir.

Le samedi 22 août 1789 au matin, sous la présidence du Comte Stanislas de CLERMONT-TONNERRE (<sup>806</sup>), l'Assemblée Constituante commence, dans

---

<sup>802</sup> Selon le député MAUPETIT, le sixième bureau aurait, le 31 juillet 1789 "*arrêté une déclaration des droits de l'homme et du citoyen*", cité par Philippe DAWSON dans son article le 6<sup>e</sup> bureau de l'Assemblée nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme, *Annales historiques de la Révolution française*, 1978, p.172.

<sup>803</sup> TARGET, intervenant le 20 août 1789, estime que "*cette déclaration ne contient pas des principes contestés ; elle est courte, simple et exacte, mais elle manque d'énergie et d'expression ; je la regarde comme le type, comme l'occasion d'une véritable déclaration ; avec des changements, des corrections et des modifications, on pourrait en faire une bonne chose*", *Archives Parlementaires*, séance du 20 août 1789, Vol 8, p.462.

<sup>804</sup> GODECHOT (Jacques), *Les Droits de l'Homme et la Révolution Française, Diritto e potere nelle storia europea*, p. 985. Ce dernier précise, par ailleurs, que "*L'égalité n'est pas expressément mentionnée, mais elle découle de l'article 1 : Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit*", *ibidem*, p.985.

<sup>805</sup> LEFEBVRE (Georges), *Quatre vingt neuf*, Paris 1989, p. 196.

<sup>806</sup> Stanislas Marie Adélaïde, Comte de CLERMONT TONNERRE, né à Mandres (Meurthe) le 8 novembre 1757, il meurt à Paris le 10 août 1792. Sous lieutenant aux Dragons de la Reine en 1776, il sera attaché à ce régiment comme capitaine en 1777. En 1784 il est promu colonel dans le régiment de Royal Navarre après en avoir été le maître de camp en second. Franc Maçon à la loge *la Candeur*, membre de la Société des Trente, il rédige le cahier de la Noblesse de Meaux. Elu député de la Noblesse par la ville de Paris le 13 mai 1789, membre de trois comités, Rédaction, Constitution, Révision de la Constitution, il sera par deux fois Président de l'Assemblée Constituante. Membre du groupe des Monarchiens, il se concertera avec MALOUET et LALLY TOLLENDAL pour sauver le Roi mais sera assassiné en l'hôtel de Mme de Brassac.

le cadre de son ordre du jour, et après que furent adoptés les deux jours précédents le préambule et les articles 1 à 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, l'examen de l'article XIV du projet élaboré par le sixième bureau et qui énonçait que "*Nul citoyen ne peut être accusé, ni troublé dans l'usage de sa propriété, ni gêné dans celui de sa liberté, qu'en vertu de la loi, avec les formes qu'elle a prescrites, et dans les cas qu'elle a prévue*". Consacrant le primat de la liberté individuelle face à l'autorité judiciaire, cet article énonce en effet que celui qui est accusé ne peut être contraint que si la loi le prévoit et l'exige formellement et pour des raisons précises. Les juges ne pourront plus décider arbitrairement de poursuivre mais aussi d'enfermer un individu sans cadre réglementaire préalable. Pour autant, ce texte ne pose pas la reconnaissance d'un droit à l'innocence présumée.

Il faut cependant reconnaître que se trouve ici posée la dimension pénale du rapport entre le citoyen et le pouvoir judiciaire. Comme le rapporte le journal de Bertrand BARERE de VIEUZAC (<sup>807</sup>). Les députés poursuivent alors le débat engagé, "*sur une des plus belles questions qui peuvent s'agiter chez un peuple qui aime la liberté*"(<sup>808</sup>).) Il s'agit de consacrer les conditions qui

---

<sup>807</sup> Bertrand BARERE de VIEUZAC, né le 10 octobre 1755 à Tarbes, il meurt dans cette même ville le 13 janvier 1841. Conseiller à la cour du sénéchal de Bigorre, il est également avocat au Parlement de Toulouse. Franc maçon à la loge la Parfaite Union à Tarbes, puis à la loge l'Encyclopédique dont il préside le comité des sciences, le 3 avril 1788. Ayant rejoint Paris, il se convertit aux idées nouvelles et rencontre, les grands noms de l'aristocratie libérale, CONDORCET, DUPORT, TALLEYRAND, le duc de NOAILLES, mais aussi des patriotes, LACRETELLE, BRISSOT, VOLNEY, SIEYES. Elu, le 23 avril 1789, député du Tiers Etat de la sénéchaussée de Tarbes le 23 avril 1789 et signe le serment du Jeu de Paume. Membre de quatre comités (Vérification, Domaines, Lettres de Cachet et Mendicité, il fonde *Le point du jour*, journal publié du 19 juin 1789 au 1<sup>er</sup> octobre 1791, et qui retrace les débats parlementaires. Elu en 1792 à la Convention comme député des Hautes Pyrénées, il devient le 7 avril 1793, le premier membre du Comité de salut public. Décrété d'arrestation par la Convention le 2 mars 1795, déporté sans jugement avec COLLOT d'HERBOIS et BILLAUD VARENNE, emprisonné à Oléron puis à Saintes, il s'évade le 28 octobre, et demeure caché jusqu'à son amnistie par Bonaparte le 22 décembre 1799. Le 5 Germinal an V membre du Conseil des Cinq- Cents il ne put jamais y siéger. L'empire ne lui sera pas plus favorable car, par deux fois, sa candidature au Sénat fut refusée. Poursuivi par les Bourbons, après leur réinstallation au pouvoir, comme conventionnel régicide, il quitte la France pour la Belgique en 1816 pour ne revenir en France qu'en 1830 .Il ne jouera plus aucun rôle et finira ses jours dans un dénuement total

<sup>808</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Paris, 1789, Tome III, p. 183.

permettront "*de déclarer au peuple, & de citer au despotisme le droit éternel & imprescriptible qu'à tout homme de n'être privé de sa liberté qu'au nom de la loi*"<sup>(809)</sup>. Le principe de liberté, solennellement consacré les jours précédents par les articles 4 et 5 de la Déclaration, doit s'articuler avec l'exigence de sûreté auquel peut prétendre tout citoyen, objet de poursuites judiciaires. Il est donc impératif de débattre, puis de déterminer des garanties judiciaires qui seront reconnues à tout accusé durant le temps de la procédure d'instruction et jusqu'au procès.

Les discussions engagées à partir de cet article se font avec une solennité certaine. Elles marquent l'enjeu de ce qui sera ultérieurement voté. Pour les députés de la Constituante la liberté qui constitue un droit imprescriptible et naturel doit induire des droits protégeant son exercice, ce qui implique la consécration de règles fixes et intangibles susceptibles d'en assurer une réelle application. Selon Bertrand BARERE de VIEUZAC, "*tous les gardiens des libertés privées étoient sans force, & ne pouvoient se garantir eux-mêmes des coups de l'autorité*"<sup>(810)</sup>. Seule la consécration d'un principe fort permettrait de rassurer le citoyen dans l'exercice de cette liberté.

Toutefois, les Constituants constatent rapidement que, sur ce point, le projet du sixième bureau s'avère insuffisant car sa rédaction serait "*foible et incomplète*"<sup>(811)</sup>. Adrien DUQUESNOY <sup>(812)</sup> note dans son journal que "*c'est une chose étonnante,*

---

<sup>809</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 183.

<sup>810</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 183.

<sup>811</sup> *Correspondance de MM. les députés des communes de la province d'Anjou avec leurs commettans relativement aux Etats généraux tenans à Versailles en 1789*, Tome 2, p. 247.

<sup>812</sup> Adrien-Cyprien DUQUESNOY, né le 26 septembre 1759 à Briey (Meurthe et Moselle), mort à Rouen le 3 mars 1808. S'occupe d'agriculture et de commerce à Briey. Député du Tiers Etat de Bar le Duc le 1<sup>er</sup> avril 1789, il signe le serment du Jeu de Paume. Durant l'année 1789-1790, il tient un journal en forme de lettres adressées au Prince Emmanuel de Salm-Salm. Maire de Nancy en 1792, il sera destitué de sa charge le 24 août 1793 à la suite de l'ouverture de l'armoire de fer aux Tuileries et qui mirent en évidence ses rapports avec Louis XVI. Arrêté, puis écroué à la Force, il en fut libéré le 9 Thermidor. Devenu chef de bureau au ministère de l'intérieur sous le Consulat

sans doute, que cette décision. Le plus mauvais de tous les projets est peut être celui qu'on a adopté; toute personne qui le lira avec attention se convaincra qu'il est d'une foiblesse extrême : il n'a aucun principe ; il y a un grand nombre d'idées fausses et il est toujours en deçà du but"<sup>(813)</sup>. Le Comte de MIRABEAU partage le même avis puisqu'il écrit, dans *le Courrier de Provence*, qu'il est acquis qu'"en lisant les articles XIV et XV du projet du sixième bureau, on n'a pas tardé à sentir qu'ils n'étoient point assez agressifs, que destinés à offrir aux citoyens la charte de leur liberté individuelle, ils laisseroient partout des moyens à l'arbitraire"<sup>(814)</sup>. Ces critiques, centrées sur la protection effective de la liberté qui n'apparaît pas efficacement dans le texte, ignorent toute la dimension procédurale dans ce sens où il recouvre une marche du procès criminel différente de celle fixée conjointement par l'Ordonnance criminelle et la preuve légale.

Pour ces derniers, la liberté demeure essentielle et il est primordial de la protéger. Bertrand BARERE de VIEUZAC montre que cet objectif doit être le seul viatique des députés durant ces discussions (<sup>815</sup>). Ce qui importe aux Constituants, c'est de protéger la liberté de chaque citoyen quand il est accusé. En réalité, il convient d'assurer effectivement le principe d'un droit à la sûreté individuelle. L'accusé doit impérativement bénéficier, dès son arrestation, de garanties certaines qui encadrent le pouvoir coercitif dont dispose l'autorité judiciaire. Pour autant, et bien qu'il ne s'agisse pas de modifier les règles procédurales qui faisaient de l'accusé un coupable en devenir, les discussions se poursuivent sur la rédaction idéale d'un article délimitant les atteintes physiques à la liberté d'aller et de venir. Elles seront

---

puis membre du conseil de commerce, il devient maire du X<sup>ème</sup> arrondissement de Paris le 25 novembre 1802. Il se suicidera en 1808 à la suite de mauvaises affaires.

<sup>813</sup> *Journal d'Adrien DUQUESNOY, député du Tiers état de Bar-le- Duc*, p.299-300.

<sup>814</sup> *Le Courrier de Provence pour servir de suite aux lettres du Comte de MIRABEAU à ses commettants*, Paris, 1789, lettre n°31 du 22 et 23 Août 1789.

<sup>815</sup> Il écrit dans son journal qu'"Après l'avoir conquise dans les cachots de la Bastille ; après avoir comblé ses abîmes [...] ; après avoir proscrit ces souffrances inutiles, ces barbaries obscures, dont le cri de la justice & de la loi n'avoient pu arrêter l'exécrable prodigalité, il ne manquoit plus que de déclarer au peuple, & de citer au despotisme le droit éternel & imprescriptible qu'à tout homme de n'être privé de sa liberté qu'au nom de la loi". *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 183.

ainsi marquées par la création d'une fiction où l'innocence, parce qu'elle est supposée, constitue justement une protection pour cette liberté.

## B) Protéger la liberté

La lecture de l'article XIV étant terminée, Guy Jean Baptiste TARGET, député du Tiers Etat de Paris, prend immédiatement la parole pour en proposer une autre rédaction. Le ton employé marque une rupture avec le principe de consensus qui avait animé les membres du sixième bureau (<sup>816</sup>). L'avocat au Parlement de Paris soumet à la discussion de l'Assemblée deux articles. Le premier précise qu'"*Aucun citoyen ne peut être accusé, arrêté, détenu, puni qu'au nom de la loi, et qu'avec les formes prescrites, et suivant les dispositions précises de la loi*". Le second énonce, quant à lui, que "*Tout ordre arbitraire contre la liberté doit être puni. Ceux qui l'ont sollicité, expédié, exécuté et fait exécuter, doivent être punis*"(<sup>817</sup>). Reprenant ce qui fut auparavant exposé dans d'autres projets (<sup>818</sup>), ce dernier pose ce principe que le respect des formes procédurales protégeront l'accusé jusqu'au jugement. Cette démarche s'inscrit dans une perspective qui consacrerait un équilibre réel entre l'impératif social d'une société qui impose de poursuivre et de punir ceux qui ont enfreint la loi, et le respect d'une liberté sacralisée depuis le 20 août.

---

<sup>816</sup> Compte tenu de sa composition, Philippe DAWSON conclut que, "*le mode dominant dans le 6<sup>e</sup> bureau sera la conciliation entre les ordres, le libéralisme modéré et prudent*", DAWSON (Philippe), Le 6<sup>e</sup> bureau de l'Assemblée nationale et son projet de déclaration des droits, *Annales historiques de la Révolution française*, 1978, p.171.

<sup>817</sup>, A.P., Tome VIII, p. 470-471. La rédaction reprise au *Bulletin de l'Assemblée Nationale* connaît une légère différence. En effet, le projet de TARGET est ainsi rédigée : *Aucun citoyen ne peut être arrêté, détenu, accusé ni puni qu'au nom, avec les formes et selon les dispositions de la loi. Tout ordre arbitraire doit être puni sur ceux qui l'ont sollicité, expédié, exécuté ou fait exécuter*, *Bulletin de l'Assemblée nationale*, Bulletin n° XIV du 22 août 1789.

<sup>818</sup> Comme le souligne Stéphane RIALS "*c'est à la fois dépouiller le texte du sixième bureau d'une partie de ses formules - en retrouvant des expressions proches de celles de Mounier dans l'article 11 de son projet personnel- et le compléter sur un point d'importance en renouant, dans le second article avec l'inspiration de l'article 21 du premier projet de Sieyès*", *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, p. 234. En effet MOUNIER, à l'article XI de son projet de déclaration énonce que "*nul ne peut être arrêté ou emprisonné qu'en vertu de la loi, avec les formes prescrites, et dans les cas qu'elle a prévus*." SIEYES précise aux articles 20 et 21 de son projet que "*Nul ne doit être appelé en justice, saisi et emprisonné que dans les cas prévus, et dans les formes déterminées par la loi. Tout ordre arbitraire ou illégal est nul. Celui ou ceux qui l'ont demandé, celui ou ceux qui l'ont signé, sont coupables. Ceux qui le portent, qui l'exécutent ou le font exécuter, sont coupables. Tous doivent être punis*"

Ce dernier montre ici la nécessité de consacrer formellement la reconnaissance d'un droit à la sûreté dès le début des poursuites pénales. Il entend formaliser la disparition du Roi-Justicier en arguant du caractère sacré de la loi qui doit, non seulement encadrer strictement les mesures coercitives décidées par l'autorité judiciaire lorsqu'elle engage des poursuites, mais aussi permettre d'engager la responsabilité pénale des agents de l'autorité publique qui agiront arbitrairement. On retrouve ici l'expression d'un "légicentrisme" prégnant <sup>(819)</sup>, que Guy Jean Baptiste TARGET avait préalablement exposé dans son propre projet de *Déclaration des droits de l'homme en société*. L'orateur, issu du monde de la robe, pose avec force que la loi assurera la sécurité juridique d'un accusé parce qu'elle organisera avec précision les conditions d'un procès pénal plus juste. Il dénonce le fait qu'en s'affranchissant de certaines règles par le biais de pratiques judiciaires, les juges de l'Ancien régime affaiblissaient le statut procédural de l'accusé.

Prenant la parole après, le Marquis de BONNAY <sup>(820)</sup> propose également "*une rédaction qui renferme les principes de plusieurs articles du projet*" <sup>(821)</sup>. Ceux qu'il entend soumettre à la discussion sont ainsi rédigés : "*Art. <sup>1er</sup>. Nulle loi ne peut jamais avoir d'effet rétroactif ; mais dès l'instant qu'elle est promulguée, elle devient obligatoire pour tous les citoyens, et c'est dans cette soumission à la loi commune, égale pour tous, que consiste l'égalité civile. Art.2. Nul ne peut être accusé, arrêté, détenu que par la loi, et suivant les formes prescrites par elle. Art. 3. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses, tant qu'il ne trouble pas le culte établi ; nul ne peut être gêné pour ses pensées, lorsqu'elles ne nuisent pas à autrui pour*

---

<sup>819</sup> Cf sur ce point l'ouvrage de Stéphane RIALS *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*.

<sup>820</sup> Charles-François, Marquis de BONNAY, né le 22 juin 1750 à La Grange (Nièvre) il meurt 25 mai 1825 à Paris. Capitaine au régiment du Quercy, il est élu député suppléant de la noblesse aux Etats généraux du bailliage du Nivernais et du Donzinois le 23 mars 1789. A partir du 21 juillet 1789, en remplacement de DAMAS d'ANLEZY le député en titre démissionnaire, il siège à l'Assemblée Constituante dont il en deviendra le Président le 13 avril 1790. Farouche partisan de l'Ancien régime, il émigre, en octobre 1791, avec le comte de Provence à Vérone. De retour en France en 1814 il sera, en septembre de la même année, nommé par Louis XVIII, ministre plénipotentiaire à Copenhague, puis à Berlin le 2 mars 1816. Il devient pair de France le 17 août 1815, puis marquis pair héréditaire le 26 décembre 1818.

<sup>821</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471.

*leur publicité*" (<sup>822</sup>). Le champ de la discussion s'élargit donc au principe de non rétroactivité de la loi pénale, à la reconnaissance de la liberté religieuse et de la liberté de pensée. Mais demeure toujours ce besoin d'offrir des garanties à un citoyen poursuivi pénalement.

En exposant le fait que la loi doit exister lors de la commission des faits criminels, le Marquis de BONNAY inscrit son intervention dans cette volonté d'assurer, pour le justiciable, une sécurité tant juridique que judiciaire. Il considère que la sûreté juridique, exprimée par le principe de légalité et de non rétroactivité de la loi pénale, doit trouver son corollaire dans la sécurité judiciaire dont le citoyen pourra bénéficier quand il sera accusé. Exigeant par ailleurs que la loi fixe précisément le cadre de l'intervention des autorités, ce dernier révèle néanmoins l'irrépressible volonté de remodeler une justice mais également un système judiciaire ayant perdu le chemin du juste.

Ces premières interventions qui dépassent le cadre originel du débat fixé par l'article XIV du 6<sup>ème</sup> bureau, montrent que la reconnaissance de ce droit à la sûreté ne pouvait se contenter d'une rédaction aussi exigüe. Ce faisant, celles-ci marquent l'immixtion du droit pénal dans le débat indépendamment du caractère lacunaire quant aux applications pratiques découlant de principes solennellement posés. Les députés "*n'abordaient pas le débat sur la justice en techniciens du droit ou en praticiens judiciaires. Ils se voulaient plus philosophes qu'hommes de loi*"(<sup>823</sup>). Il fallait que soit effectivement reconnue cette liberté que l'on avait par trop bafouée. C'est donc bien un droit à la sûreté personnelle que l'Assemblée Constituante entend proclamer. Tenant

---

<sup>822</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471. Il faut à nouveau relever que le *Bulletin de l'Assemblée nationale* retranscrit différemment l'intervention du Marquis de BONNAY: " 1°.Nulle loi ne peut avoir d'effet rétroactif, mais dès l'instant qu'elle est promulguée, elle devient obligatoire et sacrée pour tous les citoyens indistinctement. C'est dans une punition égale que consiste l'égalité civile. Nul ne peut être accusé que devant les tribunaux établis par la loi. 2°.Nul ne peut être arrêté, emprisonné, détenu, qu'en vertu de la loi et par les formes fixées par elle. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses, tant qu'il ne trouble point le culte établi. Nul ne doit être troublé dans sa pensée, tant qu'elle ne nuit pas à autrui...", *Bulletin de l'Assemblée nationale* n°XIV du samedi 22Août 1789.

<sup>823</sup> BADINTER (Robert), *Une autre justice 1789-1799*, Etudes publiées sous la direction de Robert Badinter, Paris, 1989, p. 16.

compte des doléances parvenues au Roi, les députés réagissent à la pratique des lettres de cachet et à l'excessive rigueur des conditions de détention, mais aussi activent la reconnaissance d'un statut protecteur pour l'accusé.

Il s'agit de concrétiser la protection du citoyen face à la justice criminelle. Il ne s'agit pas d'entreprendre un examen approfondi des imperfections du système procédural issu de l'Ordonnance criminelle de 1670, mais de fixer définitivement les conditions d'équilibre entre les intérêts contradictoire de l'accusé et ceux de la société qui l'accuse. Lors de ces échanges privilégiés sur un texte emblématique, il ne pouvait être question d'ignorer les aspirations du peuple de France. On assiste donc à une réécriture de la situation procédurale de l'accusé par une reconnaissance de droits intangibles. Sans pour autant que cela se traduise expressément, il faut reconnaître que s'esquissent, non pas un droit à l'innocence mais plus précisément les conditions qui permettent de poser un autre regard sur l'accusé. Grâce à une amplification des discussions qui vont intégrer la dimension procédurale, c'est-à-dire qui vont élaborer puis fixer, de façon générale, les règles encadrant la marche du procès pénal, les députés parviennent à la rédaction définitive de ce qui deviendra l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

## **Paragraphe 2. Un principe évoqué incidemment.**

En souhaitant renforcer les garanties d'un citoyen accusé, les députés évoquent le principe de la présomption d'innocence. Initiée par Adrien DUPORT (A), et consacré collectivement, cette présomption d'innocence ne revêt pas de dimension procédurale en tant que principe directeur du procès pénal (B).

### **A) La plume d'Adrien DUPORT**

Les interventions qui ponctuent l'examen de l'article XIV du projet de déclaration montrent le principe de liberté nouvellement proclamée ne peut exister que si elle se trouve protégée des atteintes de l'autorité judiciaire. Par



ailleurs, celles-ci instillent l'idée que l'on ne peut faire l'économie d'une amélioration immédiate, puis d'une réforme plus en profondeur d'une justice criminelle attentatoire aux droits de l'accusé. Il va s'agir de figer, dans l'effervescence de ces débats, ceux des principes supérieurs qui organiseront définitivement les droits du citoyen accusé. Cependant la présomption d'innocence ne sera aucunement évoquée de façon circonstanciée. Elle est certes esquissée, mais ses traits en sont trop légers pour qu'elle soit réellement perçue dans toute son étendue procédurale, c'est-à-dire comme un principe dirigeant et conduisant le procès pénal.

En montant à la tribune, Adrien DUPORT, issu d'une famille de conseillers au Parlement de PARIS, disposait de ce regard bien nourri, mais néanmoins critique, sur la justice criminelle de son temps <sup>(824)</sup>. Arrivé comme député à la Constituante, avec un plan de réforme complet sur la justice criminelle <sup>(825)</sup>, il expose "*les principes de l'humanisation de la procédure*"<sup>(826)</sup>. Mais surtout, lors des débats, il trace les premiers contours, sans pour autant en finaliser la construction, d'un principe de présomption d'innocence. La mosaïque des publications officielles, mais aussi les correspondances personnelles des députés de l'Assemblée, sont là pour en attester largement. Comme le rapporte la *Gazette Nationale*, celui qui "*incarne le meilleur du juriste*"<sup>(827)</sup>,

---

<sup>824</sup> Pierrette PONCELA précise que DUPORT est "*un observateur privilégié et perspicace, peu complaisant pour ses pairs crispés sur leur privilèges et prisonniers de leur routines*", Adrien DUPORT, Fondateur du Droit pénal moderne, *Droits*, Revue française de théorie juridique, n°17, La Révolution française et le Droit, 1993, p. 139, Ran HALEVI, confirme ce point de vue en indiquant que "*ce noble issu de l'aristocratie parlementaire est un fils sans indulgence de l'Ancien Régime*", *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, Article Feuillant, p.369.

<sup>825</sup> "*Grand lecteur de Rousseau et des physiocrates, admirateur de Montesquieu et de Beccaria, il arrive à Versailles avec un plan médité de réforme judiciaire, que l'événement lui fournit la chance d'incarner. Il est tout à la fois celui qui pose les fondements d'une justice nouvelle et qui en définit le mieux les obstacles : comment assurer l'ordre sans entraver le droit, préserver ensemble la paix publique et la liberté des individus, établir une juste proportion entre les délits et les peines*", HALEVI (Ran), in FURET (François), OZOUF (Mona), *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, Article Feuillant, p.369.

<sup>826</sup> GAUCHET (Marcel), *La révolution des droits de l'homme*, p.164.

<sup>827</sup> PONCELA (Pierrette), Adrien DUPORT, Fondateur du Droit pénal moderne, *Droits*, Revue française de théorie juridique, n°17, La Révolution française et le Droit, 1993, p.139.

s'attache dans son propos, et bien que celui ci ne nous soit pas entièrement parvenu, à montrer que la poursuite du fait criminel se doit d'être compatible avec une humanisation du sort de l'accusé, notamment s'agissant de l'emprisonnement provisoire décidé par le juge.

Sur ce point il expose, au regard de son expérience professionnelle, les travers de l'Ordonnance criminelle. Ainsi évoque t'il "*qu'il existe en France un usage barbare de punir les coupables, lors même qu'ils ne le sont pas encore déclarés ; qu'il a vu deux fois les cachots de la Bastille ; qu'il a vu ceux de la prison du Châtelet, et qu'ils sont mille fois plus horribles encore ; que cependant c'est une vérité que les précautions que l'on prend pour s'assurer des coupables ne font pas partie des peines*"<sup>(828)</sup>. En dépassant la simple critique des conditions de détention des accusés enfermés dans les geôles insalubres du Châtelet ou de la Bastille <sup>(829)</sup>, Adrien DUPORT met en évidence que ces mesures habituelles ne sont pas sans incidence sur la situation procédurale de l'accusé. Elles constituent indirectement une sorte de peine, qui fait de celui qui est détenu, un coupable en devenir. Se construit alors une présomption de culpabilité induite par des mesures de police normalement destinées à s'assurer de la personne de l'accusé durant l'enquête, puis au cours du procès, mais qui fragilisaient, voire même ignoraient, la reconnaissance d'un droit à l'innocence.

Pour empêcher toute atteinte aux droits dont l'accusé doit bénéficier durant toute la procédure qui précède le procès, Adrien DUPORT expose cet axiome que la sécurité et la sûreté individuelle ne pourront être assurés que par la loi ce qui empêchera de porter atteinte aux droits de l'accusé. C'est ainsi que le premier article de son amendement énonce que "*la loi ne peut établir de peines que celles qui sont strictement et évidemment nécessaires, et le coupable ne peut être puni qu'en vertu d'une loi antérieurement établie et*

---

<sup>828</sup> Archives Parlementaires, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471.

<sup>829</sup> GORSAS, député de la constituante écrit en effet dans une de ses correspondances que " M. DUPORT gémit sur le sort des hommes détenus en prison", GORSAS (Antoine Joseph), *Le Courrier de Versailles à Paris et de Paris à Versailles*, n° XLVII, p.427.

*légalement appliquée*"<sup>(830)</sup>). Il confirme donc cette idée que la loi constitue la seule protection possible pour celui qui est accusé et qui sera jugé. La sanction se doit d'être raisonnable et raisonnée d'autant plus qu'elle sera connue et mise à exécution en dehors de tout arbitraire du juge. Par ailleurs, et toujours dans cette volonté de sécuriser l'accusé, Adrien DUPORT reprend le principe de la non rétroactivité de la loi pénale évoquée précédemment par le Marquis DE BONNAY.

Pour le député de la ville de Paris, la protection de la liberté ne trouvera d'effectivité que si il existe un véritable statut procédural de l'accusé, ce qui l'amène alors à préciser dans un second article que "*Tout homme étant innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée*"<sup>(831)</sup>. Celui-ci énonce donc le principe que la personne soupçonnée ou accusée demeure innocente tant que la condamnation n'est pas intervenue. L'accusé ne doit plus être un coupable en devenir. Ce qui anime l'orateur traduit, en réalité, une volonté impérieuse d'assurer en toute circonstance, même face à la justice, la protection de cette liberté. Il y a urgence à ce que la liberté ne soit plus victime de pratiques judiciaires par trop corrosives <sup>(832)</sup>.

---

<sup>830</sup> Art.1<sup>er</sup>. Archives Parlementaires, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471.

<sup>831</sup> Archives Parlementaires, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471. Sur ce point il faut préciser que le *Bulletin de l'assemblée nationale* donne une autre version de cette rédaction puisqu'il précise que l'article 2 aurait ainsi été proposé : *Nul homme ne peut être jugé coupable, que quand il a été condamné ; et toute rigueur qui n'est absolument pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement défendue par la loi*,

<sup>832</sup> Comme le souligne Adrien DUPORT à la fin de son discours quand il s'écrie, "*n'oublions pas que la législation est l'appui le plus ferme ou l'ennemi le plus terrible de la liberté, et que cette liberté nous presse autant que l'humanité d'adopter les articles présentés*", *Bulletin de l'Assemblée Nationale (1789-1791)*, Bulletin n°XIV, séance du 22 Août 1789.

Cette proposition ne laisse pas sans indifférence les constituants (<sup>833</sup>). Le marquis de LALLY-TOLLENDAL (<sup>834</sup>) qui, pour des raisons personnelles, et par trop connues (<sup>835</sup>), s'enflamme pour cette rédaction (<sup>836</sup>). Bertrand BARERE de VIEUZAC montre tout l'intérêt d'une telle rédaction conçue par un membre du corps judiciaire (<sup>837</sup>). Quant à Guy Jean Baptiste TARGET, il les considère comme complémentaires au projet qu'il a lui-même déposé (<sup>838</sup>). La discussion engagée change alors de ton, et comme le souligne Stéphane RIALS, *"le débat se recentre un peu. Il s'agit bien de formuler les articles à*

<sup>833</sup> les députés des communes de la province d'Anjou résumant le discours d'Adrien DUPORT écrivent que, *"M DUPORT après avoir démontré que les supplices trop fréquents, ou trop peu mesurés, ont la plus grande influence sur le caractère national, qu'ils tendent à le dénaturer, sans diminuer le nombre de crimes ; qu'un accusé doit toujours être présumé innocent, tant qu'il n'est pas jugé ; puisque de fait le jugement le prononce souvent ainsi [...] ; a proposé deux articles suivants..."*, Correspondance de MM. Les députés des communes de la Province d'Anjou avec leurs commettants relativement à l'Assemblée constituante, Angers, 1789, Tome second, p. 247.

<sup>834</sup> LALLY-TOLLENDAL (Trophime-Gérard) (Marquis de), né le 5 mars 1751 à Paris, il meurt dans cette ville le 10 mars 1830. Entré en 1773 dans la première compagnie des mousquetaires, il devient en 1782 Capitaine en second des cuirassiers du roi. Elu député aux Etats généraux pour la noblesse de Paris le 13 mai 1789, Membre du Comité de Constitution à partir du 14 juillet 1789 puis de Législation Criminelle, il incarne avec Jean Joseph MOUNIER le parti modéré, appelé Monarchiens, qui souhaite la création de deux assemblées distinctes ainsi que la possibilité pour le roi de bénéficier d'un droit de veto. Réfugié en Suisse après le 2 novembre 1789, il rentre en France en 1792, pour se réfugier de nouveau en Angleterre après les massacres de septembre 1792. Il devint pair de France le 17 août 1815 puis marquis pair-héréditaire, chevalier de saint louis le 22 janvier 1825.

<sup>835</sup> Parce que son père fut injustement condamné pour trahison envers les intérêts du roi Louis XV, et exécuté dans des conditions scandaleuses, le marquis LALLY TOLLENDAL estime devoir préciser *"d'avoir eu la consolation de contribuer à faire adopter deux articles protecteurs de l'innocence accusée et de l'innocence souffrante : ils avoient été proposés par M.DUPORT "*, Mémoire de M. le Comte de Lally-Tollendal, ou seconde lettre à ses commettant, Paris, 1790, p.

<sup>836</sup> Ce dernier *"appuie fortement les deux articles proposés par M.Duport. La société a besoin de se faire pardonner le droit terrible de donner la mort à un être vivant"*, Archives Parlementaires, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471,

<sup>837</sup> Il précise en effet, qu'*"il étoit intéressant de voir proposer par un magistrat une rédaction de cet article, tendant à n'établir que les peines nécessaires, & adoucir les rigueurs de la détention"*, Le point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale, Tome III, p.185

<sup>838</sup> Magnanime, Guy Jean Baptiste TARGET *"approuve ces deux articles, et dit qu'étant distinct du sien, ils peuvent subsister avec lui"*, Bulletin de l'assemblée Bulletin de l'Assemblée Nationale (1789-1791), Bulletin n°XIV, séance du 22 Août 1789.

*vocation pénale et notre parlementaire développe la thématique dominante de la philosophie pénale des Lumières depuis, au moins, Beccaria*" <sup>(839)</sup>. Il s'agit de consacrer de manière définitive la protection de cette liberté. En imaginant qu'une fiction juridique puisse y parvenir, Adrien DUPORT se trouve être l'initiateur du principe de présomption d'innocence, même s'il n'allait pas vraiment mesurer qu'une lecture procédurale puisse en être induite. La volonté affichée de ne plus revenir aux pratiques judiciaires antérieures en matière de détention allait permettre de fixer définitivement le principe de la présomption d'innocence.

## **B. La consécration collective d'un principe aux conséquences ignorées**

L'Assemblée Constituante, à ce moment précis des débats, dispose de trois projets d'articles qui se rejoignent sur l'idée commune que la protection de la liberté passe aussi par la nécessité de réguler l'action répressive. Il était indispensable de consacrer le principe de la sûreté individuelle. Se trouve mise en évidence la nécessité de rompre définitivement avec les pratiques arbitraires de la justice criminelle de l'Ancien Régime. Compte tenu de ces rédactions différentes mais complémentaires, *"et au milieu de la diversité des opinions, l'Assemblée manifeste son vœu pour les projets de MM. DUPORT et TARGET"* <sup>(840)</sup>. L'article XIV du sixième bureau qui servait de cadre à ces discussions ne répond plus vraiment à ce que les Constituants entendent inscrire dans le marbre d'une loi intemporelle. Dans ces conditions, l'une des gloires du Barreau de PARIS et l'un des représentants de la noblesse parlementaire vont accepter de réunir leurs projets avec le texte proposé par le Marquis de BONNAY. Ils mettent en commun ce qu'ils avaient individuellement rédigé et, comme le précise Bertrand BARERE de VIEUZAC, *"ayant formé une espèce de coalition, ont concouru à rédiger ensemble les trois articles essentiels qu'on a substitué à l'article XIV du projet"* <sup>(841)</sup>. L'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du

---

<sup>839</sup> RIALS (Stéphane), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1988, p.234.

<sup>840</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 22 août 1789, Vol 8, p. 471.

<sup>841</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 185 ; ce que confirme MIRABEAU puisqu'il écrit dans son

Citoyen dont la rédaction est issue de cette concertation, proclamait solennellement que *"tout homme devant être innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi"*<sup>(842)</sup>. Le droit à l'innocence évoqué incidemment par Adrien DUPORT prend ici toute son importance, parce qu'il est inclus dans ce trivium d'articles pensés et rédigés par ces figures reconnues du monde judiciaire.

Cette nouvelle rédaction ne pouvait laisser les Constituants sans réaction. Comme l'indique Bertrand BARERE de VIEUZAC dans son journal, *"on a vu s'ouvrir une vaste carrière d'amendemens"*<sup>(843)</sup> sur les articles proposés au vote des députés. Le député Pierre Joseph de LACHAISE <sup>(844)</sup>, précise qu'*"il falloit énoncer ces principes des lois romaines dont la sagesse est peut-être trop dédaignée ou trop méconnue dans ce siècle, qu'un accusé doit être présumé innocent jusqu'à ce qu'il a été condamné"*<sup>(845)</sup>. A l'écouter, être présumé innocent constituerait une redécouverte, oubliée durant des siècles, et dont la source serait à rechercher dans le droit romain. Cette intervention,

---

journal que *"MM TARGET, DUPORT et DE BONNAY s'étaient réunis pour faire une rédaction commune de leurs articles"*, *Le Courrier de Provence pour servir de suite aux lettres du Comte de MIRABEAU à ses commettants*, Paris, 1789, lettre n°31 du 22 et 23 Août 1789, p. 4.

<sup>842</sup> WALCH (Emile), *la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'Assemblée constituante*, Thèse Droit, Paris, 1903, p. 161.

<sup>843</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 185.

<sup>844</sup> LACHESE, (Pierre Joseph de), seigneur de MUREL, né à Martel (Lot) le 17 décembre 1744 et mort à Paris le 25 août 1835. En préliminaire il convient de préciser que cette orthographe est la seule utilisée dans les différents dictionnaires biographiques consultés. Au demeurant, il n'y a pas d'autres députés de ce nom élu à la Constituante. Avocat à la sénéchaussée de Martel comme le fut son père, il est pourvu de la charge de Lieutenant général civil et criminel en mars 1770 en la Sénéchaussée de Martel. Elu député du Tiers aux Etats généraux du Quercy le 23 mars 1789, il signe le serment du Jeu de Paume. Membre des comités des Recherches et des Rapports, il sera élu secrétaire de l'Assemblée le 12 novembre 1789. Arrêté comme suspect il restera enfermé jusqu'au 9 thermidor. Par la suite, secrétaire d'ambassade à Naples puis conseiller général du Lot. Membre de la Légion d'honneur, il sera élu député par le collège électoral du Lot le 22 août 1815 et deviendra maître des requêtes au conseil d'état.

<sup>845</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 185.

reprise uniquement dans le journal de Bertrand BARERE de VIEUZAC paraît renvoyer à un principe que les criminalistes évoquaient dans leurs traités et qui estimaient que les juges, par prudence, se devaient de laisser un coupable impuni plutôt que de condamner un innocent (<sup>846</sup>). Au demeurant, le rédacteur du *Point du jour* partage la position de Pierre Joseph de LACHAISE puisqu'il note que ce dernier avait "*observé avec raison*" la méconnaissance d'un tel principe.

Toutefois, il faut relever que ces différentes interventions (<sup>847</sup>) situent le moment où le terme de *présomption d'innocence* se trouve évoqué, sans être pour autant défini dans ses conséquences procédurales. Les députés ne poursuivent d'autre objectif que de figer durablement le principe d'une sûreté individuelle, c'est-à-dire d'énoncer "*des droits qu'on a considérés comme «négatifs» parce qu'ils visent nettement des institutions ou abus de l'ancien régime : elle est énoncée par des représentants du peuple qui se substituent «aux représentants du roi» pour transcrire des «droits naturels»*"(<sup>848</sup>). Il s'agit d'assigner des limites aux mesures privatives de liberté prises par l'autorité judiciaire avant toute déclaration de culpabilité, et plus précisément d'interdire définitivement les mesures attentatoires aux droits de l'accusé. En ce sens, les Constituants concrétisaient les vœux de Cesare BECCARIA qui, "*s'était élevé dans son Traité des délits et des peines contre la confusion dangereuse entre l'inculpé et le coupable*"(<sup>849</sup>). En limitant le champ de leurs interventions à l'amélioration du sort de l'accusé, les députés ne perçoivent pas la dimension procédurale induit par ce principe.

---

<sup>846</sup> Cf sur ce point l'article de Pierre Charles RANOUIL, Aux origines de l'intime conviction : un malentendu, *Les Episodiques*, n°3, notamment pp. 75-76.

<sup>847</sup> *Le Point du jour* note ainsi les interventions des députés DE SERE, MONSINAR, De la GALISSONIERE et MARTINEAU.

<sup>848</sup> GODECHOT (Jacques), Les Droits de l'Homme et la Révolution Française, *Diritto e potere nella storia europea*, p.983.

<sup>849</sup> FAURE (Christine), *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, p. 339.

C'est à l'intervention de Jean-Joseph MOUGINS de ROQUEFORT <sup>(850)</sup>, que l'on doit la rédaction finale de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ce député de Provence propose de procéder par une substitution de substantifs car il "*pensoit que les mots devant être présentoient un doute, & que le mot étant valoit mieux*"<sup>(851)</sup>. Les termes mêmes de cet amendement en étaient acceptés puisqu'il améliorait la portée de ce texte <sup>(852)</sup>. En adoptant avec enthousiasme et à "*l'unanimité des suffrages, les trois articles suivans, qui seront à jamais le palladium de la liberté française*"<sup>(853)</sup>, les députés formalisaient <sup>(854)</sup> le moyen de garantir réellement la liberté d'un citoyen accusé. Sans percevoir qu'une autre lecture pouvait être donnée à cet article, ils posaient de manière générale le principe de la présomption d'innocence dont le sens véritable ne sera donné que deux siècles plus tard.

Bien que les journaux ou les textes officiels n'apportent guère d'autres éléments sur les débats qui précédèrent l'adoption de l'article 9 de la déclaration, la conclusion s'impose que "*les droits naturels inscrits en tête de*

---

<sup>850</sup> Jean-Joseph MOUGINS de ROQUEFORT, né le 1<sup>er</sup> février 1742 à Grasse, il meurt au même lieu le 27 septembre 1822. Avocat au Parlement d'Aix, maire et premier consul de Grasse, il est élu député du Tiers pour la Sénéchaussée de Draguignan, Grasse et Castellane le 27 avril 1789. Il signe le serment du Jeu de Paume et fait partie des députés qui interviennent le plus souvent à la Constituante. Fin 1794 il rentre à Grasse où il reprend ses activités d'avocat. Nommé en l'an VIII Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Grasse, il le restera jusqu'en 1822.

<sup>851</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 186.

<sup>852</sup> Ainsi que le souligne BARERE, "*ces diverses réflexions paroissent d'abord minutieuses, mais elles perfectionnent insensiblement la loi, en rectifiant ou en éclairant ses dispositions*", *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 186.

<sup>853</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 187.

<sup>854</sup> François Alphonse AULARD note qu'"il se produisit en effet ce phénomène, presque invraisemblable, que ces 1200 députés, incapables d'aboutir à une expression concise et lumineuse, quand ils travaillaient soit isolément, soit par petits groupes, trouvèrent les vraies formules courtes et nobles, dans le tumulte d'une discussion publique, et c'est à coup d'amendements improvisés que s'élabora, en une semaine, l'édifice de la Déclaration des droits", *Histoire politique de la Révolution Française, Origines et développement de la Démocratie et de la République*, Paris, 1901, p. 42.



*la Déclaration, doivent être garantis par des dispositions juridiques dont ils sont indissociables"*<sup>(855)</sup>. Certes, le mécanisme procédural de la présomption d'innocence n'est pas expressément développé dans ses conséquences techniques quant à la charge de la preuve et au bénéfice du doute. Les Constituants ne se sont aucunement investis dans une réflexion sur la preuve pénale, plus précisément par leur silence sur ce sujet, ils maintiennent le système de la preuve légale.

Simplement, ils souhaitent que le juge, pour lequel ils nourrissaient une défiance certaine, et dont l'explication fût à rechercher dans les scandales judiciaires, soit fermement encadré dans ses fonctions, de telle sorte qu'il ne soit plus porté atteinte aux droits de l'accusé. C'est donc un véritable droit à la sûreté et à la liberté individuelle que les députés consacrent ce 22 août 1789. Il s'agit de mettre définitivement un terme tant aux pratiques qu'aux dérives judiciaires qui, de fait, méconnaissaient le respect de la liberté individuelle dès l'enclenchement de la procédure jusqu'au procès.

La plupart des amendements développés au cours de cette journée montre que la protection de la liberté constitue un objectif essentiel. L'intervention de du Comte de MIRABEAU, lors de l'examen des trois articles élaborés par le sixième bureau, confirme cette préoccupation constante de l'Assemblée. Le député d'Aix l'indique d'une autre manière en rappelant dans son journal que ce principe est absolu et que sa transgression doit être punie. Pour lui, la question qui importe est "*celle qui regardoit la responsabilité des agents subalternes du pouvoir judiciaire dans l'exercice d'ordres illégaux*"<sup>(856)</sup>. Bertrand BARERE de VIEUZAC ne dit pas autre chose, puisqu'il n'hésite pas à écrire, après l'intervention de Jean Joseph MOUGINS de ROQUEFORT, qu'"*une question plus sérieuse s'est élevée du milieu de ces amendemens : il s'agissoit de savoir si la loi déclareroit punissables ceux qui exécuteroient les*

---

<sup>855</sup> BADINTER (Robert), (sous la direction de), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, p. 17.

<sup>856</sup> *Le Courier de Provence pour servir de suite aux lettres du Comte de MIRABEAU à ses commettants*, lettre n°31 du 22 et 23 Août 1789, p. 4.

ordres "<sup>857</sup>). Ce qui anime les députés consiste, pour l'essentiel, à sacraliser institutionnellement une défiance dans les agents du pouvoir judiciaire, et non à consacrer un mécanisme procédural qui organise la recherche de la vérité judiciaire en s'imposant à la procédure d'enquête préalable, à l'instruction mais aussi lors du jugement.

Manifestement, la présomption d'innocence n'a pas été appréhendée dans toute son acception. Elle constitue un rempart contre toute atteinte à la liberté mais ne se comprend pas comme une règle procédurale qui organise le déroulement du procès pénal. Ceux qui, avec enthousiasme, votèrent l'article 9 n'ont aucunement pris conscience de l'incidente procédurale de la présomption d'innocence. *"Technique, non point morale, elle donne au poursuivi le privilège procédural attaché à la position de défendeur : il faut prouver contre lui et le doute lui profite"*<sup>(858)</sup>. Le décalage est donc manifeste entre la philosophie qui animait les débats et la portée véritable de l'article adopté <sup>(859)</sup>. C'est une règle de protection absolue que l'on a élaborée et non le cadre d'une nouvelle démarche procédurale dans le procès criminel. Les orientations législatives qui suivront l'adoption de cet article confirmeront cette absence de réflexion profonde sur le procès pénal et plus précisément sur la preuve pénale.

---

<sup>857</sup> *Le Point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, p. 187.

<sup>858</sup> LOMBOIS (Claude), La présomption d'innocence, *Pouvoirs*, 1990, n°55, p. 88.

<sup>859</sup> Comme le précise François FURET et Ran HALEVI, les députés de la Constituante *"ont tous à racheter l'origine boiteuse de leur propre souveraineté [...]". Tous sont pris dans la logique de ce qu'ils ont voté le 4 août.[...] ils ont à fonder une volonté du peuple aussi souveraine et indivisible que celle du roi sur cette multiplicité infinie des contractants. C'est de l'ensemble de ces contraintes que résulte le texte du 26 août, porteur d'une ambition illimitée, puisqu'il s'agit d'assurer dans leur entier les droits naturels par la loi et de conserver au citoyen tout ce qui appartient à l'homme"*, *La monarchie républicaine la Constitution de 1791*, Paris, 1996, p.186-187.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Aux termes de ces développements, plusieurs remarques peuvent s'imposer. Décrire le statut de l'accusé dans le procès pénal renvoie nécessairement aux conditions dans lesquelles les juges établissent la vérité judiciaire, c'est-à-dire aux mécanismes probatoires qui cristallisent la culpabilité. Néanmoins, tant qu'une décision de condamnation n'est pas intervenue, la situation de l'accusé reste indéterminée. Entre l'innocence certaine et la culpabilité démontrée, il existe ainsi un état intermédiaire *"à la fois provisoire et ambigu de celui qui, qu'on le veuille ou non, n'est plus tout à fait un innocent mais n'est pas encore un coupable"*<sup>(860)</sup>. De fait, le système probatoire conduit forcément à agencer le regard que le juge porte sur l'accusé. Dans ces conditions, supposer l'innocence de celui qui est poursuivi modifie la dynamique procédurale, en ce sens que le plaignant doit démontrer sa culpabilité, et que le suspect qui par la suite devient un accusé n'a pas à démontrer son absence de participation au fait criminel. La présomption d'innocence est donc liée aux modes de preuve qui organisent la répression du fait criminel. Un regard historique sur ce point montre que ce principe ne possède pas d'antécédent historique pas plus qu'il ne s'est progressivement construit.

L'effacement du droit romain, à la suite des invasions germaniques, aboutit à la disparition de règles probatoires qui, s'agissant du procès pénal, laissait au juge le soin de décider, suivant sa conscience, de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Celle-ci n'était pas pour autant supposée. Le droit barbare qui se substitue à ce système pose le principe que c'est à l'accusé de justifier de son innocence. Il lui faut physiquement démontrer l'inanité de l'accusation. Parce qu'il s'agit de recourir à l'irrationnel, s'installe dans le procès pénal une présomption de culpabilité, et ce d'autant plus renforcée que le juge ne pouvait apprécier personnellement les éléments de l'affaire soumis

---

<sup>860</sup> KOERING-JOULIN (Renée), La présomption d'innocence, un droit fondamental ? Rapport introductif, *La Présomption d'innocence en droit comparé, Colloque organisé par le centre français de droit comparé à la Cour de Cassation (Paris le 16 janvier 1998)*, p. 19.

à son jugement. Sa conviction dépendait d'événements extérieurs auxquels il acceptait d'être soumis.

Avec l'évolution de la société médiévale cette forme de justice soumise à des forces surnaturelles ou supérieures ne pouvait subsister. La redécouverte du droit romain dès le XII<sup>ème</sup> siècle, consacrait un mode de preuve rationnel qui apportait au juge une certitude dans la décision qu'il rendait. Organisé dans un cadre rigoureux et rationalisé, la démonstration de la culpabilité reposait sur une valorisation, selon des critères fixes et immuables, des différents éléments de preuve qui, réunis, constituaient la preuve d'une culpabilité indiscutable. En recourant ainsi à une méthode qui se voulait objective parce qu'elle excluait toute approche personnelle du juge, l'accusé ne pouvait craindre de la justice. La décharge de toute accusation s'imposait lorsque la preuve ne permettait pas d'établir sa participation aux faits criminels qu'on lui reprochait. Une preuve imparfaite aurait dû bénéficier à l'accusé.

Cependant, la difficulté de réunir cette preuve, qualifiée de légale, n'eut d'autre conséquence que de pervertir le système. L'aveu devenait essentiel pour la compléter, et le recours à la contrainte physique indispensable pour l'obtenir. Le doute restait sans incidence sur la décision des juges et conduisait à des erreurs judiciaires parce que celui-ci, plutôt que de relâcher l'accusé, le condamnait à raison de la conviction qu'il avait acquise, à une peine moindre. De ce fait, la présomption d'innocence ne pouvait se construire et le doute jouait malheureusement en faveur de la culpabilité.

La dénonciation d'une justice criminelle par trop sévère se mettait cependant en marche. Entretienue par des Philosophes et des gens de robe acquis aux idées des Lumières ou intéressés par le système judiciaire anglo-saxon, toute une réflexion se développa sur les améliorations qui pouvaient y être apportées. En revanche, il ne fut pas envisagé d'abandonner un système de preuve que la doctrine avait élaboré depuis plusieurs siècles. Concomitamment, les critiques que formulaient les cahiers de doléances se concentraient sur les aspects les plus intolérables de la procédure criminelle

mais sans qu'il ne soit fait référence à un principe de présomption d'innocence.

Si la Révolution de 1789 mit un terme aux excès de l'Ordonnance criminelle de 1670, elle n'allait guère, dans ses débuts, engager de discussion sur un autre système probatoire. L'adoption d'une Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui consacre des principes juridiques fondamentaux ne fait qu'assurer la sûreté et la liberté individuelle, tout en maintenant une preuve légale qui, pourtant, portait atteinte à la présomption d'innocence. L'ambiguïté de cette situation, marquée par l'absence d'une analyse sur ce que devait être la preuve pénale, introduisit un silence sur le sens procédural de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

## **PARTIE 2**

### **LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : UN DROIT FONDAMENTAL IGNORE**

Jusqu'à la veille de la Révolution, l'Ordonnance criminelle de 1670 ainsi que le système de la preuve légale cristallisent non seulement le rôle du juge dans la marche du procès pénal (<sup>861</sup>), mais fixent également l'image procédurale de l'accusé. Dans la démonstration de la vérité judiciaire le rapport antagoniste entre le juge et l'accusé se fait au détriment de ce dernier. En effet, la démonstration de la culpabilité demeure assise sur l'obligation de réunir une *preuve pleine et entière* qui enfermait le juge dans sa décision. Même si l'accusé bénéficiait de garanties procédurales (<sup>862</sup>), le juge qui cherchait à démontrer sa culpabilité le considérait avec un a priori défavorable. Plus précisément, on le regardait comme un suspect éminemment coupable, voire même un coupable supposé. De fait, présumer l'innocence de l'accusé jusqu'au jugement, constituait un postulat qui ne pouvait être.

Les idées des Lumières mais également les scandales judiciaires, qui émaillèrent la fin de l'Ancien Régime, vont alors constituer le ferment de droits nouveaux reconnus à l'accusé durant l'instruction et le procès pénal. La Révolution de 1789 reprenait cette antienne qui consistait à graver dans le marbre de la loi, "*une autre cosmogonie [...], aussi bien dans les rapports entre les hommes que dans ceux qu'ils entretiennent avec le pouvoir*" (<sup>863</sup>). Il fallait en ce domaine non seulement réécrire la procédure criminelle mais aussi la preuve pénale. En redimensionnant les droits de la défense, ou plus exactement, en rééquilibrant le rapport antagoniste entre l'accusateur et l'accusé, les Constituants entendent protéger la liberté de ce dernier des actions coercitives de l'autorité

---

<sup>861</sup> Comme le précise Faustin HELIE "*commençait pour ceux-ci une tâche grave et difficile. Il s'agissait d'examiner toutes les pièces du procès, d'en apprécier le caractère et d'en peser la valeur, de recueillir les preuves, les charges et les indices qui pouvaient en résulter ; de formuler numériquement, pour ainsi dire leur quantité et leur qualité ; d'appliquer la même méthode aux défenses de l'accusé ; de rapprocher les unes et les autres, et ce travail achevé, de prononcer rigoureusement, d'après son résultat les règles prescrites par la loi*", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 1, p.418, n°355.

<sup>862</sup> Nous renvoyons sur ce point à l'ouvrage d'Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> siècle)*. *Audace et pusillanimité de la doctrine française*.

<sup>863</sup> ROYER (Jean Pierre), *Histoire de la justice en France*, p. 258, n°161.

judiciaire. Le vote de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen inscrivait une autre définition du citoyen poursuivi pénalement.

Pour autant, la présomption d'innocence exprimée incidemment dans ce texte, n'est aucunement perçue comme un principe directeur du procès pénal. Les rédacteurs qui souhaitent améliorer, voire même modifier les règles du procès pénal, restent silencieux sur le problème de la preuve pénale qui, pourtant, lui est consubstantielle. Lorsque s'ouvrent les premiers travaux législatifs sur l'élaboration d'une autre justice criminelle, les députés marquent une hostilité certaine au système de la preuve légale. Ils lui substituent le principe de l'intime conviction esquissé par la pratique des Cours qui cherchait à tempérer, et même à restreindre, les excès de l'Ordonnance criminelle. Mais cette liberté accordée au juge, dans l'appréciation du seul fait criminel, n'aboutit aucunement à ce que l'on envisage de modifier le statut procédural de l'accusé.

Il n'est pas évoqué l'idée que durant toute la procédure son innocence demeure. La nécessité de préserver impérieusement la liberté du citoyen, malgré les poursuites pénales engagées contre lui, est sans incidence sur cette philosophie du procès pénal qui consistait à démontrer objectivement la culpabilité de l'accusé, et non à rechercher la vérité judiciaire. La dimension procédurale que peut recouvrir la présomption d'innocence, c'est-à-dire ce postulat que la charge de la preuve repose sur l'accusateur, et qu'en cas de doute il profite toujours à l'accusé, ne sera pas évoqué. Cette absence de définition s'explique en réalité par le fait que le juge au moment de prendre sa décision sera simplement guidé par une réflexion intérieure. Poussée jusqu'à ses extrêmes retranchements (<sup>864</sup>) elle lui permettra de trouver la décision juste qui ne préjudicie aucunement à l'accusé.

---

<sup>864</sup> Faustin HELIE indique, non sans emphase, qu'"au moment où le juge, après avoir vérifié tous les faits en suivant les formes légales, se recueille et discute les motifs de la certitude qui se forme en lui-même, cette opération de son esprit, qui est la même qui se développe chez tout autre homme qui veut se convaincre de la vérité d'un fait, échappe à l'action de la loi ; c'est en lui que résident les forces nécessaires pour apprécier les faits ; ce sont ses propres impressions qu'il doit étudier ; c'est sa conscience qui formule le jugement", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 4, p.341-342, n°1770.



Véritable catéchisme d'une confiance que l'on place en l'homme (<sup>865</sup>), les règles édictées par l'Assemblée Constituante marquent le désengagement du juge par rapport aux règles probatoires rigides édictées par l'opinion commune des docteurs. Pour rendre sa décision, il suffit simplement qu'il ait une parfaite conscience d'être parvenu à la certitude judiciaire. Cette démarche, construite sur la toute puissance de la raison éclairée du juge, n'a donc pas à inclure le principe qui consiste à accorder à l'accusé un a priori favorable puisqu'"il n'y a pas d'autre critérium de la vérité, [...] que la certitude morale, c'est-à-dire la conscience humaine. La justice pénale, si elle veut remplir sa mission, si elle veut conformer ses lois et ses formes aux prescriptions de la loi morale, ne doit point avoir d'autres appui"(<sup>866</sup>). Ce viatique juridictionnel posé par le législateur, indépendamment des tourments que la Révolution fut amenée à traverser, constitue une protection pour l'innocence mais non la reconnaissance du principe procédural de la présomption d'innocence.

La législation napoléonienne ne devait guère apporter de modifications à cette conception rigidifiée de la culpabilité car, "*à partir du moment où seule la loi détermine les conditions d'arrestation, d'incarcération et de condamnation, où les juges appliquent la loi et non point leur jurisprudence, rien de choquant ne peut se produire*"(<sup>867</sup>). La confiance placée dans le raisonnement équilibré du juge suffisait à protéger l'innocence de l'accusé, quelle que soit

---

<sup>865</sup> Ce que proclame sans rigueur Faustin HELIE quand il écrit que "*Tout homme porte donc en soi un secret instinct de la beauté morale, de la vertu, du bien ; il s'incline au fond de son âme devant ces idées et leur rend hommage. Il trouve à la fois en lui-même un amour naturel de la vérité, il la recherche en toutes choses, il fait des efforts pour la pénétrer, il est satisfait quand il croit l'avoir reconnue.[...]La conscience peut être obscurcie ou corrompue comme toutes les facultés humaines ; mais quand elle se développe librement, quand elle s'applique surtout à des actes qui n'intéressent pas directement l'homme qui en ressent les mouvements, ses jugements instinctifs ne sont jamais désavoués par la raison. C'est la garantie la plus sûre de la justice. Le juge a pour lumière la loi morale et pour guide sa propre conscience*", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 4, p.343-344, n°1771-1772.

<sup>866</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 4, p.347-348, n°1774.

<sup>867</sup> CHASSAING (Jean François), *Jalons pour une histoire de la présomption d'innocence, Juger les juges, du Moyen Age au Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, 2003, p. 232.

la procédure de jugement (<sup>868</sup>). Tout le XIX<sup>ème</sup> siècle fut marqué par le désintérêt que la doctrine française alors qu'il en allait différemment dans d'autres pays d'Europe. En tout état de cause, l'accusé ne se voyait aucunement reconnaître un droit à être considéré comme innocent jusqu'au jugement.

Toutefois, l'évolution du rapport entre le juge et l'accusé, ou plus précisément le renforcement des droits de l'accusé notamment en lui accordant le droit d'être assisté d'un avocat durant l'instruction (<sup>869</sup>), procède imperceptiblement d'une transformation du statut de la personne poursuivie. Dans cette perspective, se dessine progressivement le principe que tout accusé doit être regardé comme innocent tant que sa culpabilité n'est pas établie. Le XX<sup>ème</sup> siècle le consacre de façon définitive en l'inscrivant à deux reprises dans le marbre de la loi.

Cependant, le constat reste relativement amer. La présomption d'innocence n'est pas appréhendée dans sa nature juridique véritable, à savoir comme le principe qui organise la démonstration de la vérité judiciaire (Titre 1). Bien plus, il faut reconnaître que ce qui constitue maintenant le mécanisme fondamental du procès pénal, demeure cependant fragile, voire même

---

<sup>868</sup> Comme le rappelle le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation...* "l'art.342 c.inst.crim, qui consacre le système de la preuve morale, doit bien que spécial pour les jurés, être suivi également par les juges appartenant à l'ordre judiciaire, par la cour d'assises, lorsqu'elle juge sans l'assistance du jury, par les tribunaux correctionnels et par les tribunaux de simple police. Une jurisprudence constante met ce point hors de doute", *Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, Vol 36, Paris 1856, p.891, n°89. La Cour de Cassation l'exprime dans un arrêt de la Chambre Criminelle en date du 18 février 1892 et qui précise qu'en "matière correctionnelle, lorsque le délit ne résulte pas nécessairement des constatations d'un procès verbal, les juges doivent, comme les jurés, former leur conviction en s'inspirant des dispositions de l'article 342 du Code d'instruction criminelle",

<sup>869</sup> Déposée en décembre 1895 et votée le 8 décembre 1897 à l'initiative du sénateur Ernest CONSTANS, la loi qui autorise durant l'instruction la présence de l'avocat au côté de l'accusé ne fut élaborée, comme le souligne Pierre Charles RANOUIL, non " pour y apporter la contradiction, [...] mais pour être le garant des interrogatoires plus généralement de l'instruction", Ernest Constans, ami de l'inculpé, *Figures de justice Etudes en l'honneur de Jean Pierre ROYER*, 2004, p. 360. Par la suite, la loi du 22 mars 1921 allait autoriser la partie civile à être assistée par un avocat pendant l'instruction.

inappliqué face aux culpabilités présumées qui firent leur apparition pour certaines infractions spécifiques (Titre 2).

Titre 1 : Une prise de conscience difficile

Titre 2 : Une prise de conscience tardive

## **TITRE 1 Une prise de conscience difficile**

En voulant limiter, parce qu'ils veulent rompre avec les pratiques judiciaires de l'Ancien Régime, toute mesure privative de liberté préalable à une déclaration de condamnation, les députés esquissent les contours d'une présomption d'innocence. En répondant dans l'urgence aux attentes du peuple de France, ces derniers engageaient, sur le procès pénal, un débat plus conjoncturel que structurel. L'Assemblée Constituante entend répondre immédiatement à la demande pressante d'une transformation de la justice criminelle oubliant que le maintien de la preuve légale constituait un obstacle à cette volonté politique. Les mesures provisoires, prises pour renforcer les droits de la défense ne faisaient que confirmer une situation procédurale où l'accusé apparaissait comme un présumé coupable. Il existe donc un décalage entre la volonté de protéger la liberté du citoyen accusé, et son éventuelle transcription sur le plan de la procédure pénale. Par ailleurs, la méfiance exprimée à l'égard d'un corps de magistrats tenus pour responsables des dérives de la justice criminelle de l'Ancien Régime, fut à l'origine d'une reconsidération de la fonction du juge dans la démonstration de la culpabilité.

La conjonction d'une incompréhension sur la véritable portée de ce que constituait la présomption d'innocence conjuguée à la volonté de s'en remettre, pour fixer la vérité judiciaire, à la démarche personnelle et intériorisée de juges choisis, aboutissait à étouffer l'émergence de ce principe. L'évolution législative consacrait son absence du champ procédural, indépendamment d'une rupture qui néanmoins se fit lors de la consécration du jury et de l'intime conviction. Ce qui prévaut pour les juges c'est d'arriver, grâce aux éléments débattus devant eux, à la certitude judiciaire, ou plus précisément d'être convaincus qu'ils y sont parvenus. Le point d'ancrage de toute décision se situe donc sur le seul terrain de la conviction. La consécration législative d'une autre procédure pénale, notamment avec le Code d'instruction criminelle, ne fait que reprendre cette antienne et occulte toute véritable réflexion sur la preuve pénale. Elle n'intéresse que quelques auteurs étrangers qui abordent, de manière très détaillée, le mécanisme probatoire et distinguent la démonstration de la vérité dans le procès civil et

dans le procès criminel. Ils théorisent, non seulement le rôle des parties dans la démonstration de leurs prétentions respectives, mais aussi précisent les obligations du juge dans la recherche de la certitude judiciaire. Recueillant alors une réelle notoriété, la traduction de ces ouvrages ne sera pas sans conséquence sur la redécouverte d'un sujet pourtant essentiel, et sur l'émergence, toutefois relativement lente, de la présomption d'innocence dans son acception moderne, c'est-à-dire celle qui en fait le principe directeur du procès pénal.

C'est ainsi que certains noms du droit criminel français s'efforceront, au XIX<sup>ème</sup> siècle, d'approfondir et de théoriser sur le seul problème de la preuve pénale. Rompant avec l'hégémonie du droit civil et de la procédure qui lui était subséquente, ces derniers exposent la spécificité de la certitude judiciaire en droit pénal. Il ne s'agissait plus de transposer les règles de la preuve civile au droit criminel, mais de dégager la réalité d'une preuve pénale soumise à des intérêts contradictoires, ceux de la société qui accuse, et ceux de la personne mise en cause. Une production littéraire diversifiée précisait la démarche du juge dans la recherche de la vérité judiciaire. Tout en centrant leur développement sur l'indispensable conviction, source de cette certitude et fondement d'une décision exempte de critique, ces auteurs définissaient avec plus ou moins de précision ce que recouvrait la charge de la preuve.

Cependant, l'évolution procédurale qui se faisait sentir depuis la reconnaissance définitive du principe de la présomption d'innocence montre qu'en réalité le principe n'a jamais pu s'imposer (Chapitre 1). Bien plus, l'abandon d'un système de preuve légale au profit d'une introspection personnelle laissée au juge n'a d'autre conséquence que de taire un principe fondamental qui organise la preuve pénale (Chapitre 2).

Chapitre 1 Un principe difficilement admis

Chapitre 2 Un silence généralisé sur ce droit fondamental

## Chapitre 1 Un principe difficilement admis

Le vote des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui consacrent la sûreté comme droit fondamental, constitue les premiers changements de l'ordre juridique pénal de l'Ancien Régime. L'Assemblée Constituante se fait l'écho des revendications consacrées par les Cahiers des Etats généraux. Toutefois, et bien que se trouve exprimée une volonté certaine d'amender une Ordonnance Criminelle tant décriée, il faut constater que le problème de la réforme criminelle, dans sa globalité, ne se trouve pas inscrit immédiatement à l'ordre du jour des travaux parlementaires. Au surplus, le système de preuve légale, objet des satires de VOLTAIRE, et des critiques des philosophes, ne constitue pas un objet de discussion majeur. En réalité, aucune discussion n'est entreprise sur les règles qui conditionnent la culpabilité ou l'innocence d'un accusé. La disparition des pratiques procédurales attentatoires aux droits de la défense fait l'unanimité au sein de l'hémicycle tandis que la transformation d'un système probatoire, pourtant essentiel aux changements souhaités, demeure sans écho.

Dès lors, le sens précis de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, en ce qu'il dessine un autre procès pénal où l'accusé n'est plus considéré comme un coupable en devenir, demeure imperceptible. Les députés n'appréhendent pas les conséquences incidentes de cette consécration du droit à la sûreté. Si les jours qui suivent le vote de ce texte voient le projet de Nicolas BERGASSE fixer le cadre d'une première réforme de la procédure criminelle destinée à remplacer l'ordre judiciaire établi, il faut cependant noter que la réalisation de cet objectif se fait progressivement. Les Constituants entreprennent de procéder à des modifications ponctuelles dont les conséquences, permettant une meilleure prise en compte des droits de la défense, furent de maintenir l'Ordonnance criminelle de 1670 et de pérenniser le système de la preuve légale. Le principe de présomption d'innocence ne pouvait recevoir toute son application. Il se trouvait par conséquent affaibli (Section 1). Cependant, malgré la volonté de poursuivre ces réformes, notamment par l'instauration du jury, les Constituants montrent qu'ils ont

toutes les difficultés à se séparer d'un mécanisme probatoire et à élaborer un autre procès pénal (Section 2).

Section 1 Un principe compromis

Section 2 Le jury, l'intime conviction et la présomption d'innocence

## Section 1 Un principe compromis

Parmi les 17 articles de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, plusieurs intéressent, directement ou indirectement, le droit pénal et la procédure pénale. Les articles 7 à 9 de ce texte consacraient le droit à la sûreté personnelle. L'article 9 posait le principe de la présomption d'innocence bien qu'occulté de sa dimension procédurale. L'Assemblée Constituante, en œuvrant dans l'urgence et sous la pression de *la Commune de Paris* (Paragraphe 1), maintenait le système de la preuve légale incompatible avec un principe qui supposait l'innocence de l'accusé (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1. Des événements qui paralysent l'article 9

L'effervescence de la rue allait rendre chaotique la réalisation d'un idéal de justice souhaité par les députés (A), et les réformes immédiatement réalisées sous la pression ignoraient la présomption d'innocence (B).

#### A. L'urgence empêche la compréhension du principe

Discutée, puis votée dans l'enthousiasme de l'été révolutionnaire, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen adoptée le 26 Août 1789 <sup>(870)</sup> qui constitue, comme le définit Albert SOBOUL, "*le catéchisme de l'ordre nouveau*" <sup>(871)</sup>, consacre l'individu et ses droits <sup>(872)</sup>, c'est à dire l'organisation et la protection de la

---

<sup>870</sup> Aux 17 articles ainsi votés, il avait été prévu de discuter, lors de la séance du lendemain, des articles additionnels qui étaient proposés. Charles François BOUCHE, député du Tiers Etat d'Aix, devait cependant demander que "*l'examen de ces articles soit renvoyé après la Constitution. Cette demande est devenue celle de toute l'assemblée. L'Assemblée décrète que la discussion des articles à ajouter à la Déclaration sera renvoyée après la Constitution*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 août 1789, Vol 8, p. 492. Les événements allaient en décider autrement.

<sup>871</sup> SOBOUL (Albert), *La Révolution française*, Paris, 1983, p. 184.

<sup>872</sup> Comme le souligne Marcel GAUCHET, les Constituants durant les semaines qui précèdent la rédaction définitive de la Déclaration "*auront traversé la plupart des problèmes autour desquels allait s'articuler le déploiement conflictuel des individus. Droits et devoirs, contrainte collective et autonomie personnelle, limite de la liberté et obligations de la société, ils ont à peu près tout croisé, certes sans s'appesantir toujours, avec une sorte de prescience involontaire, souvent, dont l'acuité expressive continue d'étonner*", *La révolution des droits de l'homme*, p. 200.



liberté individuelle face aux contraintes judiciaires dont dispose l'état. Cette volonté affichée de libérer les individus des entraves et des pesanteurs de cette société d'Ancien Régime, fut cependant suivie "*d'une incapacité à concevoir et à concrétiser le régime réalisant les droits de tous en préservant les droits de chacun*"<sup>(873)</sup>. Le contenu pénal exprimé dans ce texte <sup>(874)</sup> demeurerait par trop évanescent pour qu'il puisse recouvrer une réelle effectivité.

L'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, partie de ce triptyque d'articles consacrés aux garanties judiciaires <sup>(875)</sup>, participe plus de cette reconnaissance de la liberté individuelle que de la consécration du principe procédural de présomption d'innocence. En imposant la nécessité de limiter et d'encadrer toute mesure coercitive, ou plus précisément, comme on a pu l'écrire, en exprimant ce besoin "*de concilier la protection des droits individuels et les nécessités sociales de la répression des infractions*"<sup>(876)</sup>, les Constituants montrent toute l'importance qu'ils attachent à la sûreté personnelle de chacun, tout en éclipsant le fait que cette présomption d'innocence puisse également être le ferment d'un nouveau mécanisme probatoire.

Se trouve ainsi mise en évidence une ambivalence entre la volonté de promouvoir une autre justice, conformément aux souhaits exprimés dans les Cahiers de doléance, et la difficulté de faire immédiatement disparaître une Ordonnance criminelle dont l'empreinte laissait en grande partie par PUSSORT, paraissait indélébile <sup>(877)</sup>. Durant les quatre jours de discussion qui aboutirent à la Déclaration

---

<sup>873</sup> GAUCHET (Marcel), *La révolution des droits de l'homme*, p. 201.

<sup>874</sup> L'article 7 énonce le principe de légalité des incriminations pénales et des formes nécessaires pour leur application, l'article 8 le principe de la non rétroactivité de la loi pénale, les articles 1 et 6 l'égalité devant la loi pénale, l'article 5 limitait le champ des incriminations aux seules *actions nuisibles pour la société*, les articles 10 et 11 posaient la liberté de conscience d'expression et d'opinion.

<sup>875</sup> Il s'agit des articles 7 et 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

<sup>876</sup> CONAC (Gérard), DEBENE (Marc), TEBoul (Gérard), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, p. 192.

<sup>877</sup> Faustin HELIE note qu'au moment où "*l'Assemblée constituante résolut de fonder une procédure criminelle, elle se trouva, en jetant ses regards en arrière en présence de deux*

des Droits de l'Homme et du Citoyen les grands principes débattus, notamment sur le droit criminel, restent, dans leur application concrète, soumis à l'hésitation des députés. Toutefois, sous la pression de la rue <sup>(878)</sup>, la jeune Assemblée fut alors contrainte d'examiner, comme le note l'un des observateurs privilégiés de ces événements révolutionnaires <sup>(879)</sup>, un arrêté de la *Commune de Paris* <sup>(880)</sup> qui exigeait que *"la procédure soit plus rapprochée du droit naturel, et que l'examen public des accusés fasse encore plus distinguer l'innocence et l'erreur d'avec les complots perfides qu'il importe de dévoiler promptement, et de punir avec toute la rigueur de la loi"* <sup>(881)</sup>. C'est dans ces conditions que les députés, dont certains contestaient le procédé ou qui estimaient nécessaire de faire disparaître

---

systèmes : l'un qui [...] avait dans son ensemble régi la France depuis l'invasion germanique jusqu'au quinzième siècle, et qui portait en lui même les grands principes de l'accusation publique, du jugements par jurés, de la preuve orale, de la publicité des débats, du droit de la défense [...] L'autre qui, depuis trois siècles seulement, avait succédé au premier, et qui avait pour éléments l'institution du ministère public, la procédure par enquête, l'instruction écrite et secrète, les preuves légales... ", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 1, p.436.

<sup>878</sup> Bon Albert BRIOIS de BEAUMEZ précise que *"la ville de Paris, théâtre principal d'une mémorable Révolution, n'a pu échapper aux désordres qui en sont inséparables"*, A.P., op. cit. , 1<sup>e</sup> série, Tome 8, séance du 29 septembre 1789, p.214. Au demeurant, comme le précise Jean Pierre ROYER *"de véritables insurrections ont placé à la tête de nombreuses communes des gouvernements paralégaux et proprement révolutionnaires, dont la Commune parisienne est l'exemple"*, *Histoire de la justice en France*, p. 260-261.

<sup>879</sup> Bertrand BARERE de VIEUZAC note dans son journal, que *"c'est un militaire citoyen, qui comme les héros de la Grèce fait également écrire & combattre pour la liberté, qui a engagé les représentans de la Commune de demander à l'Assemblée nationale une réforme provisoire de quelques articles dans le code criminel"*, le *Point du Jour*, *Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Tome III, n° LXXVIII du 13 septembre 1789, Vol 1, p. 358-359, il poursuit en précisant *"qu'il n'est personne qui ne doive faire des vœux pour ces changemens, seuls capables de rassurer les individus de la société contre la perspective affligeante des échafauds dressés pour les Langlade, les Calas, les Lebrun, les Labarre, c'est à dire pour la publicité des procédures criminelles, & pour donner aux accusés le moyen de défendre leur vie par un conseil dont ils ne manquent pas quand il s'agit du plus vil des intérêts"*, *ibidem*, p. 358-359.

<sup>880</sup> Comme le rapporte le *Journal des débats et des décrets* *"la Commune de Paris a demandé à l'Assemblée Nationale, qu'en dérogeant à l'Ordonnance de 1670, par un décret provisoire, elle autorisait à donner un conseil aux accusés, à rendre publique l'instruction, à admettre en tout état les faits justificatifs que les accusé pourront proposer, & à exiger, pour la peine de mort les deux tiers des voix des juges qui prononcent la condamnation"*, *Journal des débats et des décrets*, août septembre octobre 1789, n° 18, p. 2.

<sup>881</sup> *Archives Parlementaires*, séance du du 11 septembre 1789, Vol 8, p. 608.

l'Ordonnance criminelle de 1670 <sup>(882)</sup>, se voyaient soumettre avec insistance l'examen de mesures qui, pour provisoires qu'elles fussent, altéreraient cependant un monument législatif.

C'est pourquoi, l'Assemblée Constituante décidait, le 10 Septembre 1789, de créer *"un comité de sept personnes, qui, dans trois jours, apportera une déclaration provisoire qui statuera sur la publicité de la procédure criminelle, l'admission des preuves justificatives et d'un conseil"* <sup>(883)</sup>. L'urgence imposait d'effacer les abus les plus criants de cette justice criminelle et de promouvoir de nouveaux mécanismes procéduraux prenant mieux en compte les droits de l'accusé. Composé de trois avocats Guy Jean Baptiste TARGET, François Denis TRONCHET et Jacques Guillaume THOURET, de Trophime Gérard, Marquis de LALLY-TOLLENDAL *"représentation vivante des erreurs de l'ancien régime"* <sup>(884)</sup>, et enfin de trois parlementaires modérés, Bon Albert BRIOIS de BEAUMETZ <sup>(885)</sup>,

---

<sup>882</sup> Ainsi l'abbé MAURY qui *"pensait qu'il ne falloit pas démembrer ainsi le code criminel, mais le changer entièrement, pour faire jouir à la fois les peuples de ce grand bienfait, & qu'ainsi il n'y avoit pas lieu de délibérer"*, le Point du Jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale, Tome III, n° LXXVIII du 13 septembre 1789, Vol 1, p. 360-361. Quelques uns n'approuvent pas cette proposition, néanmoins MIRABEAU estime que *"ces changemens devoient être mûrement examinés, & qu'ils ne devoient pas être adoptés sur la simple demande d'une municipalité"*, de même estime-t-il que *"les changemens proposés tenoient à l'ensemble de la législation criminelle, & qu'on ne pouvoit les adopter sans tomber dans l'inconvénient de la bouleverser en son entier, & conséquemment qu'il ne falloit pas se décider avec précipitation"*, Journal des débats et des décrets, août septembre octobre 1789, n° 18, p. 2,

<sup>883</sup> Gazette nationale ou Le Moniteur universel, Réimpression de l'Ancien Moniteur depuis la réunion des Etats généraux jusqu'au consulat, Vol 1, p. 453. Selon Bertrand BARERE de VIEUZAC *"M. de Beaumes demanda qu'il fut établi un comité de quatre personnes pour s'occuper de cet objet"*, le Point du Jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale, n° LXXVIII du 13 septembre 1789, p. 360-361, mais l'Assemblée, compte tenu du caractère solennel des réformes à entreprendre, devait décider *"qu'il seroit nommé un Comité de sept personnes, qui présenteroient dans les trois jours à l'Assemblée, un projet de déclaration provisoire sur les objets portés dans la déclaration de la Commune de Paris"*, le Point du Jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale, p. 360-361.

<sup>884</sup> MARTUCCI (Robert), Le parti de la réforme criminelle à la Constituante, *La Révolution et l'Ordre juridique privé*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 juin 1986, p. 232.

<sup>885</sup> Bon-Albert BRIOIS de BEAUMEZ, né le 23 décembre 1759 à Arras, il meurt à Calcutta (Inde) en mars 1801. Premier Président au Conseil supérieur d'Artois en 1785, il est élu député de la noblesse aux Etats Généraux par la province d'Artois. Membre des comités des Rapports, de Législation criminelle, des Finances et de Révision de la Constitution, il est l'un des orateurs de la Constituante dont il en deviendra le Président le 27 mai 1790. Soupçonné de fraude sur les marchés

Emmanuel Marie Michel Philippe FRETAU SAINT JUST <sup>(886)</sup>, André Benoît Hyacinthe LE BERTHON <sup>(887)</sup> ce *Comité des sept* <sup>(888)</sup> allait avoir pour mission de proposer les premières mesures procédurales qui, certes destinées à répondre aux demandes pressantes du mouvement révolutionnaire parisien, n'en constitueront pas moins les premières atteintes à un édifice législatif criminel érigé depuis plusieurs siècles.

Il s'agissait, dans un premier temps, de ne pas "*laisser, dans le code existant, des tâches qui révoltent l'humanité*"<sup>(889)</sup> mais surtout il convenait de proposer, que "*sous peu de jours trois sources principales d'erreurs et d'oppression disparaissent*

---

militaires, il émigre, en Autriche puis en Angleterre qu'il quitte pour Les Etats-Unis. En 1796 il s'embarque pour Calcutta où il devient marchand de sucre et d'épices. Sa dernière lettre date de mars 1801.

<sup>886</sup> Emmanuel Marie Michel Philippe FRETAU de SAINT JUST, né le 25 mars 1745 il meurt à Paris le 14 juin 1794. Conseiller au Parlement de Paris, Beau frère du Premier Président DUPATY, il occupe les fonctions de conseiller à la Grande-Chambre. A cet effet, il jouera un rôle important dans l'*affaire des trois roués* puisqu'il votera contre la condamnation de Bradier, Lardoise et Simare, mais aussi parce qu'il transmettra Le dossier à DUPATY. Elu Député de la noblesse du Bailliage de MELUN, il deviendra par la suite juge, au Tribunal du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris, le 25 novembre 1791. Il démissionne de son poste le 10 août 1792. En mai 1793, considéré comme suspect, car lié d'amitié avec LA FAYETTE, il sera arrêté puis relâché. De nouveau arrêté en 1794, il sera acquitté le 16 mai 1794 puis finalement condamné, et exécuté le 14 juin de cette même année.

<sup>887</sup> André Benoît Hyacinthe LE BERTHON, il naît le 7 janvier 1713 à Bordeaux et décède à Paris le 9 (ou le 17) avril 1800. Conseiller au Parlement de Bordeaux en 1732, puis Président aux enquêtes en 1736, Président à mortier en 1748 puis Premier Président en 1766, il s'opposera, de même que les membres de la Compagnie de ce Parlement, à l'enregistrement des lettres de nomination de DUPATY, en lieu et place du Président de GASCQ dont il avait acheté la charge. Franc-maçon à la loge "la Sincérité" de Saintes puis à la loge "La Française élue écossaise" de Bordeaux. Elu Député de la noblesse par la Sénéchaussée de Bordeaux le 6 avril 1789, il est nommé commissaire à la vérification des pouvoirs de la noblesse. Membre du comité des Recherches et de Législation criminelle il va signer la déclaration en faveur de la religion catholique comme religion d'Etat, protester contre la suppression de la noblesse et contre la constitution. Après 1791, il s'installe à Paris et n'a plus d'activité politique.

<sup>888</sup> Sur ce point il convient de préciser que ce Comité prendra le nom de *Comité destiné à s'occuper de la réforme des lois criminelles*, pour s'appeler par la suite *Comité des sept chargé de quelques réformes dans le Code criminel*. En 1790, il est intitulé *Comité de jurisprudence criminelle* pour, à la fin du travail législatif, définitivement devenir *Comité de législation criminelle*, cf l'article de Roberto MARTUCCI, Le parti de la réforme criminelle à la Constituante, *La Révolution et l'Ordre juridique privé*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 juin 1986, p. 233.

<sup>889</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

de la loi, sans que la loi fût anéantie" (<sup>890</sup>). En intervenant dans l'urgence, et tout en cherchant à apaiser les attentes certaines d'une population impatiente de voir mise en œuvre une réforme de la justice criminelle, les députés confirmaient le caractère transitoire du futur décret dont la rédaction, comme le souligne Jacqueline Lucienne LAFON, constituait "*un délicat dosage de règles anciennes et nouvelles*" (<sup>891</sup>). Ceux-ci éludaient toute discussion sur le problème posé par la preuve pénale, et par voie de conséquence sur une présomption d'innocence qui lui est directement rattachée. C'est dans ces conditions, que le 29 septembre 1789, Bon Albert BRIOIS de BEAUMETZ montait à la tribune de l'Assemblée pour lire un rapport relatif aux changements qui, réalisés immédiatement (<sup>892</sup>), faisaient disparaître l'arbitraire et énonçaient de nouveaux droits.

S'il s'agit, dans un premier temps, de répondre aux dérèglements judiciaires qui accompagnent ces moments d'incertitude ; le rapport, qui ne sera pas suivi de réelles discussions, constitue une première étape dans le renforcement des droits de la défense et la reconnaissance d'un droit à l'innocence (<sup>893</sup>). La Révolution, dans ces moments d'effusion populaire, ne pouvait, après avoir solennellement reconnu au citoyen l'existence de droits inaliénables seuls susceptibles de protéger la liberté

---

<sup>890</sup> Archives Parlementaires, séance du 29 septembre 1789, Vol 8, p. 214. Bertrand BARERE de VIEUZAC écrit que "*le législateur, pressé par les circonstances, par la brièveté du temps, par l'état des choses et la disposition des esprits, a dû se borner à détruire dans ce moment quelques vices de la procédure établie, et à relever le sentiment d'humanité, par les précautions salutaires avec lesquelles on jugera désormais les accusés*", *Le point du jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, Vol 3, p. 281-282.

<sup>891</sup> LAFON (Jacqueline Lucienne), *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien régime*, Genève, 2001, p. 73.

<sup>892</sup> Bertrand BARRERE de VIEUZAC note ainsi dans son journal du 10 octobre 1789 que "*comme on l'avait décidé la veille que la discussion seroit fermée, ne s'agissant que d'une loi provisoire, il est aussi inutile de discuter de dispositions de cette loi, qui sera sans doute préférable aux lois anciennes, que de présenter les améliorations et les réformes les plus salutaires qui auroient été faites, si les circonstances n'avoient pas été aussi urgentes*", *le Point du Jour, Nouveau journal des états généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale*, n° 103 du 10 octobre 1789, Vol 2, p. 264-265.

<sup>893</sup> "*Depuis longtemps l'Europe accuse de barbarie notre législation criminelle. La voix de l'humanité a retenti dans tous les cœurs : de terribles exemples ont trop prouvé les vices de la loi ; et le sang de plus d'une victime innocente, que n'a pas sauvé la religion scrupuleuse des magistrats les plus vertueux a déposé contre les formes de notre procédure*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

individuelle, accepter le maintien de règles procédurales qui, manifestement, l'ignoraient (<sup>894</sup>). Il fallait impérativement, dans l'immédiateté, satisfaire aux revendications exprimées depuis plusieurs années tout en évitant l'anéantissement d'un système judiciaire qui ne pouvait encore être changé.

Une telle célérité exprime en réalité le fait qu'il s'agit d'améliorer un texte plutôt que de le transformer. A la tribune, Bon Albert BRIOIS de BEAUMETZ rappelle que les changements envisagés devaient "*s'adapter à l'ensemble des lois existantes ; qu'ils pussent se pratiquer par les tribunaux qui subsistent*"(<sup>895</sup>). La transformation de la procédure criminelle ne peut être entreprise qu'à l'aune de l'Ordonnance criminelle de 1670 qui, pour l'instant, demeure. Cette présentation timide du *projet de déclaration sur quelques changements provisoires dans l'Ordonnance criminelle*, relayée par l'attitude modérée des députés sur ce sujet, exprime non seulement leur frilosité quant à une véritable éradication de la procédure criminelle qu'ils connaissent et qu'ils pratiquent, mais surtout, il confirme bien cette idée que l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen demeurait circonscrit au seul problème de la privation de liberté du citoyen accusé.

## **B. L'évocation fugace d'une présomption d'innocence**

Les Constituants cherchent à renforcer les droits des accusés par la mise en place de véritables garanties judiciaires, ferment des droits de la défense. Aussi, considéraient-ils qu'il fallait, en préalable à l'établissement d'une autre justice criminelle, "*rendre la procédure publique, accorder un conseil à l'accusé, admettre en tout état de cause les faits qu'il propose pour sa justification*"(<sup>896</sup>). Les représentants de la nation entendaient inscrire des dispositions procédurales

---

<sup>894</sup> "*Jamais il ne fut plus nécessaire d'écarter du sanctuaire redoutable de la loi ces nuages épais qui, environnant à la fois le juge, le coupable et la procédure, ne présentent au public que méfiance et terreur où il ne doit voir que protection et sûreté* ", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

<sup>895</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

<sup>896</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

pratiques qui s'harmonisaient avec les vœux des Cahiers de doléance. En adoptant immédiatement plusieurs mesures transitoires <sup>(897)</sup>, ces derniers effaçaient quelques uns des articles dont la seule lecture constituait un motif d'indignation et de critique permanent puisqu'ils niaient les droits les plus élémentaires de la personne <sup>(898)</sup>, sans pour autant écarter un texte consacré par le poids des ans <sup>(899)</sup>. Leur volonté consistait à formaliser des règles nouvelles qui assureraient effectivement les droits de l'accusé <sup>(900)</sup>.

Le rapport préparé par le "Comité des sept" reste donc emprunt des seules circonstances conjoncturelles imposées par la rue ; de sorte que la portée réelle des principes établis par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ne fut réellement perçue mais surtout intégrée au travail effectué par ce comité. L'article 9 qui proclame cette présomption d'innocence demeure sans véritable incidence sur les conditions qui doivent présider à la démonstration de la culpabilité. Les premières mesures souhaitées et adoptées montrent une certaine cécité sur ce que doit être la preuve pénale.

A cet effet, et après avoir rappelé que les droits de la défense ne trouvaient leur plein épanouissement que dans la publicité des débats et la nécessaire assistance de l'accusé par un conseil, le rapport rappelle, non sans vigueur,

---

<sup>897</sup> "Ce que vous attendez de nous n'est donc pas un code, mais un petit nombre d'articles ; une régénération, mais une première réforme ; un système durable de législation mais une disposition provisoire", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

<sup>898</sup> Bon Albert BRIOIS de BEAUMETZ s'écrie devant les députés ; "vous ne pouviez laisser, dans le code existant, des tâches qui révoltent l'humanité. Vous avez voulu qu'elles disparaissent sur le champ", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

<sup>899</sup> Comme le précise le rapport lu par Bon Albert BRIOIS de BEAUMEZ "nous avons cru devoir nous rappeler, à tous les instants de notre travail, qu'il n'a rien de commun avec celui de la Constitution ; et qu'autant les créateurs d'un pouvoir judiciaire ont dû s'élever au dessus des institutions actuelles, pour concevoir les plans et tracer les dessins d'un édifice tout neuf, autant nous devons être soigneux de raccorder avec ces mêmes institutions les innovations indispensables qu'il nous est prescrit d'exécuter", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

<sup>900</sup> "Jamais il ne fut plus nécessaire d'armer les accusés de tout ce qui peut rendre l'innocence évidente, dissiper les préjugés, éteindre les suspicions ", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 214.

que le jugement qui suit le dernier interrogatoire reste la tâche la plus difficile des juges <sup>(901)</sup>. Il apparaît alors indispensable de revoir les conditions qui permettent d'infliger une peine afflictive ou la peine de mort <sup>(902)</sup>. Le rapport dénonce implicitement que le critère de votation fixé par l'Ordonnance criminelle de 1670 <sup>(903)</sup> devenait incompatible avec la volonté affichée de promouvoir les droits de l'accusé. Il demeure cependant silencieux sur le système probatoire qui pourtant conditionne la culpabilité. Les membres du *Comité des sept* ne se déterminent pas sur la démarche du juge dans sa démonstration de la culpabilité mais sur le primat d'une liberté qu'il convient de protéger.

Les dernières lignes du texte font apparaître que le mécanisme décisionnel s'inscrit dans une démarche appuyée sur l'examen rationnel des éléments de preuve mais aussi sur une fiction juridique bénéficiant à l'accusé. Bon Albert BRIOIS de BEAUMEZ expose que *"toutes les délibérations ne sont que des calculs de probabilités. Ce sont des probabilités qu'additionne tout homme qui recueille et qui compte des suffrages. Or, toute probabilité doit être comparée avec les présomptions opposées ; et de toutes présomptions, la plus forte et la plus sacrée, celle qui doit être la plus religieusement consultée,*

---

<sup>901</sup> "Le jugement doit suivre immédiatement le dernier interrogatoire; il paraît nécessaire à la liberté, à l'étendue des discussions qui le doivent accompagner, que les magistrats retirés dans l'intérieur de la chambre du conseil, se livrent, dans le calme le plus profond, à cette fonction redoutable", *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 217.

<sup>902</sup> Plus précisément, comme le relève les débats, "quelle pluralité de suffrages sera désormais requise pour faire prévaloir l'opinion qui condamne un homme à une peine afflictive, et surtout à perdre la vie" *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 217.

<sup>903</sup> L'Ordonnance criminelle de 1670 précise que "les jugemens, soit définitifs ou d'instruction, passeront à l'avis le plus doux, si le plus sévère ne prévaut d'une voix, dans les procès qui se jugeront à la charge d'appel, et de deux dans ceux qui se jugeront en dernier ressort", Ordonnance criminelle de 1670, article 12, Titre XXV. Sur ce dernier point, LAMOIGNON modifiait, dans la *Déclaration relative à l'Ordonnance criminelle* du 1<sup>er</sup> mai 1788, cet article mais seulement en cas de condamnation à la peine capitale. L'article 4 de la Déclaration énonçait qu'"aucune condamnation à la peine de mort ne puisse être prononcée en dernier ressort, si l'avis ne prévaut de trois voix", ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'An 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Vol 28, p. 531.



*c'est la présomption de l'innocence* "(<sup>904</sup>). En entourant cette expression d'un ton plus que solennel, l'orateur rappelle-t-il un éventuel principe écarté par une pratique judiciaire, ou exprime-t-il cette idée que la culpabilité ne peut uniquement reposer sur la seule preuve légale, mais être la résultante d'un examen approfondi de données antagonistes à savoir, les éléments recueillis dans le dossier et une fiction juridique bénéficiant à l'accusé.

La réponse que l'on puisse apporter consiste à dire que le jugement de condamnation ne peut plus s'inscrire uniquement dans le cadre juridique de l'Ordonnance criminelle de 1670 (<sup>905</sup>). Le *Comité des sept* ne fixe pas les termes d'un nouveau procès pénal, mais se contente de confirmer toute l'importance que revêt la protection de la liberté individuelle, notamment dans le procès pénal. Au demeurant, Bon Albert BRIOIS de BEAUMETZ termine son développement sur le sujet en sollicitant de l'Assemblée qu'elle précise, et même fixe, à partir de "*quelle majorité proportionnelle de suffrages doit céder cette présomption, sur laquelle toute justice repose*"(<sup>906</sup>). Le ton interrogatif de cette dernière phrase marque ici toute la force relative de cette évocation à une présomption d'innocence. Dans ce rapport, les membres de ce comité ne cherchent pas à esquisser les principes généraux qui arbitreraient les rapports antagonistes entre l'accusé et celui qui accuse, et ce, dans un cadre procédural équilibré.

Plus exactement, si ce discours introductif exprime une volonté de vouloir améliorer le sort de l'accusé, le recours à cette "*présomption de l'innocence*" s'inscrit dans une problématique où il importe d'éviter les erreurs judiciaires, et non dans une réelle remise en cause d'un système probatoire. L'accusé doit,

---

<sup>904</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 217.

<sup>905</sup> Le *projet de décret sur la réformation provisoire de la procédure criminelle* fixait en son article 24 qu'"aucune condamnation à peine afflictive ou infamante ne pourra être prononcée qu'aux deux tiers des voix ; et la condamnation à mort ne pourra être prononcée par les juges en dernier ressort qu'aux quatre cinquième", ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'An 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Vol 9, p. 218.

<sup>906</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 septembre 1789, Vol 9, p. 217.

dès le début de la procédure, bénéficier de garanties effectives. Le rapport introductif, lu par Bon Albert BRIOIS de BAUMEZ, confirme cette idée que la réformation provisoire des aspects les plus décriés de l'Ordonnance Criminelle est un préalable nécessaire. Il importe en effet d'accroître le champ d'intervention procédurale de l'accusé dans le déroulement du procès pénal, de telle sorte que la liberté individuelle, reconnue solennellement par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen votée en août 1789, puisse réellement bénéficier d'une protection efficiente.

La liberté ne pourra trouver sa pleine expression que si les moyens, dont dispose le pouvoir judiciaire, constituent de véritables garanties. Il faut ici admettre que ce passage, qui clôt la présentation des premières mesures destinées à répondre aux attentes du peuple parisien, ne fait que mettre en évidence l'ambiguïté rédactionnelle de l'article 9 de la Déclaration. L'énoncé du principe ne revêt pas de véritable caractère normatif mais se réduit à un rôle explicatif du caractère exceptionnel de la détention. Aussi ne peut-il s'analyser comme une proposition principale impérative, encadrant la construction de la preuve lors de l'instruction, et durant le procès pénal. Le mécanisme de la preuve légale subsiste donc dans son acception mais aussi dans ses conséquences pratiques sur le plan de la culpabilité. Dès lors le projet de décret, tant dans sa présentation que dans sa rédaction conçue par le *Comité des sept*, demeure silencieux sur la réalité d'un autre système probatoire. L'inadéquation est ici marquée entre un principe procédural qui devrait être, et la perception que les Constituants en ont effectivement eue. La présomption d'innocence, comme mécanisme organisant la démonstration de la culpabilité, ne pouvait aucunement éclore.

## **Paragraphe 2 Une présomption d'innocence que l'on oublie**

La pression croissante de l'opinion publique et l'intervention de députés soucieux de voir se construire une autre justice criminelle aboutit à l'adoption de mesures significatives pour la défense (A) s'inscrivant cependant dans le système de la preuve légale, et qui empêche l'expression du principe de présomption d'innocence (B).

## A. Les changements effectifs

Après avoir exposé les principes d'une *réformation provisoire de la procédure criminelle* et explicité les raisons qui amenaient à ces changements indispensables, Bon Albert BRIOIS de BAUMEZ quittait la tribune pour céder sa place à Jacques Guillaume THOURET, autre membre du *Comité des sept*. Ce dernier énumérait les vingt huit articles du projet de *décret sur la réformation provisoire de la procédure criminelle* dont la philosophie s'inspirait largement des doléances exprimées dans les Cahiers de doléances<sup>(907)</sup>. Compromis entre les réformes avortées entreprises par LAMOIGNON en 1788 et cette volonté de réformer la justice criminelle, ce décret consacre de fait, en faveur de l'accusé, un droit à l'innocence<sup>(908)</sup>.

Toutefois, le préambule qui précède les articles présentés à l'Assemblée Constituante précise qu'il convient de "*faire jouir dès à présent la nation de l'avantage de plusieurs dispositions qui, sans subvertir l'ordre de procéder actuellement suivi, rassureront l'innocence, et faciliteront la justification des accusés*"<sup>(909)</sup>. Le cadre procédural fixé par l'Ordonnance criminelle de 1670 subsistait. Il convenait de composer avec les règles anciennes. La procédure restait écrite, le rapport du juge déposé avant le jugement demeurait, de même que les conclusions du ministère public et le dernier interrogatoire de l'accusé. Toutefois, le projet confirmait la suppression de la sellette, de la

---

<sup>907</sup> Comme le souligne Adhémar ESMEIN, "*cette loi, qui dans la pensée de ses auteurs ne devaient avoir qu'une existence éphémère, était pourtant harmonieusement combinée. C'est qu'en réalité elle était prête depuis longtemps ; et les réformes qu'elle introduisait, réclamées maintes fois, avaient été pour ainsi dire rédigées par l'opinion publique*", *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 415. On retrouve aussi cette idée chez Jean Jacques CLERE qui précise, qu'"*en ce domaine plus qu'en tout autre peut être, la Révolution était faite dans les esprits avant même la réunion des Etats généraux*", CLERE (Jean Jacques), *les Constituants et l'organisation de la procédure pénale, La Révolution et l'Ordre juridique privé, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 juin 1986*, p.442.

<sup>908</sup> "*Jamais il ne fut plus nécessaire d'armer les accusés de tout ce qui peut rendre l'innocence évidente, dissiper les préjugés, éteindre les suspicions*", *Archives Parlementaires, séance du 29 septembre 1789, Vol 9*, p. 214.

<sup>909</sup> DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 48.

question <sup>(910)</sup> et l'obligation de condamner sur des faits démontrés et constants <sup>(911)</sup>. Toutefois les changements envisagés apportaient à l'accusé des moyens de défense plus efficaces.

Ils trouvent ainsi leur pleine expression, non seulement dans l'assistance d'un conseil <sup>(912)</sup>, autorisé durant la procédure d'instruction <sup>(913)</sup> et lors du jugement <sup>(914)</sup> mais aussi dans le fait que la procédure ne sera plus couverte par le secret. L'ouverture vers l'extérieur, de l'instruction et du procès, bouleversait un ordre des choses séculairement établi. Il consistait, dès la plainte et durant l'information, à adjoindre au juge des citoyens assermentés et élus tous les ans par la municipalité <sup>(915)</sup>. Par leur présence, ces derniers assuraient une publicité, certes restreinte, depuis la plainte jusqu'au décret d'accusation, et qui avait tant fait défaut auparavant. Ils assistaient non seulement aux actes diligentés par le juge chargé de l'instruction, mais pouvaient également faire toutes les observations utiles sur les charges relevées à l'encontre de l'accusé.

---

<sup>910</sup> "L'usage de la sellette au dernier interrogatoire, et la question, dans tous les cas, sont abolies", du Décret des 8 oct.-3 nov. 1789, article 24, DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 49.

<sup>911</sup> "Toute condamnation à peine afflictive ou infamante [...] exprimera les faits pour lesquels l'accusé sera condamné, sans qu'aucun juge puisse jamais employer la formule pour les cas résultant du procès", Décret des 8-9 oct. et 3 nov. 1789, article 22, DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 49. Ces deux dispositions reprennent les articles 1, 3 et 8 de la Déclaration du 1<sup>er</sup> mai 1788.

<sup>912</sup> "L'accusé décrété de prise de corps pour quelque crime que ce soit, aura le droit de se choisir un ou plusieurs conseils, avec lesquels il pourra conférer librement en tout état de cause [...]. Dans le cas où l'accusé ne pourrait pas en avoir par lui-même, le juge lui en nommera un d'office, à peine de nullité ", Décret des 8-9 oct. et 3 nov. 1789, DUVERGIER, article 10 *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 49.

<sup>913</sup> "Le conseil de l'accusé aura le droit d'être présent à tous les actes de l'instruction sans pouvoir y parler au nom de l'accusé", Décret des 8-9 oct. et 3 nov. 1789, article 18, DUVERGIER, *Collection complète des lois des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p.50.

<sup>914</sup> "Son conseil pourra être présent pendant la séance entière, et parler pour sa défense après le rapport fini, les conclusions données et le dernier interrogatoire prêté...", Décret des 8-9 oct. et 3 nov. 1789, article 21, DUVERGIER, *Collection complète des lois des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p.50.

<sup>915</sup> L'article 2 du décret indique "ces notables seront choisis parmi les citoyens de bonne mœurs et de probité reconnue ; ils devront être âgés de vingt-cinq ans au moins et savoir signer "

A cette publicité qui s'appliquait à la phase d'information, se substituait une publicité plus large (<sup>916</sup>), tant durant l'instruction (<sup>917</sup>), que lors du jugement (<sup>918</sup>). En supprimant ceux des aspects les plus critiqués de l'Ordonnance de 1670 et en consacrant de nouveaux droits pour l'accusé, le projet anéantissait partiellement une citadelle procédurale qui avait neutralisé le droit à l'innocence. Le préambule du décret des 8-9 octobre et 3 novembre 1789 affiche donc nettement la volonté de trouver un point d'équilibre entre deux intérêts contradictoires dans le cadre du procès pénal : renforcer les droits individuels de l'accusé sans pour autant négliger les intérêts de la société (<sup>919</sup>), et ce, dans le cadre procédural du procès pénal de l'Ancien Régime (<sup>920</sup>). Toutefois, en restant silencieux sur le système de la preuve légale, l'Assemblée Constituante en maintient de fait son usage.

---

<sup>916</sup> Sur ce point nous renvoyons à l'article de Jacqueline Lucienne LAFON, *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien régime*, Genève, 2001, p. 74 et sqq.

<sup>917</sup> Dès que la justice se sera assurée de la personne de l'accusé, il est indiqué à l'article 11 du décret que " tous les actes de l'instruction seront faits contradictoirement avec lui, publiquement, les portes de la chambre d'instruction étant ouvertes"

<sup>918</sup> "Le rapport du procès sera fait par un des juges, les conclusions du ministère public données ensuite et motivées, le dernier interrogatoire prêté et le jugement prononcé, le tout à l'audience publique", Décret des 8 oct.-3 nov. 1789, DUVERGIER, article 21, *Collection complète des lois des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p.50.

<sup>919</sup> "Il est cependant possible de faire jouir dès à présent la nation de l'avantage de plusieurs dispositions qui, sans subvertir l'ordre de procéder actuellement suivi, rassureront l'innocence, et faciliteront la justification des accusés" DUVERGIER, *Collection complète des lois des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 49.

<sup>920</sup> L'article 28 du décret précisait que "l'ordonnance de 1670, et les édits, déclarations et règlements concernant la matière continueront d'être observés en tout ce qui n'est pas contraire au présent décret, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné", DUVERGIER, *Collection complète des lois des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 50. Comme le souligne Adhémar ESMEIN "le décret de 1789 ne ruine point l'ordre de procéder, usité jusque là. C'est toujours l'ordonnance de 1670 qui reste en vigueur", ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 410.

## **B. Le maintien de la preuve légale, l'éviction de la présomption d'innocence**

En énonçant avec force, que *"l'un des principaux droits de l'homme, [...], est celui de jouir, lorsqu'il est soumis à l'épreuve d'une accusation criminelle, de toute l'étendue de liberté et de sûreté pour sa défense qui peut se concilier avec l'intérêt de la société qui commande la punition des délits"*<sup>(921)</sup>, se trouve rappelé l'idée que la liberté, ou plutôt la protection qui doit lui être apportée, doit demeurer impérative quelles qu'en soient les circonstances. Il importait d'assouplir les rigueurs d'un texte de plus en plus critiqué, sans pour autant ébranler l'ordonnancement juridique de cet édifice centenaire.

Aussi, convient-il ici de souligner que la démarche des Constituants répondait à une finalité précise. Elle consiste à garantir au citoyen qui doit répondre d'une accusation lancée contre lui, les conditions d'une protection effective de sa liberté. Certes, si les premiers éléments d'une rupture avec le cadre procédural initiée par l'Ordonnance criminelle de 1670 sont évoqués<sup>(922)</sup>, il faut reconnaître que ces derniers n'abordent aucunement le problème du maintien ou non de la preuve légale<sup>(923)</sup>, qu'il s'agisse du rapport de Bon Albert BRIOIS de BEAUMEZ ou du texte lui-même. On ne peut que s'étonner du fait que les Constituants aient éludé cette question. Sans doute faut-il rechercher derrière ce silence, tout le poids d'une doctrine qui s'est façonnée et imposée au cours des siècles mais aussi la crainte de substituer immédiatement, à ce qui paraissait être une construction rationnelle et solide mais susceptible d'amélioration, un autre système de preuve. Ces derniers

---

<sup>921</sup> DUVERGIER, *Collection complète des lois des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 48.

<sup>922</sup> Sur l'existence d'une politique criminelle décidée et voulue par la Constituante, nous renvoyons à l'article de Roberto MARTUCCI, *Le parti de la réforme criminelle à la Constituante, La Révolution et l'Ordre juridique privé*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 juin 1986, p. 229-230.

<sup>923</sup> La question, comme le souligne Adhémar ESMEIN, peut se poser *"Est-ce une omission volontaire ? Pensait-on que ce système, qui n'avait été imposé par aucune loi, mais seulement créé par la jurisprudence, n'avait pas besoin d'être abrogé par une loi ?"*. ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 415-416.

entendaient, dans un premier temps, prendre les premières mesures qui amélioreraient la procédure criminelle (<sup>924</sup>).

Néanmoins, les premières mesures envisagées par le *Comité des sept* ne répondaient pas entièrement aux attentes des représentants de la Commune de Paris (<sup>925</sup>). Parce que les circonstances entravaient l'exercice de la justice criminelle et qu'ils convenaient d'éviter les erreurs judiciaires, ces derniers souhaitaient aller plus loin (<sup>926</sup>). Il fallait adopter des mesures qui protègent l'innocence de l'accusé (<sup>927</sup>), tout en assurant une répression effective. Le Décret n'avait pris que des mesures partielles sans envisager un projet d'ensemble. Il ne s'agissait pas de transformer entièrement toutes les formes procédurales, et encore moins de réfléchir et de définir un autre système probatoire. Il fallait simplement mettre en adéquation le principe de liberté, consacré solennellement par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, avec les impératifs du procès pénal et préciser les garanties dont bénéficiait tout citoyen accusé même si demeurait la nécessaire protection de l'ordre public.

---

<sup>924</sup> Ce que souligne Bertrand BARRERE de VIEUZAC quand il écrit qu'"une réformation des abus n'est pas une réglementation des lois, & il faut attendre qu'un comité de législation instruit & nombreux, & surtout quelques années de réflexions tranquilles, puissent produire un code criminel, dans lequel la théorie des preuves sera moins imparfaite, les lois pénales moins criminelles, plus morales, plus promptes, sans sacrifier l'intérêt de l'accusé, & sans compromettre la sûreté sociale", le *Point du Jour Nouveau journal des états généraux* ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale, n° 103 du 10 octobre 1789, Vol 2, p. 264-265.

<sup>925</sup> Désigné par les 60 districts parisiens, les électeurs du Tiers décidèrent, après la nomination de leurs députés, de continuer à siéger. Le 13 juillet 1789 cette assemblée prend le nom d'*Assemblée générale des électeurs*. Le 25 juillet l'*Assemblée générale des représentants de la Commune* devait lui succéder.

<sup>926</sup> Dans un arrêté lu devant l'hémicycle ils souhaitent instamment "*que la procédure soit plus rapprochée du droit naturel, et que l'examen public des accusés fasse encore plus distinguer l'innocence et l'erreur d'avec les complots perfides qu'il importe de dévoiler promptement*", *Archives Parlementaires*, séance du 11 septembre 1789, Vol 8, p. 608.

<sup>927</sup> "*La raison et l'humanité demandent dès à présent des formes judiciaires qui, en secourant l'innocence, puissent mieux établir les preuves du crime et rendre la condamnation plus sûre*", *Archives Parlementaires*, séance du 11 septembre 1789, Vol 8, p.608.

En reconnaissant au citoyen un droit à être présumé innocent dès le déclenchement d'une procédure, les rédacteurs du décret qui montrent toute l'importance accordée à l'exercice de la liberté individuelle, même quand elle se trouve contrainte, n'entament aucune discussion sur la preuve légale. Le maintien implicite d'un système rigide qui organisait la démonstration de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé, clef de voûte du procès pénal de l'Ancien Régime, ne pouvait qu'aboutir à ignorer le principe procédural de la présomption d'innocence. Cette démarche est confirmée par le décret pris les 22 et 25 avril 1790, et qui complète les dispositions du décret des 8-9 octobre et 3 novembre 1789 (<sup>928</sup>). En effet, postérieurement à son entrée en vigueur, le texte connut des difficultés d'application (<sup>929</sup>). C'est ainsi que le Garde des sceaux, Jérôme Marie Adélaïde CHAMPION de CICE (<sup>930</sup>) exposait, dans un mémoire daté du 8 décembre 1789 (<sup>931</sup>), et présenté le 9 décembre, les

---

<sup>928</sup> Le préambule de ce second décret confirme ces règles nouvelles en matière criminelle, car cette loi était "*aussi essentielle à la sûreté publique et à la liberté individuelle*", Décret du 25 avril 1790, DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome , p. 153.

<sup>929</sup> Comme le note le Conseiller MILLION, lieutenant criminel au Châtelet général, en parlant de la publicité de débats, "*En attendant l'expérience, cette grande maîtresse, nous démontre que la publicité de l'instruction forme et multiplie les malfaiteurs dont elle favorise l'impunité*", cité par Jacqueline Lucienne LAFON dans son article, *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien régime*, p. 77. Les inconvénients de ces nouvelles dispositions se résumaient à l'impossibilité de trouver dans les tribunaux des salles suffisantes pour assurer la publicité au cours de l'instruction et lors du jugement, mais aussi dans le choix et le pouvoir réel des notables adjoints, sur ce point cf Jacqueline Lucienne LAFON, *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien régime*, p. 77 et sqq.

<sup>930</sup> Jérôme Marie Adélaïde CHAMPION de CICE, il naquit à Rennes le 3 septembre 1735 et décéda à Aix en Provence le 22 août 1810. Ordonné prêtre en 1761, il devient Evêque de Rodez en 1770, avant d'être nommé Archevêque de BORDEAUX en 1781. Elu au Etats Généraux par les représentants du clergé de la Sénéchaussée de Bordeaux, il sera membre du *Comité de Constitution et des finances*. Nommé Garde des Sceaux le 3 août 1789, il démissionnera de ce poste le 21 novembre 1790. Il sera membre du club Monarchique puis du club des Impartiaux Refusant de prêter le serment civique, il émigre à Bruxelles puis en Hollande et enfin à Londres pour ne rentrer en France que le 21 février 1802. Nommé Archevêque d'Aix en Provence en 1802, puis Grand officier de la Légion d'honneur le 15 janvier 1805, il devient Comte d'Empire le 16 novembre 1808. Il présidera la société des amis des sciences, lettres, agriculture et arts d'Aix et de l'académie de Marseille.

<sup>931</sup> *Mémoire envoyé par M. le Garde des sceaux à M. le président de l'Assemblée nationale, au sujet du décret portant réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle*, A.P, op. cit. , 1<sup>e</sup> série, Tome 10, pp. 459-464.



problèmes liés à la mise en œuvre de ces nouvelles mesures (<sup>932</sup>). Dans son intervention, celui-ci précisait les conditions d'intervention des notables adjoints lors de la procédure d'accusation puis durant l'instruction, maintenait le principe de la publicité et de l'assistance de l'accusé par un conseil mais surtout confirmait le recours au système de la preuve légale.

Il s'agissait donc d'une législation transitoire ou plus précisément d'un compromis indispensable entre la procédure inquisitoire appliquée dans la France de l'Ancien Régime et une procédure accusatoire que les juristes anglophiles ne cessaient de réclamer. La rupture avec l'ancienne pratique procédurale n'était pas entièrement consommée. En réalité, l'impossibilité de changer les magistrats toujours en place confrontée au besoin immédiat de répondre aux attentes des français, explique cet équilibre procédural précaire. Les juges qui s'étaient émancipés des contraintes de l'Ordonnance criminelle de 1670 et se son système probatoire souhaitaient conservés leur liberté de conviction. Le principe procédural de la présomption d'innocence ne pouvait que difficilement éclore

Une explication sur ce point est à rechercher dans la composition même du *Comité des sept*. A l'exception du Marquis de LALLY TOLLENDAL, tous ses membres appartiennent au monde de la Robe. Le contact de ces institutions judiciaires tant décriées et le poids de règles doctrinales séculaires auxquelles il paraissait difficile de renoncer, constituaient un frein à l'émergence de nouveaux principes. Ceux-ci n'ont pas réellement appréhendé toute l'importance du mécanisme procédural, posé implicitement par l'article 9 de la Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen, ignorant de fait l'importance de la preuve dans la conduite du procès pénal. En minorant la critique aux seuls droits de la défense, le *Comité des sept* vidait de son sens un principe de présomption d'innocence dont la réelle portée n'avait pas été mesurée. Ce qui importait consistait dans la nécessité d'assurer une réelle protection de la liberté individuelle durant l'instruction et pendant le procès,

---

<sup>932</sup> Elles sont relatives à la fonction des adjoints, des conseils mais aussi à la forme de l'instruction et des jugements

et ce par une consécration effective des droits de la défense. Il ne s'agissait nullement de modifier totalement les conditions dans lesquelles la démonstration de la culpabilité s'opérait. Parmi les critiques mises en évidence dans les textes de loi discutés par les députés de la Constituante (<sup>933</sup>), il ne fut aucunement envisagé de refondre complètement le système probatoire même si les juges, qui s'en étaient progressivement libérés, l'avaient fait au détriment d'un droit à l'innocence.

## **Section 2 Le jury, l'intime conviction et la présomption d'innocence**

Si le décret des 8-9 sept. et 3 nov. 1789 remédiait provisoirement aux abus de l'Ordonnance criminelle de 1670, il fallait néanmoins poursuivre le changement tant souhaité. La discussion engagée par l'Assemblée Constituante, sur l'adoption du jury, allait consacrer l'abandon du système de la preuve légale sans toutefois promouvoir la présomption d'innocence comme principe directeur du procès pénal. Si *les principes fondamentaux de la police et de la justice* exposés par DUPORT décrivent un mécanisme qui s'en approche (Paragraphe 1), les interventions ultérieures montrent que la véritable portée de ce principe demeure incomprise (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 Les premières évocations**

Ce qui constitue des réponses partielles aux attentes exprimées par les français en matière de justice criminelle ne peut s'interrompre. L'édification d'une justice plus humaine et plus respectueuse de la liberté s'établira en fonction de principes précisés le 22 septembre 1789 et qui esquissent les contours d'une présomption d'innocence (A) toutefois ignorée par l'institution du jury (B).

---

<sup>933</sup> "L'esprit et les formes de la procédure pratiquée jusqu'à présent en matière criminelle s'éloignent tellement de ce premier principe de l'équité naturelle et de l'association politique qu'il nécessitent une réforme entière de l'ordre judiciaire pour la recherche et le jugement des crimes", Décret des 8-9 oct.-3 nov. 1789, DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 1, p. 48.

## A. Les principes énoncés le 22 septembre 1789

Les premières mesures prises par les Constituants en matière de justice criminelle constituent le prélude à l'adoption d'une autre législation qui entendait garantir la liberté civile et le droit à l'innocence d'un accusé. C'est ainsi que s'ouvre, au cours du printemps 1790, un débat sur *l'ordre judiciaire et l'établissement des jurés* et qui aboutira à l'adoption d'une autre forme de procès pénal consacré par le décret du 16-29 septembre 1791 (<sup>934</sup>). S'exprimant le 22 décembre 1789 Jacques-Guillaume THOURET, précédemment intervenu lors du décret du 8-9 sept. et 3 nov. 1789, expose ainsi la première partie (<sup>935</sup>) d'un projet d'organisation judiciaire (<sup>936</sup>), préparée par le *Comité de constitution*, et destinée à remplacer les cadres judiciaires existants.

Estimant indispensable de revoir l'organigramme des juridictions et leurs compétences respectives, l'orateur poursuit son discours en précisant qu'il sera discuté de "*l'établissement des jurés en matière criminelle*"(<sup>937</sup>). Faisant néanmoins le constat d'une nécessaire prudence dans l'établissement du jury bien qu'il constitue l'essence d'un autre procès pénal (<sup>938</sup>), l'orateur convenait que, "*cette dernière institution, appelée par le patriotisme, soit retardée par la sagesse, pour*

---

<sup>934</sup> Comme le précise Jean Pierre ROYER "*la loi du 16 septembre 1791 qui créa le jury criminel marque l'aboutissement d'un lent et patient travail de la Constituante : 37 séances au total, qui s'échelonnent du 24 mars 1790 au 16 septembre 1791*", *Histoire de la Justice en France*, 3ème édition revue et mise à jour, PUF, 2001, p. 303.

<sup>935</sup> La seconde partie de son projet devait être lue le 2 février 1790.

<sup>936</sup> Pour l'essentiel il s'agit de la création d'un juge de paix dans les cantons, un tribunal de cinq juges dans les districts, un tribunal de départements, des Cours supérieures, une haute Cour nationale et enfin une Cour suprême de révision.

<sup>937</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 718. L'institution du jury constitue les articles 1 à 11 du Titre XII *Des juges et de la forme de juger en matière criminelle*. Il faut cependant préciser, que l'annexe 3 de la séance du 22 décembre 1789 se trouve être *Le nouveau projet sur l'ordre judiciaire conforme aux bases décrétées par l'Assemblée nationale, proposé par le comité de constitution*, *Archives Parlementaires*, séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 725-741.

<sup>938</sup> L'article 1<sup>er</sup> du Titre XII précise que "*La forme de la procédure par jurés, en matière criminelle, est un des points fondamentaux de la constitution française*".

acquérir plus de stabilité"(<sup>939</sup>). Sur ce point, il faut noter que le projet du *Comité de constitution*, annexé au procès verbal de l'Assemblée, n'envisageait aucunement de modifier, voire même de supprimer la preuve légale pour lui substituer un autre mécanisme probatoire.

Un second rapport présenté aux parlementaires, sans qu'il leur soit toutefois exposé oralement, allait cependant remettre en question le principe de son maintien. Rédigé par Adrien DUPORT, et intitulé *les principes fondamentaux de la police et de la justice* (<sup>940</sup>), le représentant de la noblesse parlementaire qui avait déjà réfléchi sur ce sujet (<sup>941</sup>), estimait devoir offrir à une représentation nationale peu préparée à ces débats (<sup>942</sup>), une première ébauche suffisamment élaborée pour permettre un véritable travail de réflexion (<sup>943</sup>). Les trente huit articles qui composent ce document de travail, constituent, selon Adrien DUPORT, un idéal judiciaire sur lequel se construira une justice criminelle compatible avec les principes posés par la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

---

<sup>939</sup> Archives Parlementaires, séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 718.

<sup>940</sup> Les Archives Parlementaires indiquent que le texte n'a pas été inséré au *Moniteur*. Par ailleurs, selon les différents journaux de l'époque et notamment *Le point du jour*, Adrien DUPORT ne devait pas intervenir à la tribune de l'Assemblée pour présenter ce document.

<sup>941</sup> Comme le remarque l'un de ses biographes, "Duport était arrivé aux Etats généraux avec un plan complet de réforme judiciaire. Ses idées s'étaient formées par une longue méditation et par l'expérience de douze années dans un Etat qui lui permit de connaître à fond tous les abus de l'ancienne justice. Comme l'élite de ce temps, il subit l'influence des institutions anglaises et américaines", MICHON (Georges), *Essai sur l'histoire du parti feuillant Adrien DUPORT*, p. 135.

<sup>942</sup> Georges MICHON note que, "La proclamation des ces principes lui apparaissait absolument indispensable avant toute discussion d'un plan quelconque d'organisation de la justice, car les membres de l'Assemblée n'arrivaient pas toujours suffisamment préparés, par la réflexion, aux sujets traités. Cet inconvénient était terrible dans cette matière, puisque de simples erreurs pouvaient entraîner les plus fâcheuses conséquences pour l'honneur, la liberté et la vie des citoyens", *Essai sur l'histoire du parti feuillant, ADRIEN DUPORT*, p. 142

<sup>943</sup> "Au moment où les comités réunis de constitution et de jurisprudence criminelle sont sur le point de présenter à l'Assemblée nationale le plan d'organisation et de la justice criminelle, j'ai cru qu'il pouvait être utile d'offrir d'avance à la méditation de ceux qui vont s'occuper d'objets si importants, les principales bases de notre travail", aux *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT*, Archives Parlementaires, Préambule, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745.

Distinguant entre la police et la justice, même si elles assurent, de façon commune la quiétude de chaque citoyen dans l'exercice de ses droits (<sup>944</sup>), Adrien DUPORT pose le principe que les poursuites pénales n'obéreront aucunement la situation pénale de l'accusé puisque les juges décideront intimement en fonction de leur certitude (<sup>945</sup>). Première ébauche d'un axe de rupture avec le système de la preuve légale puisque ce dernier montre que le procès criminel ne peut plus exister dans le cadre fixé par l'Ordonnance criminelle de 1670. Il est indispensable de procéder, non seulement à un changement des formes procédurales, mais aussi de concevoir une autre démarche pour parvenir à la vérité judiciaire. Poursuivant son exposé, ce dernier évoque de nouveau, dans la critique des conditions d'incarcération, l'affirmation d'un droit à l'innocence (<sup>946</sup>). Parce que la liberté demeure sacrée et inviolable, les raisons qui permettent d'y porter atteinte se doivent d'être aussi restreintes que possible (<sup>947</sup>). La soumission aux injonctions judiciaires que la société est en droit d'exiger de chaque citoyen trouve en effet sa contrepartie, dans la nécessaire sûreté de la personne poursuivie (<sup>948</sup>),

---

<sup>944</sup> Adrien DUPORT écrit, que ces "*institutions sociales ne sont établies que pour l'avantage commun des membres de la société ; leur objet est d'assurer à chacun d'eux l'exercice de ses droits naturels et civils*", *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745.

<sup>945</sup> "*La justice doit procéder avec beaucoup de réflexion, et avec des formes très sévères ; elle ne doit être déterminée que par le plus haut degré de certitude*", *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745.

<sup>946</sup> "*la société n'a pas le droit de placer un citoyen dans des prisons malsaines ou incommodes, car un homme prévenu, même accusé, est toujours présumé innocent*" *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745, article 23, p. 745.

<sup>947</sup> " *Le devoir de la société envers tout citoyen est : 1° de ne pas arrêter un homme dès qu'il peut présenter une caution suffisante pour répondre du fait qu'on lui impute*", *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745.

<sup>948</sup> Véritable antienne évoqué dans ces *Principes fondamentaux* et qu'Adrien DUPORT consacre à l'article 22 puisqu'il considère que " *le devoir de la société envers tout citoyen est : [...] 2° lorsqu'on est forcé de priver momentanément un homme de sa liberté, de n'ajouter aucune peine à cette privation, 3° lorsqu'un homme est arrêté, de veiller plus soigneusement à son sort et à*

et par la reconnaissance d'un principe de présomption d'innocence immédiatement applicable dès l'arrestation.

En reprenant son argumentaire sur l'indispensable amélioration des conditions de détention faite aux prévenus, Adrien DUPORT rappelle que la société se doit de protéger la liberté individuelle (<sup>949</sup>). Mais, dépassant cette critique du système carcéral, ce disciple des Lumières évoque, dans sa globalité, le principe de la présomption d'innocence. Par rapport à l'esquisse, initialement tracée lors des discussions qui accompagnèrent la rédaction de l'article 9 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, ce dernier décrit, certes de manière discursive, un mécanisme procédural amplifié qui encadre les conditions de déclenchement des poursuites judiciaires.

Il considère en premier lieu que l'obligation de sécurité qui pèse sur la société s'applique, de manière constante et permanente, sans distinction des situations personnelles car, *"un homme prévenu, même accusé est toujours présumé innocent"* (<sup>950</sup>). Malgré la distinction qu'il entend opérer entre le citoyen soupçonné et celui qui fait l'objet de poursuites judiciaires, émerge incidemment l'idée d'un droit à l'innocence qui s'applique à tous sans exclusive. Cependant, Adrien DUPORT ne se contente pas de cette protection plus morale que juridique.

Consacrant le principe du jury d'accusation où *"un certain nombre de citoyens honnêtes décide si un homme, prévenu d'un crime, doit ou non être soumis à*

---

*son existence, et de le protéger plus spécialement puisqu'il n'est plus sous les yeux de ses concitoyens..."*, *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745, p. 745.

<sup>949</sup> La protection de l'accusé se trouve évoqué à l'article 36 car il est précisé que *"Tant qu'un homme est accusé, il a droit, non seulement à l'indulgence, mais même aux égards et à la protection de la société, car il défend sa vie et son honneur contre des hommes en liberté qui l'attaquent"*, *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745.

<sup>950</sup> *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule*, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745, article 23, 2°, p. 745.

*l'épreuve judiciaire*" (<sup>951</sup>), celui-ci précise que "*lorsqu'un homme comparait devant les tribunaux, c'est à la société ou à celui qui se plaint, de prouver qu'il est coupable ; sans cela il doit être déclaré innocent, quelle que soit sa défense*"(<sup>952</sup>). Se trouve ici posé le principe que la preuve de la culpabilité repose sur le demandeur mais aussi sur le ministère public, et qu'il conditionne la culpabilité de l'accusé. L'absence ou le manque de preuve ne peut autoriser le juge à condamner.

Le bénéfice du doute n'est pas expressément évoqué, mais les articles qui suivent permettent de considérer que le cadre se trouve incidemment posé. A considérer l'article 32 de ces *Principes fondamentaux*, il faut relever que l'ancien Conseiller au Parlement de Paris énonce que "*l'élément le plus ordinaire de la preuve judiciaire étant le témoignage des hommes, il faut qu'il soit tel qu'il puisse opérer la conviction intime d'un certain nombre d'hommes honnêtes et désintéressés; il ne faut donc pas les priver de toutes les circonstances qui en assurent ou détruisent la véracité*"(<sup>953</sup>). Le principe est posé de la substitution d'un système de preuve légale au profit de celui d'une preuve morale, c'est-à-dire de "*la libre impression, laissée dans la conscience du juge par l'instruction*"(<sup>954</sup>). Libéré des règles qui déterminaient préalablement la valeur des éléments de preuve, le juge se décidera suivant sa propre conscience (<sup>955</sup>). Adrien DUPORT montre que l'élaboration de cette

---

<sup>951</sup> *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, p. 745, article 27, p. 745.*

<sup>952</sup> *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, article 28, p. 746.*

<sup>953</sup> *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés par M.DUPORT, Archives Parlementaires, Préambule, annexe n°5 à la séance du 22 décembre 1789, Vol 10, article 32, p. 745.*

<sup>954</sup> GARRAUD (René), *Précis de droit criminel, contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifiés ces deux codes*, Paris, 1926, p.743.

<sup>955</sup> Comme le souligne Pierrette PONCELA "*l'intime conviction traduit alors le changement de forme du pouvoir du juge. Elle ne constitue pas le fondement du jugement*

nouvelle justice criminelle poursuit un but compatible avec les droits de l'accusé. Il ne s'agit plus de rechercher impérativement sa condamnation, il faut parvenir à la certitude que celui-ci est effectivement l'auteur, sans erreur possible, des faits objets de la poursuite.

Il nous paraît possible alors de tirer comme conclusion que ces prescriptions constituent les prémisses du principe procédural de la présomption d'innocence. La charge de la preuve incombe expressément à la société ou à la victime ; l'absence de preuve obligeant à l'abandon des poursuites. Cependant, si le bénéfice du doute n'est pas véritablement posé, l'intime conviction, seul critère du processus décisionnel, permet de considérer qu'il se trouve en germe dans ce texte. Adrien DUPORT évoque un principe dont il ne perçoit pas véritablement toute l'incidence sur la démonstration de la culpabilité. Une telle position se confirme d'autant plus que la poursuite des discussions sur les conditions qui permettront d'édifier une autre justice criminelle, et notamment par l'établissement du jury, montre la difficulté pour les députés de rompre avec le système de la preuve légale, peu compatible avec la présomption d'innocence.

## **B. La discussion sur la réforme judiciaire ignore la présomption d'innocence**

Bien décidée à entreprendre un travail de réformation complète du système judiciaire, l'Assemblée Constituante entamait, le 24 mars 1790, le débat sur la réforme judiciaire à partir de projets élaborés par d'Emmanuel Joseph SIEYES, Jacques Guillaume THOURET et Adrien DUPORT. Présenté préalablement le 19 mars 1790, celui d'Emmanuel Joseph SIEYES, intitulé *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police*, silencieux au demeurant sur le problème de la preuve pénale (<sup>956</sup>) fut vite abandonné à

---

*pénal : elle est le mode de son exercice. Ce par quoi la décision advient et s'impose*", L'intime conviction dans le jugement pénal, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1983, p. 106.

<sup>956</sup> L'article 120 de son projet précise simplement "*qu'en matière civile, comme en matière criminelle, il s'agit d'abord de mettre le fait soit réel, soit personnel, dans sa vérité ; ensuite, de discerner en quoi le fait est contraire à la loi ; enfin, de toucher celui qui est*



raison de sa trop grande complexité <sup>(957)</sup>. Le mécanisme probatoire, implicitement évoqué dans ce projet, décrivait en fait le mécanisme de la preuve légale <sup>(958)</sup>. Le projet de Jacques Guillaume THOURET <sup>(959)</sup> demeure également silencieux sur ce point, même s'il met en évidence que "*les articles de la Déclaration des droits sont les phares que vous avez élevés pour éclairer la route que vous deviez parcourir*" <sup>(960)</sup>. La présomption d'innocence reste ignorée alors que s'élabore une nouvelle justice criminelle. Ce constat se retrouve également dans le dernier de ces projets rédigé par une personnalité emblématique émergeant parmi les députés de cette jeune assemblée, en ce qu'elle entendait transformer profondément une justice criminelle qu'elle ne connaissait que trop.

---

*responsable, et qui peut encourir la peine, ou devoir la réparation réglée par la loi "*, Archives Parlementaires, séance du 19 mars 1790, Vol 12, p. 254.

<sup>957</sup> Le projet d'Emmanuel Joseph SIEYES comprenait 176 articles. Rendue au nom du roi, la justice comportait deux degrés de juridiction, l'un au district, l'autre au département. Les juges étaient élus et le jury, institué, pour les affaires civiles et criminelles. Les membres des jury étaient tirés à partir d'une liste spéciales d'éligibles formés par le corps électoral du département et qui comprenait également les citoyens nommés gens de loi. Par ailleurs ce dernier créait une *Cour nationale*. Composée de 83 *grands juges de France*, elle était divisée en quatre *hautes chambres*, le grand conseil de police, le grand conseil de révision, le tribunal politique ou de l'établissement public, le tribunal des crimes d'état, cf sur ce point l'ouvrage de Jean Denis BREDIN, *SIEYES la clé de la Révolution française*, plus précisément pp.179-182.

<sup>958</sup> Daniel JOUSSE précise en effet que "*Dans les affaires qui peuvent être l'objet de la Justice criminelle, il se présente presque toujours trois questions à régler. La première consiste à établir l'existence du délit. La seconde à en découvrir & constater l'auteur. [...] La troisième question consiste à imposer au coupable une peine qui soit proportionnée à son crime*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Vol 1, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre I, p.654.

<sup>959</sup> Il s'agit d'un discours prononcé par THOURET pour présenter le projet du *Comité de Constitution* et qui au demeurant reste silencieux sur le jury.

<sup>960</sup> Archives Parlementaires, séance du 24 mars 1790, Vol 12, p. 345.

Mais c'est Adrien DUPORT qui marquera <sup>(961)</sup>, à nouveau <sup>(962)</sup>, de son empreinte, les débats qui se dérouleront dans l'hémicycle en présentant un projet personnel <sup>(963)</sup> sur *les principes et plans sur l'établissement de l'ordre judiciaire*. Pour ce faire, il distribue aux députés un texte <sup>(964)</sup> exposant *les moyens d'exécution pour les jurés au criminel et au civil*. Le ton offensif, adopté dans le premier de ces textes et qui allait recueillir un assentiment certain <sup>(965)</sup>, traduit la nécessité de procéder à une "*régénération complète de l'administration de la justice*" <sup>(966)</sup>. Il énonce les principes <sup>(967)</sup> qui paraissent

---

<sup>961</sup> Cf sur ce point l'article de Roberto MARTUCCI, *le Parti de la réforme criminelle à la Constituante*, La Révolution et l'Ordre juridique privé, acte du colloque d'Orléans du 11 au 13 septembre 1986, p. 230 et sqq, également du même auteur *La Costituente ed il problema penale in Franci. Alle origini del processo accusatorio, i decreti Beaumetz*, Milan, 1984.

<sup>962</sup> Initialement Adrien DUPORT ne fit pas, dans un premier temps, partie du comité chargé d'élaborer les mesures destinées à réformer la justice criminelle. Ce n'est que le 23 janvier 1790 qu'il devint membre du *Comité de jurisprudence criminelle* qui succéda au *Comité des sept* initialement créé en septembre 1789.

<sup>963</sup> "*J'avais depuis longtemps dans la tête les idées qu'on va voir développées. J'en avais parlé à mes amis ; elles s'étaient formées par une longue méditation et par une expérience de douze années dans un état qui m'a permis de reconnaître tous les abus de l'ancien régime*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 409.

<sup>964</sup> Cette manœuvre n'avait d'autre but que de faire obstacle au projet de SIEYES qui confiait le jugement du fait et du droit à un jury composé d'hommes de loi, ce qui était contraire à la position de DUPORT. Nous renvoyons pour plus de précisions à l'article d'Antonio PADOA SCHCIOPPA, *Le jury d'Adrien Duport, La Révolution et l'Ordre Juridique Privé Rationalité ou Scandale*, acte du colloque d'Orléans du 11 au 13 septembre 1986, notamment p.612.

<sup>965</sup> Lu au club des Jacobins, "*le plan de constitution judiciaire, proposé par M. DUPORT, réunit donc, au plus haut degré, tous les moyens de satisfaire aux besoins des hommes en société, et de maintenir, au milieu d'eux, la liberté, la paix, l'ordre, et la tranquillité sans aucun prétexte de les y troubler*", LOYSEAU (Jean René), *Réflexions sur le plan de Constitution judiciaire de M.DUPORT*, lu à la Société des Amis de la constitution le 24 mars 1790, p.27.

<sup>966</sup> A P., op. cit. , 1<sup>e</sup> série, Tome 12, séance du 29 mars 1790, p. 409. On retrouve une expression identique dans le discours de THOURET présenté le même jour ; pour le *Comité de Constitution* "*faut-il régénérer à fond l'ordre judiciaire; ou ne peut-on pas laisser subsister dans le nouvel édifice plusieurs parties de l'ancien ?* Il poursuit en répondant que *La nécessité de la régénération absolue est indispensable*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.345.

<sup>967</sup> "*Mon plan est fort simple : des jurés au civil et au criminel, des juges ambulants, tenant des assises dans les départements, des grands juges pour tout le royaume, pour réviser les jugements, une partie publique dans chaque ville d'assises et une officier de la couronne dans chaque chef lieu*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 409-410.

devoir répondre à l'intérêt de la société (<sup>968</sup>) mais aussi détaille le cadre juridique dans lequel doit s'inscrire, non seulement le procès pénal, mais aussi la démonstration de la culpabilité.

Pour lui, il est impératif que, pour permettre aux juges de statuer, le fait criminel soit établi avec certitude, car "*Tant qu'un fait n'est pas éclairci, il n'est pas déterminé, [...], tant que le fait n'est pas déterminé, les juges ne peuvent pas s'expliquer*"(<sup>969</sup>). Quand sa réalité sera effectivement constatée, il sera alors possible d'appliquer la loi. Ces opérations séparées et qui s'enchaînent les unes aux autres (<sup>970</sup>), constitueront le jugement définitif (<sup>971</sup>),. Aussi, non seulement pour rendre à la loi sa finalité initiale (<sup>972</sup>), mais aussi pour retrouver une confiance véritable dans cette justice tant décriée, estime-t-il nécessaire de scinder l'établissement du fait criminel en lui-même de l'application de la loi pénale. Il propose que l'accusation dépende d'une juridiction collégiale spécifique, tandis que la culpabilité sera examinée par une autre juridiction de même nature. Pour Adrien DUPORT, "*il est nécessaire d'établir des individus pour déterminer le fait, et d'autres pour appliquer la loi, c'est-à-dire des jurés et des juges*"(<sup>973</sup>). L'organisation

---

<sup>968</sup> "Ce n'est pas sur l'intérêt d'une plus grande consommation dans les villes, ni sur l'intérêt des officiers de justice, que vous établirez la base de votre pouvoir judiciaire ; vous la fonderiez entièrement et uniquement sur l'intérêt du peuple", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 409.

<sup>969</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 412.

<sup>970</sup> Et Adrien DUPORT de préciser "*qu'il y a dans un jugement criminel trois opérations très distinctes : la preuve de l'existence du délit, sans laquelle il n'y a pas lieu à aucun jugement ; la preuve du per quem ou de celui qui a commis le délit : enfin l'application de la loi à l'auteur du délit*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 412.

<sup>971</sup> "*On ne s'est pas accoutumé à considérer que le jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi, et le jugement la conséquence*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 412.

<sup>972</sup> "*Ainsi vous verrez disparaître tous ces commentaires de la loi, tous ces recueils de jurisprudence et d'arrêts, qui forment l'arsenal commun ou chaque partie vient prendre des armes pour se combattre ; et la loi rendue à elle même, à sa première institution, à sa première clarté, serait comme elle doit l'être, le seul guide du juge et du citoyen*", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 413.

<sup>973</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 414.

judiciaire anglaise et l'exemple des Etats-Unis allaient servir de modèle (<sup>974</sup>). Cela signifie que l'institution du jury, expression d'une souveraineté populaire (<sup>975</sup>), constituera le moyen de transformer une justice criminelle tant décriée (<sup>976</sup>), mais aussi de protéger la liberté citoyen (<sup>977</sup>).

Cette innovation qui avait selon lui l'avantage "*de substituer la preuve morale à ce que l'on appelle la preuve légale*"(<sup>978</sup>), n'intègre pas la question du doute. Si celui-ci apporte des précisions sur les conditions dans lesquelles les citoyens, membres du jury, vont effectivement parvenir à la démonstration de la culpabilité (<sup>979</sup>), il demeure silencieux sur la question de l'incertitude qui pourrait tarauder le jury, c'est-à-dire sur le fait que les éléments de preuve, soumis à la discussion ne soient pas suffisants pour le convaincre d'une

<sup>974</sup> "*Chez les anglais et dans les Etats-Unis d'Amérique qui ont adopté presque en entier leur procédure, les lois civiles, quoique d'ailleurs si peu dignes de cette nation éclairée, ont toujours cherché à distinguer le fait de la loi*", Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.428.

<sup>975</sup> "*Il faut donc que la base du pouvoir judiciaire, celle qui consiste dans l'éclaircissement des faits reste éternellement dans le peuple, Ce droit, il ne doit pas le déléguer, puisqu'il peut l'exercer ; il doit le défendre comme sa plus chère propriété*", Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 416.

<sup>976</sup> Georges MICHON écrit que pour Adrien DUPORT le jury constituera "*une école de justice et de moralité, la réaction nécessaire contre l'esprit des gens de loi qui avaient complètement corrompu, avec l'idée même de la justice, les mœurs publiques*", Adrien DUORT, *Essai sur l'histoire du parti feuillant*, p. 138.

<sup>977</sup> "*Dans un pays voisin et longtemps le seul libre de l'Europe, et dans un autre qui, de nos jours, a conquis sa liberté, le jugement par jurés au civil et au criminel, est regardé comme le boulevard de la liberté*", Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.416. Par ailleurs en exposant ces *Moyens d'exécution pour les jurés au criminel et au civil*, il consignera dans son rapport que "*sans jurés, il n'y a pas de liberté dans un pays*", Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p. 435.

<sup>978</sup> Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.435.

<sup>979</sup> "*Ces citoyens choisis sans intérêts, ou plutôt forcément intéressés au maintien de la justice, entendent et voient l'accusé aux prises avec les témoins. Ils voient réunis à la fois, et sous un seul point de vue, l'ensemble et les détails du procès. Leur âme est ouverte à tous les traits de la vérité. La société n'a aucune défiance contre eux ; elle leur permet d'employer leurs connaissances personnelles et de juger avec toute la loyauté possible et avec les lumières du bon sens. Il y a unité et accord entre toutes leurs facultés. ; ils ne sont pas obligés, comme les juges, d'être doubles, pour ainsi dire ; à juger, non comme ils voient, mais comme ils doivent voir, ; à ne pas obéir à leur conscience mais à suivre des règles fausses et absurdes de culpabilité*", Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.435.

culpabilité certaine. Le doute, et ses conséquences juridiques, ne sont pas abordés. Il est simplement demandé aux juges de constater, dans le cadre d'une démarche personnelle et intériorisée, si les éléments matériels établissent avec certitude le fait criminel. Le procès est envisagé comme une suite logique de mouvements successifs qui ne peut qu'aboutir à la vérité judiciaire (<sup>980</sup>).

Ce qui constitue un changement dans la marche du procès criminel recèle cependant une certaine ambiguïté. En adoptant, indépendamment de la souplesse dont peut disposer le jury, une démarche rationnelle et logique dans la démonstration de la culpabilité, mais surtout en ignorant le problème du doute que peut rencontrer le jury dans son ensemble ou l'un des ses membres en particulier, le projet d'Adrien DUPORT, tout comme l'avait montré celui d'Emmanuel Joseph SIEYES, renvoie implicitement au mécanisme de la preuve légale. Adrien DUPORT indique au demeurant qu'elle "*est très bonne, lorsqu'elle se tire d'un acte fait entre deux parties*"(<sup>981</sup>). Faut-il y voir la nécessité de ne pas réellement se détacher d'un système probatoire dans lequel tous ces juristes ont évolué ? Ou plutôt n'y a-t-il pas une volonté, non de maintenir un cadre rigide qui enferme le processus décisionnel, mais de tracer la réflexion du jury, et ce, pour en éviter tout débordement ? La réponse pourrait être que la démonstration de la vérité se fasse toujours dans le cadre rationnel de la preuve légale auquel s'ajouterait la dimension psychologique d'un cheminement réflexif. La liberté de décider du fait criminel ne doit pas signifier la licence judiciaire.

Toutefois, ce qui peut étonner dans ce projet réside dans l'absence d'une quelconque évocation de la présomption d'innocence. Adrien DUPORT reste

---

<sup>980</sup> Comme le souligne Antonio PADOA SCHIOPPA, "*Le procès est vu comme un enchaînement de questions à aborder et à trancher séparément pour parvenir automatiquement à la décision finale : distinction entre le fait et le droit, mais aussi entre les différents éléments du fait, chacun devant être considéré isolément, avec une délibération collégiale*", Le jury d'Adrien Dupont, *La Révolution et l'Ordre Juridique Privé Rationalité ou Scandale*, acte du colloque d'Orléans du 11 au 13 septembre 1986, p.611.

<sup>981</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.435.

silencieux sur ce qu'il avait pourtant évoqué, voire même esquissé durant les débats relatifs à l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et dans *les principes fondamentaux de la justice et de la police* distribués à l'Assemblée le 22 décembre 1789. En éludant une possible connexion entre la présomption d'innocence et les nouvelles règles procédurales qu'il vient d'exposer, notre orateur masque de fait la véritable portée de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Il montre que les Constituants avaient de ce principe une perception certes précise mais cependant limitée. Ces derniers souhaitaient élaborer une règle générale protectrice de la liberté du citoyen face aux mesures arbitraires de l'autorité judiciaire. Il ne fut nullement question d'instaurer un principe directeur du procès pénal, c'est-à-dire d'un mécanisme qui en régle, tout au long de l'instruction mais aussi durant l'audience, sa marche. Cette ambiguïté, sur l'attachement à la preuve légale, et sur la césure entre la proclamation d'un droit à être supposé innocent et l'application qui en découle, se retrouve lors des discussions qui précéderent l'adoption de la loi des 16-29 septembre 1791.

## **Paragraphe 2 Une rupture avec les règles judiciaires de l'Ancien régime**

La volonté de proposer une autre justice criminelle ne se conjugue pas avec la consécration du principe procédural de la présomption d'innocence (A). La loi qui fixe les nouvelles règles du procès pénal mais surtout consacre l'institution du jury, vont l'ignorer (B).

### **A. Le rappel inutile fait à l'article 9**

Le 31 mars 1790 la discussion sur l'organisation du pouvoir judiciaire reprend. Bertrand BARERE de VIEUZAC, dans une courte intervention, entend faire poser "*une série de questions qui peuvent être la base de tous les plans*"<sup>(982)</sup>. Il estime, qu'avant de poursuivre l'examen d'une nouvelle justice, il serait nécessaire de se déterminer notamment sur l'opportunité de

---

<sup>982</sup> Archives Parlementaires, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.487-488.

l'établissement d'un jury tant pour les affaires criminelles que pour les affaires civiles. La Constituante acquiesce à cette sollicitation (<sup>983</sup>) et, le 30 avril 1790, décide de faire rédiger un projet de loi sur l'instauration d'un jury en matière criminelle (<sup>984</sup>).

Ce travail en commun dont l'objectif consiste à élaborer une autre justice criminelle (<sup>985</sup>), aboutit à ce que soit exposé, à la tribune de l'Assemblée le 27 novembre 1790, le *rapport des comités de Constitution et de jurisprudence criminelle, concernant la loi sur la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurés*. Fortement imprégné des idées d'Adrien DUPORT, ce texte marque le point de départ d'un débat, certes discontinu mais passionné qui, s'agissant de la recherche de la vérité judiciaire, consacre l'intime conviction, rejette définitivement la preuve légale mais ignore la reconnaissance d'un droit à l'innocence dans sa dimension probatoire.

Rappelant immédiatement que le projet n'est pas une simple copie du modèle anglais, mais une construction qui trouve sa source dans "*le grand livre de nature et de la raison*"(<sup>986</sup>), ce dernier en fixe la finalité première, à savoir "*la*

<sup>983</sup> "L'ordre de travail proposé par M. Barere de Vieuzac est relu et adopté ainsi qu'il suit : L'Assemblée nationale décrète qu'avant de régler l'organisation du pouvoir judiciaire, les questions suivantes seront discutées et décidées : 1° Etablira-t-on des jurés ? 2° Les établira t-on en matière civile et en matière criminelle", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 12, p.489.

<sup>984</sup> "L'Assemblée nationale charge le comité de constitution, réuni au comité qui s'occupe de la réforme de la procédure criminelle, de présenter, dans le plus court délai possible, un projet de loi, qui règle la procédure par jurés, afin que cette forme de procédure puisse avoir lieu aussitôt que la loi sera décrétée ; [...] l'Assemblée a adjoint auxdits comités MM. Tronchet, Duport et Chabroud", *Archives Parlementaires*, séance du 29 mars 1790, Vol 15, p.343.

<sup>985</sup> Ce que soulignent les premières lignes du rapport qui énoncent que, "*vos comité de Constitution et de jurisprudence criminelle réunis ont senti que cette institution nouvelle ne pouvait s'accorder en rien avec nos ordonnances et notre forme actuelle d'instruction*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.42.

<sup>986</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.42. Adrien DUPORT précise toutefois que "*nous n'avons pas néanmoins négligé de nous aider de l'expérience d'un peuple libre et éclairé ; elle nous a beaucoup servi : et dans les points importants, nous nous ferons un devoir de rapprocher l'institution anglaise de la nôtre, afin de vous mettre dans le cas de prononcer avec plus de connaissance sur notre ouvrage*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.43.

*recherche et la punition de ceux qui troublent l'ordre public, qui attaquent la liberté publique ou individuelle*"<sup>(987)</sup>. Toutefois, la poursuite du fait criminel s'inscrira dans un rapport d'équilibre entre la protection de la liberté individuelle et le maintien d'un ordre public, facteur de paix et rempart contre le despotisme <sup>(988)</sup>. Dans le cadre d'un schéma directif mais linéaire, il expose le statut de celui qui est accusé, mais surtout, formule ce droit à l'innocence évoqué lors de la discussion sur la rédaction de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Sur les premiers développements de ce rapport relatif à *l'organisation de la police*, ce dernier évoque l'existence d'une présomption d'innocence. Il énonce que la législation anglaise qui autorise longuement le maintien en détention dans l'attente d'un jugement, porte atteinte à la "*présomption naturelle de l'innocence*"<sup>(989)</sup>. En revanche, il estime que lorsqu'un "*juré s'assemble et déclare si le citoyen arrêté doit ou non être accusé et traduit devant la justice ; alors, sans doute, la présomption de l'innocence se trouve affaiblie par un premier jugement*"<sup>(990)</sup>. Dans ce temps procédural précis de l'arrestation puis de la présentation au *juge de paix* <sup>(991)</sup> le suspect, parce qu'on lui reconnaît un droit à l'innocence, se voit reconnaître un statut spécifique qui le protégerait d'éventuelles mesures arbitraires. Néanmoins, le projet n'apporte aucune définition précise sur ce qu'il tend à considérer comme un principe.

---

<sup>987</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 43.

<sup>988</sup> "Il est donc, pour les nations, deux dangers différents à courir, entre lesquels réside la liberté : l'abus des pouvoirs publics qui produit l'oppression de tous, et la violation de la loi qui produit l'oppression des bons par les méchants", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 44.

<sup>989</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 47.

<sup>990</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre, Vol 21, p. 47.

<sup>991</sup> Créé par le Titre I<sup>er</sup> du projet, cet officier public qui sera assisté de la Maréchaussée a, pour mission, de veiller à "*la sûreté de ses concitoyens, de recevoir leurs plaintes et de s'assurer des agresseurs*", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 46.



On retrouve en réalité ce qu'il avait déjà exprimé durant l'élaboration de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cette présomption d'innocence constitue simplement un principe dont l'objet consiste à tempérer les mesures privatives de liberté et, par voie de conséquence, à protéger le citoyen soupçonné puis accusé. Il ne s'agit en aucun cas d'un mécanisme probatoire qui organise la démonstration de la vérité judiciaire en accordant à l'accusé un a priori procédural favorable. Cette analyse se confirme dans les développements ultérieurs qui concernent *l'organisation de la justice*.

Cherchant de manière certaine et permanente à assurer la protection de l'accusé, le rapport fixe ainsi les obligations judiciaires de la société qui se doit de garantir les droits de la défense, mais aussi de justifier et de démontrer les accusations portées contre le citoyen accusé (<sup>992</sup>). Le député de Paris rappelle, non sans conviction, *"qu'il vaut mieux que cent coupables échappent, qu'un seul innocent soit puni, on croit obéir à un simple sentiment d'humanité, mais c'est un principe évident de justice et de liberté qu'on énonce"* (<sup>993</sup>). Pour obvier à l'erreur judiciaire, le rapport organise rationnellement la marche du procès criminel en séparant de façon rationnelle les temps procéduraux, mais aussi en transformant la méthode qui assurait la démonstration de la culpabilité.

Ainsi était-il organisé un jury d'accusation composé de huit membres tirés au sort sur une liste circonscrite à une catégorie de citoyens (<sup>994</sup>). Saisi

---

<sup>992</sup> *"La société pour ne pas manquer un coupable, avait arrêté un citoyen avant d'avoir la preuve ; elle va multiplier les précautions, pour assurer sa marche dans cette application toujours incertaine de la loi générale à un fait particulier. Elle semblait avoir perdu les droits du citoyen en l'arrêtant sur de simples indices : maintenant elle désire qu'il soit innocent ; tous les moyens lui seront donnés pour se défendre; tous, jusqu'à son silence même ; car la société se charge de la preuve"*, Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 48.

<sup>993</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 49.

<sup>994</sup> Le rapport indique qu'il s'agit *"de la classe des citoyens qui sont éligibles aux administrations de district et de département. Ce n'est guère, en effet, que dans cette classe, que l'on trouvera des hommes qui puissent donner quelques portions de leur temps à ce service public, et qui soient généralement capables d'attirer sa confiance pour d'aussi importantes fonctions"*, Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 60.

rapidement par un juge du tribunal de district (<sup>995</sup>), ce jury décidait, après audition des témoins et examen des pièces préalablement recueillies, si les charges pesant sur l'accusé suffisaient à le renvoyer, ou non, devant le jury de jugement (<sup>996</sup>). Celui-ci se déterminait sur "*la vérité ou la fausseté de l'accusation*"(<sup>997</sup>), mais il ne prenait pas partie sur l'innocence ou sur la culpabilité. Seul, le jury de jugement disposait de cette compétence. Cet ordre judiciaire formalisé marque ici la ligne de rupture avec la procédure de l'Ancien régime. Pour l'essentiel, il fallait assurer et garantir la défense des libertés individuelles.

En procédant de la sorte, Adrien DUPORT enferme complètement la démarche du jury qui n'a d'autre alternative que de répondre par la négative ou l'affirmative. Cette segmentation du processus décisionnel, qui encadre sèchement la démarche du jury, trouve cependant une certaine temporisation dans les moyens dont il dispose pour y parvenir, c'est-à-dire "*le moyen de s'assurer de la vérité du fait qui forme l'objet de l'accusation*"(<sup>998</sup>). La discussion sur la preuve pénale prend ici une autre dimension car, rejetant le système de la preuve légale, qu'il considère comme tombé en désuétude (<sup>999</sup>), il énonce que le jury ne pourra établir sa décision que sur le sentiment perçu lors de l'audition des témoins (<sup>1000</sup>). Pour lui, seule "*la conscience d'un juge*

---

<sup>995</sup> Prévu au chapitre *De la justice*, Titre 1<sup>er</sup>, ce magistrat qui prend le nom de *directeur du juré*, a pour mission d'entendre le prévenu au plus tard dans les vingt quatre heures de son arrestation, d'examiner les pièces qui lui ont été remises et vérifier si l'inculpation mérite d'être renvoyée devant le jury d'accusation.

<sup>996</sup> Il était composé de 12 citoyens tirés au sort sur une liste, établie tous les 3 mois, parmi 200 citoyens éligibles, et dans les mêmes conditions que le jury d'accusation.

<sup>997</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 59.

<sup>998</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.53.

<sup>999</sup> "*La doctrine des preuves légales, des semi preuves, des quarts de preuves n'a plus guère de partisans*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.56.

<sup>1000</sup> "*Lorsqu'un juge voit lui-même et entend les témoins déposer, les paroles ne sont plus qu'une partie assez faible même, de l'effet que le témoignage produit sur lui. Ses sens lui transmettent à la fois le ton, l'accent, les regards du témoin, son embarras ou son assurance, enfin tout ce langage, animé de la nature et du sentiment, cent fois plus imprégné de vérité, si je puis parler ainsi, que de*

*désintéressé devient un tribunal souverain, où se rapportent toutes les opérations de l'esprit et des sens pour former la décision*"<sup>(1001)</sup>. L'intime conviction permet de parvenir à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Le doute ou l'incertitude ne commande pas la solution du procès pénal car un jugement ne peut souffrir l'incertitude.

Cette organisation explicite de la vérité judiciaire inscrite dans une démarche ambivalente où la description minutieuse des phases de l'accusation et du jugement intègre une preuve libérée de toute contrainte, ne pourra avoir d'autre conséquence que d'ignorer une innocence présumée. Le rapport ne laisse nulle initiative au juge. Plus précisément, les étapes successives qui mènent au jury de jugement n'inscrivent pas de présumé protecteur pour l'accusé puisque la loi aura, préalablement et entièrement, encadré les conditions d'arrestation, d'incarcération et de condamnation. Les juges ne conçoivent pas ce principe, qu'indépendamment des éléments matériels ou des indices recueillis, l'accusé puisse être tenu pour innocent tant qu'un jugement n'aura pas statué en sens contraire.

## **B. L'intime conviction au détriment de la présomption d'innocence**

L'incompréhension de ce que l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen constituait le ferment d'un principe directeur du procès pénal, se retrouve dans les débats qui suivent l'intervention d'Adrien DUPORT. Hormis quelques thuriféraires de l'Ordonnance criminelle et de son système probatoire quoique débarrassé de ses aspects les plus inhumains et les plus controversés <sup>(1002)</sup>, les Constituants qui se succèdent à la tribune de

---

*la langue métaphysique et conventionnelle des mots*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.56-57.

<sup>1001</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 57.

<sup>1002</sup> Jean Joseph MOUGINS de ROQUEFORT expose ainsi qu'il a "*lu avec attention le projet de loi que vous a proposé M. DUPORT [...] d'abord j'interroge tous ceux qui connaissent les principes de la législation criminelle ; je leur demande si l'ordonnance de 1670 qui règle les formalités des accusations, des plaintes, ne présente pas, à quelques réformes près, un ensemble de vues, une unité de principes, capables de rassurer la société entière pour la protection de l'innocence et la découverte des crimes*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 682. Guillaume François Charles GOUPIL de PREFELN précise quant à lui que "le

l'Assemblée, témoignent de cette difficulté d'envisager aussi brutalement une nouvelle économie de la preuve pénale. La démonstration de la culpabilité, certes fonction de la conviction intime du jury, n'aboutit nullement à porter sur l'accusé un regard différent, c'est-à-dire à le faire bénéficier d'un a priori favorable. Si les droits de la défense gagnent en effectivité, la présomption d'innocence évoquée dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne recouvre pas de dimension probatoire. Les députés, dans leurs interventions qui se déroulèrent jusqu'au mois de janvier 1791, le démontrent parfaitement.

En effet, Jean Baptiste Charles CHABROUD <sup>(1003)</sup> déposait une motion sur la nécessité d'enregistrer, par procès verbal, les témoignages recueillis lors de l'audience de jugement <sup>(1004)</sup>. Les débats particulièrement nourris qui s'engagèrent sur ce seul point technique allaient examiner la conduite du juge dans la recherche de la vérité judiciaire. S'ensuivit une controverse qui révélait une césure parmi les députés. Dun côté, les partisans d'un abandon définitif du système de la preuve légale <sup>(1005)</sup> car "*dangereuse pour l'accusé et dangereuse pour la société*"<sup>(1006)</sup> ; l'intime conviction constituant, pour ces derniers, un principe monolithique excluant toute autre forme de preuve ; de

---

*système de preuves légales s'était établi tout entier en faveur de l'accusé. Il ne pouvait être condamné sans les preuves légales, il pouvait être absous sur la seule condition du juge*", Archives Parlementaires, séance du 5 janvier 1791, Vol 22, p.25.

<sup>1003</sup> CHABROUD (Jean Baptiste Charles), né le 5 mars 1750 à Vienne il meurt à Paris le 1<sup>er</sup> février 1816. Reçu avocat au Parlement de Grenoble, ville dans laquelle il n'exercera jamais, préférant s'installer à Vienne. Elu député du Tiers Etat de Vienne, il sera membre des Comités de Vérification, Rapports et Militaire. De 1791 à 1797, il est nommé juge suppléant au Tribunal de cassation et devient avocat à la Cour de Cassation, à la Cour des Prises et au Conseil d'Etat en 1806.

<sup>1004</sup> "*Avant de continuer la discussion dans l'ordre des titres de la loi qui vous est proposée, je crois nécessaire de discuter tout d'abord la question de savoir si les dépositions des témoins seront ou non rédigées par écrit. La décision prise à cet égard doit avoir, en effet, la plus grande influence sur toutes les dispositions précédentes et suivantes*", Archives Parlementaires, séance du 3 janvier 1791, Vol 22, p. 3.

<sup>1005</sup> Bon Albert BRIOIS de BEAUMETZ, Adrien DUPORT, Jacques Guillaume THOURET et Jean Baptiste Charles CHABROUD, en sont les principaux représentants

<sup>1006</sup> Archives Parlementaires, séance du 4 janvier 1791, Vol 22, p.11.

l'autre, ceux qui exprimaient leur "*attachement [...] à l'Ordonnance 1670 parfaite par le décret des 8-9 octobre 1789 mais aussi d'une profonde méfiance à l'endroit des juges*"<sup>(1007)</sup>, et qui estimaient possible de composer avec cette preuve légale dont l'utilité demeurait pour parvenir à la manifestation de la vérité judiciaire <sup>(1008)</sup>.

En organisant la discussion sur ce point procédural particulier, l'Assemblée anesthésiait incidemment une réflexion plus générale sur la preuve dans la procédure pénale. Dans ces conditions, l'institution du jury de jugement, définitivement acquise rapidement au cours du printemps 1790 <sup>(1009)</sup> malgré certaines critiques <sup>(1010)</sup>, concrétisait une rupture avec le système de l'Ancien régime <sup>(1011)</sup>, mais surtout reconnaissait les droits de l'accusé <sup>(1012)</sup>. Le jury

---

<sup>1007</sup> RANOUIL (Pierre Charles), *Aux origines de l'intime conviction : un malentendu, Les épisodiques*, p.83.

<sup>1008</sup> C'est ce que rappelle l'abbé MAURY quand il explique que "*c'est parce que la procédure était écrite, et sans examiner si Calas était innocent ou coupable, que les juges de Toulouse n'avaient pas de preuves concluantes. Si depuis vingt ans l'institution des jurés sans preuves écrites existait, la mémoire de Calas n'aurait pas été réhabilitée*", *Archives Parlementaires*, 17 janvier 1791, Vol 22, p.296. Parmi les tenants de ce système mixte il faut relever Maximilien ROBESPIERRE, François-Denis TRONCHET, Louis Pierre Joseph PRUGNON, François-Xavier REY.

<sup>1009</sup> Antonio PADOA SCHIOPA souligne que "*L'Assemblée en débattit pendant quatre longues séances, du 5 au 8 avril. Le principe du jury au pénal fut rapidement acquis*", *Le jury d'Adrien Duport, La Révolution et l'Ordre Juridique Privé Rationalité ou Scandale*, acte du colloque d'Orléans du 11 au 13 septembre 1986, pp.612.

<sup>1010</sup> Guillaume-François Charles GOUPIL de PREFELN s'exclame ainsi "*Est-il rien de plus abondamment arbitraire que ce système odieux de la conviction intime des juges ? Est-il rien de plus propre à produire des assassinats judiciaires*", *Archives Parlementaires*, séance du 4 janvier 1791, Vol, p.13, de même Antoine Charles Gabriel de FOLLEVILLE qui considère que "*l'institution des jures est comme la fosse aux lions : si nous tombons dans l'erreur, l'être suprême ne fera point de miracles pour nous en tirer comme il a tiré Daniel de la fosse*", *Archives Parlementaires*, séance du 5 janvier 1791, Vol 22, p.24.

<sup>1011</sup> Ce que précise Jacques Guillaume THOURET à la tribune de l'Assemblée en s'exclamant, "*Messieurs, vous avez décrété l'institution du juré pour le jugement des crimes, comme base du nouvel ordre judiciaire. Grâces éternelles en soient rendues à cette Assemblée*", *Archives Parlementaires*, séance du 11 janvier 1791, Vol 22, p.129.

<sup>1012</sup> Comme le souligne de façon imagée Bernard SHNAPPER qui y voit un "*Bouclier de la liberté, expression de la volonté populaire, le jury devait aussi mettre fin à l'ancienne procédure, trop technique, maniée par des professionnels pour des professionnels, devenue incompréhensible et donc dangereuse*", *Le jury criminel, Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la révolution*, p. 154.

trouvait sa pleine expression parce qu'il était libéré des contraintes légales qui organisaient la démonstration de la culpabilité.

Désentravé de l'obligation de se référer à une preuve écrite, cette forme de jugement constituait, comme le souligne Jacques-Guillaume THOURET, "*un moyen le plus voisin de l'infailibilité parmi les hommes*"<sup>(1013)</sup>. Selon ce dernier, qu'il nous faut sur ce point précis citer longuement, "*les jurés sont placés au sein, pour ainsi dire, de la preuve ; ils en suivent tous les progrès matériels et moraux ; ils voient et entendent l'accusé se défendre, ils voient et entendent les témoins et l'accusé poursuivant, pressant réciproquement et faisant sortir la vérité par leur débat contradictoire. A mesure que le débat s'avance et s'anime, ils reçoivent une conviction intime et s'imprègnent de la vérité par tous les sens et par toutes les facultés de leur intelligence*"<sup>(1014)</sup>. Elle constitue donc le seul viatique dont disposent les juges. Pour autant, le postulat n'est pas posé que l'accusé soit considéré comme innocent dès le début de la procédure. Le projet d'Adrien DUPORT, ainsi que le texte final qui sera adopté confirment l'absence de toute discussion sur ce principe. Plus précisément, et en étant témoins privilégiés des débats et des interrogatoires, le jury s'imprégnait, avec précision, de la réalité du fait criminel pour parvenir à la réalité judiciaire.

Ainsi, le Titre VII intitulé *De l'examen et de la Conviction* qui expose la démarche permettant de décider de la culpabilité d'un accusé confirme l'entière liberté laissée aux jurés dans le processus décisionnel. L'article 16 précise que le président du jury de jugement, avant qu'ils ne se retirent seuls pour délibérer, "*leur recommandait de suivre leur conscience, de décider avec impartialité et de déclarer ce qu'ils trouveront, en gens d'honneur et de probité, être la vérité*"<sup>(1015)</sup>, c'est-à-dire comme le précisait l'article 19 "*de délibérer d'abord et d'aller au voix sur le point de savoir s'ils trouvent le fait*

---

<sup>1013</sup> Archives Parlementaires, séance du 11 janvier 1791, Vol 22, p.132.

<sup>1014</sup> Archives Parlementaires, séance du 11 janvier 1791, Vol 22, p.133.

<sup>1015</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.67.

*constant ou non*"<sup>(1016)</sup>, puis en cas de réponse positive, de se décider " *sur le point de savoir si l'accusé ou les accusés sont convaincus de l'avoir commis*"<sup>(1017)</sup>.

La culpabilité, établie à la suite d'un vote positif de dix jurés sur douze, aboutissait a contrario à renvoyer des fins de la poursuite l'accusé lorsque trois jurés n'avaient pu se convaincre de la réalité du fait criminel ou de sa culpabilité <sup>(1018)</sup>. Ce titre consacre toute l'importance d'une démarche intériorisée et graduelle partant de la conscience pour aboutir à la vérité. Pour autant, ne se trouve pas évoqué l'idée qu'un doute puisse être équivalent à une décision, même si la règle de l'unanimité n'est pas retenue <sup>(1019)</sup>.

Le texte final, adopté par la Constituante les 16-29 septembre 1791, reprend le même principe. Enoncé au Titre VII, il indique que le président du jury rappelle aux jurés que "*les fonctions qu'ils ont à remplir, et en posant nettement les diverses questions qu'ils doivent décider relativement au fait, à son auteur et à l'intention. Le président dira aux jurés qu'ils doivent d'abord déclarer si le fait de l'accusation est constant ou non ; ensuite si un tel, qui est accusé, est ou non convaincu de l'avoir commis*"<sup>(1020)</sup>. Tout en conservant la même thématique que dans le projet présenté par Adrien DUPORT, et qui renvoyait aux devoirs des jurés, il faut cependant noter que cette rédaction se montre plus ramassée mais également moins descriptive sur la conduite à tenir

---

<sup>1016</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.67.

<sup>1017</sup> Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.67.

<sup>1018</sup> L'article 20 énonce en effet que "*les cinq sixième des voix seront absolument nécessaires, soit pour déclarer que le délit est constant, soit pour déclarer que l'accusé est convaincu*", Archives Parlementaires, séance 27 novembre 1790, Vol 21, p.67.

<sup>1019</sup> Sur ce point, dans l'exposé qui précède le projet, Adrien DUPORT indique qu' "*au lieu de l'unanimité, nous avons établi que, sur douze jurés, dix seraient nécessaires pour déclarer soit que le fait existe, soit que l'accusé en est l'auteur ; ainsi le doute de trois citoyens honnêtes arrêtera toute espèce de condamnation. Cette disposition nous a paru plus humaine et partant plus raisonnable*", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, vol 21, p.59.

<sup>1020</sup> DUVERGIER, (J.B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome 3, p.297

dans le processus décisionnel. Le citoyen, tiré au sort, qui décidera de la matérialité des faits et de la culpabilité d'un accusé, se voit confronté à sa seule conscience, et en fonction de l'impression qu'il aura pu ressentir à l'audience ; la liberté célébrée solennellement par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen commande une absence de contraintes sous quelle que forme que ce soit (<sup>1021</sup>).

La disparition, dans le texte final, de ces recommandations, montre qu'il est indispensable que les jurés disposent d'une entière liberté dans la construction de leur certitude. Les éléments de preuve exposés ou débattus devant eux, restent librement soumis à leur faculté d'appréciation, c'est-à-dire à leur subjectivité raisonnée. Il ne pouvait être question de concevoir que l'accusé puisse bénéficier d'un droit à être immédiatement regardé comme innocent. La liberté dévolue aux jurés en aurait été altérée, c'est-à-dire qu'ils auraient dû, lors des débats, prendre en considération un argument préalablement fixé. Leur cheminement réflexif ne pouvait tenir compte d'un a priori favorable à l'accusé.

En réalité, et indépendamment de la différence qui existe entre le projet initial et celui qui sera définitivement adopté, le texte final ne fait que reprendre, dans son ensemble, le projet commun du *Comité de constitution et du Comité de jurisprudence criminelle*. Certes soumis à la plume d'Adrien DUPORT, il exprime l'idée que l'enfermement dans la fonction de juger n'est aucunement un obstacle à la liberté de conviction. Si les Constituants refusèrent de laisser au jury une quelconque possibilité de pouvoir interpréter la loi, le choix étant alternatif puisqu'il se fixait d'abord sur l'existence de charges suffisantes ou non, puis sur l'établissement du fait matériel imputable ou non à l'accusé, ils ont cependant toujours considéré que pour parvenir à la décision, il ne pouvait souffrir de contrainte, ne se prononçant définitivement que "*d'après la conviction intime, que d'après le cri impérieux de sa conscience, qui le garde mieux dans la route que*

---

<sup>1021</sup> Bon Albert BRIOIS de BEAUMEZ expose qu'"il est impossible que la liberté, soit publique, soit civile, soit individuelle, puisse exister sans l'établissement d'un jugement par jurés, sans que le jugement des accusations ne soit confié à nos égaux, à des citoyens pris dans les différentes classes de la société", *Archives Parlementaires*, séance du 5 janvier 1791, Vol 22, p.25.



*toutes les combinaisons métaphysiques et les efforts de l'esprit"* (<sup>1022</sup>). Le doute ne pouvait exister en tant que concept créateur de droit pour l'accusé, c'est-à-dire celui d'être reconnu comme innocent parce qu'il avait été initialement tenu comme tel dès le début de la procédure. Le silence allait recouvrir le principe de la présomption d'innocence.

---

<sup>1022</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 janvier 1791, Vol 22, p.293.

## Chapitre 2 Un silence généralisé sur ce principe

Les débats qui se déroulèrent à l'Assemblée Constituante, de mars 1790 jusqu'à l'adoption de la loi des 16-29 septembre 1791, constituent l'acte de naissance d'une autre justice plus respectueuse des droits de l'accusé. Mais cette reconnaissance du statut procédural de l'accusé se fait, sans que soit institué un principe directeur du procès pénal. La Révolution ne conçoit pas le principe que l'accusé puisse être regardé comme innocent dès l'enquête car intellectuellement elle ne possède pas ce schéma de pensée. Si l'adoption de la preuve par intime conviction libère le juge du formalisme probatoire, l'attachement que montrent cependant certains députés au système de la preuve légale brouille la perception de ce principe.

L'avènement des Codes napoléoniens ne va pas changer ce point de vue, même si cela constitue le point de départ d'une nouvelle organisation juridique et judiciaire. Il faut ici considérer que *"La législation confirme le règne du privatisme, c'est à dire la conception selon laquelle le Droit a par essence mission de régler les rapports des particuliers entre eux ; que les relations des individus avec le corps social, ou celles qui les lient dans des circonstances particulières, commerce, contrat et conditions de travail, ne sont que des excroissances du droit privé"*<sup>(1023)</sup>. La prééminence du droit privé sur le droit pénal n'a d'autre conséquence que de voir les règles qui régissent le système de preuve se rapprocher. Aussi, la grande codification qui s'étend de 1804 à 1810 voit-elle les autres matières lui être directement soumises, ou même connaître un effacement certain. C'est le cas pour le droit criminel mais aussi pour la procédure qui lui était subséquente.

L'Empire modifie profondément l'organisation judiciaire mais aussi la procédure criminelle en remplaçant le Code de Brumaire An IV, non par un code unique (<sup>1024</sup>) comme cela avait été souhaité mais par deux codes

---

<sup>1023</sup> ARNAUD (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours*, Paris, 1975, p. 33.

<sup>1024</sup> Il avait pris le nom de *Code criminel, correctionnel et de police*

distincts, l'un pour le droit pénal l'autre pour la procédure. Néanmoins, la commission chargée de leur élaboration (<sup>1025</sup>) ne s'intéressa pas à la preuve pénale. Plus précisément elle ne fit pas l'objet d'une formulation autonome par rapport aux règles générales décrites et précisés par le Code civil. Le mouvement qui se dessine consiste donc dans le silence législatif sur la reconnaissance du principe de présomption d'innocence (Section 1) puis dans la redécouverte de l'intérêt certain que constitue la preuve pénale et qui, par voie de conséquence, amène à une description de celui-ci (Section 2).

Section 1 Un principe passé sous silence

Section 2 Un principe décrit mais non exposé explicitement

---

<sup>1025</sup> Elle est composée de cinq juristes, VIELLART, TARGET, OUDART, TREILHARD et BONDEL

## Section 1. Un principe passé sous silence

La présomption d'innocence, telle que fixée par l'article de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, demeure sans incidence sur le plan procédural, en ce sens qu'elle ne crée aucun présupposé favorable à l'accusé. Les premières modifications législatives n'évoquent aucunement ce principe (Paragraphe 1). La codification napoléonienne qui fixe pour longtemps le cadre du procès pénal maintiendra un silence certain sur la présomption d'innocence (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1 Le constat : une libération du juge

En instaurant la double procédure du jury d'accusation et du jury de jugement, la loi des 16-29 septembre 1791 consacre un autre moyen pour parvenir à la vérité judiciaire. La culpabilité repose uniquement sur la seule conviction des juges (<sup>1026</sup>). Le système de la preuve légale se trouvait ainsi définitivement rejeté. La Constitution du 3 septembre 1791 qui reprend au Chapitre V du Titre III, et plus précisément aux articles 9 à 16, l'organisation du système pénal élaboré précédemment par les députés, donnait une valeur constitutionnelle aux principes juridiques posés par cette loi. Ce texte sacramentel reconnaissait implicitement que la preuve pénale ne pouvait résulter que de l'intime conviction. La preuve morale, sans qu'il y soit expressément fait référence, recouvrait une valeur constitutionnelle. Concomitamment, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, qui coiffait cette nouvelle constitution acquérait une valeur supra législative en ce sens qu'elle se situait hors d'atteinte du pouvoir politique.

---

<sup>1026</sup> Comme le rappelle le serment des jurés énoncé à l'article 24 du Titre VI du décret des 16-29 septembre 1791 et dont les termes sont les suivants, "*vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges portées contre un tel... de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre*", DUVERGIER, (J.B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome, p.296.

Aussi, lorsque la Convention décide de rédiger une nouvelle constitution, adoptée le 24 juin 1793, il est décidé d'y inclure une autre Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Celle-ci comprenait des développements plus conséquents par rapport à la déclaration de 1789 (<sup>1027</sup>). Le principe de la présomption d'innocence était simplement confirmé dans sa rédaction initiale. De même, le silence demeurait-il sur la situation procédurale de l'accusé durant la marche du procès pénal. Le regard du juge, porté durant le temps de l'instruction puis durant le temps du jugement, n'allait aucunement changer. Dans ces nouvelles dispositions constitutionnelles, l'accusé ne bénéficiait nullement d'un a priori favorable.

Les députés conceptualisent donc un nouveau procès pénal en consacrant la procédure par jury et le principe de l'intime conviction, plus précisément ils rompent avec un processus judiciaire qui enfermait le regard que le juge posait sur l'accusé et qui surtout lui imposait de constater la culpabilité dès lors que la preuve pleine et entière était acquise. L'abandon progressif de la question (<sup>1028</sup>) qui en était le corollaire, fait que l'accusé n'est plus un coupable en devenir. Le changement qui s'opère, consiste dans un repositionnement procédural de l'accusé, tant durant l'instruction que durant le procès. On lui reconnaît un droit à la passivité, c'est-à-dire le fait de ne pas devoir démontrer son innocence. Cette nouvelle posture de l'accusé se trouve garantie par des droits, dont celui de ne plus être un coupable supposé. L'innocence doit être préservée (<sup>1029</sup>). Cette présomption d'innocence ne peut

---

<sup>1027</sup> Cette déclaration comprenait 35 articles alors que celle de 1789 n'en comptait que 17.

<sup>1028</sup> Nous renvoyons sur ce point à l'étude menée par Denis ULRICH intitulé : *La répression en Bourgogne au XVIII<sup>ème</sup> siècle*, publiée à la *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, pp.398-437, et à celle de Louis Bernard MER intitulée : *Réflexions sur la jurisprudence criminelle du Parlement de Bretagne pour la seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle*, publiée quant à elle, dans les *Mélanges Yver*, 1976, pp. 505-530. On retrouve un mouvement identique, certes à un degré moindre, dans les décisions rendues par le Parlement de Flandres, sur ce point nous renvoyons à la Thèse de Pierre DAUTRICOURT, *La criminalité et la répression au Parlement de Flandres 1721-1790*, plus spécialement pp. 293-301.

<sup>1029</sup> Adrien DUPORT le précise, dans le rapport sur *la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurés* lu le 27 novembre 1790 ; il énonce ainsi que "*la société [...] semblait avoir perdu de vue les droits du citoyen, en l'arrêtant sur de simples indices : maintenant elle désire qu'il soit innocent ; tous les moyens lui seront donnés pour se défendre ; tous,*

s'analyser comme un simple sentiment de bienveillance envers l'accusé pas plus qu'il ne peut s'agir d'un principe procédural qui organise le procès pénal en lui garantissant une innocence supposée jusqu'au jugement. Elle constitue toujours l'expression d'une sûreté juridique (<sup>1030</sup>).

C'est la raison pour laquelle le procès devient un lieu de contradiction qui assure une garantie pour l'accusé mais qui ne consacre pas effectivement la présomption d'innocence. La preuve de la culpabilité, plus précisément la preuve de sa participation au fait criminel devra être débattue et rapportée contradictoirement par un *accusateur public* (<sup>1031</sup>) avec un accusé qui sera assisté d'un avocat (<sup>1032</sup>), et au cours d'une audience ouverte aux regards extérieurs (<sup>1033</sup>). Le point de rupture avec le procès de l'Ancien régime vient d'un double abandon ; le premier, du système de la preuve légale incompatible avec un jury qui n'a pas à se livrer à un travail de vérification des éléments de preuve, et n'a donc l'obligation de préciser sa motivation, en exposant ceux de ces éléments qui l'a conduit à la certitude. Le second, de la procédure écrite puisque susceptible de favoriser, de fait, le maintien de cette

---

*jusqu'à son silence même ; car la société se charge de la preuve*", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 48.

<sup>1030</sup> "Quand on répète qu'il vaut mieux que cent coupables échappent, qu'un seul innocent soit puni, on croit obéir à un simple sentiment d'humanité, mais c'est un principe évident de justice et de liberté qu'on énonce ; car lorsqu'un innocent est condamné, chacun tremble pour soi, et la sûreté générale en est plus attaquée, que parce que cent coupables échappent à la justice", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 49.

<sup>1031</sup> Comme le définit Adrien DUPORT "l'accusateur public recevant des jurés l'accusation, va donc poursuivre l'accusé au nom de la loi ; c'est lui qui rassemblera les preuves, fera venir les témoins, défendra contre l'accusé l'intérêt de la société, établira avec lui une contradiction utile, qui dans cette intéressante et vive discussion entre lui et les témoins, l'accusé et ses conseils, va faire jaillir de toutes parts la vérité et la lumière, et porter la conviction de l'innocence ou du crime dans l'âme des jurés", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 52.

<sup>1032</sup> La présence de l'avocat au côté d'un accusé *décrété de prise de corps*, est consacrée par le décret des 8 octobre-3 novembre 1789 aux articles 10, 11, 15 et 21.

<sup>1033</sup> "Tout se passe sous l'œil d'un auditoire étranger à l'affaire. Une opinion saine, ou du moins désintéressée, entoure le tribunal et le force à peser ses décisions", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.52-53.

même preuve légale (<sup>1034</sup>). Les juges, entièrement libérés, prendront leur décision (<sup>1035</sup>), après un débat contradictoire qui se sera déroulé devant eux, en fonction de sentiments simples, sincères mais personnels (<sup>1036</sup>). Il est possible de condamner parce que la culpabilité a été acquise grâce aux débats (<sup>1037</sup>). La preuve morale (<sup>1038</sup>), constitue le fondement unique qui préside à la recherche de la vérité judiciaire.

Le juge ne sera plus soumis à des contraintes légales pour parvenir à une certitude simplement parce qu'il dispose d'une liberté effective pour décider de la culpabilité ou de l'innocence. Toutefois, cette libération d'un système probatoire pouvait constituer un handicap pour l'accusé. TRONCHET, partisan de cette intime conviction absolue, ne manque pas de le relever quand il dit, *"conservons la conviction morale ; mais n'altérons point cette même conviction morale, et ne la réduisons point à un pur instinct trop dangereux pour la condamnation, et dont l'application ne peut être que rare*

---

<sup>1034</sup> "L'on peut donc regarder comme une maxime certaine que toutes les fois que la déposition sera remise aux juges, séparée du témoin du fait, on verra aussitôt s'établir les preuves légales. Ces preuves, avant d'être employées, sont éprouvées par la loi. Le juge s'embarrasse peu de savoir comment les choses se sont réellement passées, mais seulement de chercher comment on prouve qu'elles se sont passées ; ainsi la vérité n'est plus un être existant, mais un être fantastique et de convention, dont chacun se forme l'idée abusive", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 57.

<sup>1035</sup> Comme le souligne Pierre Charles RANOUIL , "le juge pour remplir son office entendait ne pas être soumis au système des preuves légales, lorsqu'il était convaincu en conscience qu'il devait condamner", l'intime conviction, Les destinées du jury criminel, p. 101.

<sup>1036</sup> "Ce qui plaît dans l'établissement des jurés, c'est que tout s'y décide par la droiture et la bonne foi, simplicité bien préférable à ce vain étalage de science, à cet amas inutile et funeste de subtilités et de formes, que l'on a, jusqu'à ce jour, appelé la justice", Archives Parlementaire, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 59.

<sup>1037</sup> Adrien DUPORT l'indique lors du débat à l'Assemblée constituante en précisant que les jurés "concluent qu'un homme est innocent tant qu'on ne leur a pas prouvé qu'il est coupable", Archives Parlementaires, séance du 4 janvier 1791, Vol 21, p. 13.

<sup>1038</sup> François Denis TRONCHET en donne une définition précise dans la discussion qui s'engagera à la suite du rapport lu par Adrien DUPORT le 27 novembre 1790. Il précise que "la preuve morale n'est autre chose que le résultat de la double influence de deux moyens qui concourent à la conviction, l'opération de l'esprit et le sentiment de l'âme. Ce genre de preuve ne peut évidemment être soumis à aucune règle, puisqu'il dépend entièrement de deux choses, que rein ne peut commander et suppléer, la rectitude de l'esprit et la pureté du cœur", Archives Parlementaire, séance du 17 janvier 1791, Vol 22, p. 301.

*et très circonspecte pour l'absolution : puisque vous exigez vous même une rectitude de jugement n'en rendez pas l'usage impossible"*(<sup>1039</sup>). L'avocat de Rouen montre ici que le juge pourrait s'affranchir de cette règle, en condamnant parce qu'il s'est convaincu, sans pour autant avoir acquis cette certitude indispensable. Au sortir de ces débats, il est donc certain que le principe procédural qui définit la présomption d'innocence, ne constitue pas encore cette limite qui encadre le juge sans pour autant le contraindre. Les premiers textes législatifs qui organiseront dans un premier temps la procédure criminelle, puis par la suite le Code d'instruction criminelle, vont simplement l'ignorer.

## **Paragraphe 2 : Le silence législatif**

La chute de la monarchie intervenue le 10 août 1792, et qui voit naître une commune insurrectionnelle à Paris mais aussi s'établir un gouvernement provisoire jusqu'à l'émergence d'un autre pouvoir, constitue une parenthèse judiciaire durant laquelle fut élaborée une législation d'exception destinée, selon leurs auteurs, à défendre la République, mais aussi à combattre les ennemis de la Révolution. Se mettait en place une procédure (<sup>1040</sup>) destinée à ce que la justice puisse intervenir aussi promptement que possible et de manière implacable contre ceux que l'on qualifiait, sans véritable définition, comme contre révolutionnaires (<sup>1041</sup>), mais aussi à l'égard des citoyens qui se

---

<sup>1039</sup> *Archives Parlementaires*, séance du 17 janvier 1791, Vol 22, p. 303.

<sup>1040</sup> Il faut ici souligner l'indifférence d'Adhémar ESMEIN pour cette période puisqu'il estime, dans son *Histoire de la procédure criminelle*, que "*ce n'est pas le lieu de parler des tribunaux et des procédures révolutionnaires, qui vinrent créer à côté du droit commun une affreuse légalité d'exception*", *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 439. Dans son traité de *l'instruction criminelle*, Faustin HELIE reste totalement silencieux sur cette période.

<sup>1041</sup> La loi du 10 mars 1793 crée, à Paris, un "*tribunal criminel extraordinaire, qui connaîtra de toute entreprise contre-révolutionnaire, de tous attentats contre la liberté, l'égalité l'unité, l'indivisibilité de la république, la sûreté intérieure et extérieurs de l'Etat, et de tous les complots tendant à rétablir la royauté ou à établir toute autre autorité attentatoire à la liberté, à l'égalité et à la souveraineté du peuple, soit que les accusés soient fonctionnaires civils ou militaires, ou simples citoyens*", DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome 5, p.190 sqq.



trouvaient "*hors la loi*" (<sup>1042</sup>). De ce fait, "*la glorification des principes philosophiques de 89, des principes juridiques de 91, reprise par la nouvelle déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 93, ne sert de rien pour protéger contre la répression*" (<sup>1043</sup>). La justice devait passer, ce qu'elle fit par l'adoption du projet présenté par Georges Auguste COUTHON (<sup>1044</sup>), et ce, au nom du Comité de Salut Public. En effet, le décret du 22 prairial an II (27 juin 1794) portait création d'un Tribunal révolutionnaire (<sup>1045</sup>) dont le but, comme le souligne l'article 4, consistait à "*punir les ennemis de la république*" (<sup>1046</sup>).

Toutefois, et indépendamment d'un emballement de la machine judiciaire dont la conséquence fut de réduire les droits de l'accusé face à un ministère

---

<sup>1042</sup> C'est le décret du 19 mars 1793 qui instituait la procédure de *mise hors la loi* qui avait pour conséquence de ne plus faire bénéficier au prévenu des garanties ordinaires de la loi pénale et de le voir condamner non seulement à la peine capitale mais aussi à la mort civile. Nous renvoyons sur ce point à la thèse d'Eric de MARI, *La mise hors la loi sous la Révolution française (19 mars 1793-9 thermidor an II)*, Thèse droit, Montpellier, 1991.

<sup>1043</sup> PENA (Marc), Les droits de la défense dans le Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795), *Droit prospectif*, 1990, p. 352.

<sup>1044</sup> Georges Auguste COUTHON, né le 22 décembre 1755 à Orcet (Puy de Dôme), il meurt à Paris le 28 juillet 1794. Après des études de droit à la faculté de Reims, il devient avocat au Parlement de Paris, ville dans laquelle il s'installe le 1<sup>er</sup> avril 1781. Initié, en 1778, à la loge Saint Maurice à l'Orient de CLERMONT, il adhère également à la Société littéraire de Clermont-Ferrand en 1787. Elu membre du conseil général de Clermont le 24 janvier 1790, il devient député du Puy de Dôme à l'Assemblée législative le 1<sup>er</sup> octobre 1791 au sein de la quelle il jouera un rôle de premier plan, à partir de l'été 1792, en effectuant plusieurs missions en province aux fins d'y rétablir l'ordre en employant tant la fermeté que la modération. Actif dans sa défense du monde paysan, il vote, le 17 juillet 1793, l'abolition des droits féodaux. Au procès de Louis XVI, il vote pour la mort, contre l'appel au peuple et contre le sursis. Nommé le 10 juillet 1793 au Comité de salut public il prend part au renversement des Hébertiste et à la chute de DANTON et rédige le projet de réorganisation du Tribunal révolutionnaire adopté. Décrété d'arrestation le 9 Thermidor an III (27 juillet 1794) comme ROBESPIERRE et SAINT JUST, il est conduit à la prison de la Bourbe pour être, par la suite, relâché sur ordre de la Commune. Rejoignant ROBESPIERRE qui se trouvait à la Maison commune, il fut exécuté le lendemain avec ses amis.

<sup>1045</sup> Adopté séance tenante le décret, comportant 21 articles, précise que cette juridiction comprendra 1 président, 4 vice-présidents, un accusateur public assisté de 4 substituts et 50 jurés nominativement désignés par l'article 3 de la loi.

<sup>1046</sup> DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 5, p.232 sqq.

public surdimensionné (<sup>1047</sup>), il faut constater que le décret apportait quelques précisions sur la démonstration de la culpabilité qui, même si elle paraissait inéluctable, ne remettait pas en cause le système probatoire de l'intime conviction tout en lui enjoignant une démarche spécifique (<sup>1048</sup>). En effet, Au delà de la mise en place de moyens destinés à assurer une répression efficace voulue par le Gouvernement révolutionnaire, le recours à la preuve de conviction, aussi contrainte soit-elle, marque donc le maintien du principe fixé par l'article 24 du Titre VI du décret des 16-29 septembre 1791.

La chute de Maximilien ROBESPIERRE et de ses amis le 9 thermidor an II rompt avec une législation d'exception, revient à un certain ordre constitutionnel et renoue avec une importante activité législative qui ultérieurement allait confirmer le système du jury et de la preuve morale. Même si elle reproduisit dans ses grandes lignes les principes posés par la Déclaration de 1789, la Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen, inscrite en préambule de la Constitution de l'an III (<sup>1049</sup>), n'en

---

<sup>1047</sup> Les défenseurs étaient supprimés au profit, comme le précise l'article 16 de la loi de *jurés patriotes* dont ne pouvaient bénéficier *les conspirateurs*. L'interrogatoire de l'accusé préalable à l'audience était supprimé (article 12). Enfin, la défense ne pouvait aucunement faire valoir ses arguments puisque l'article 13 énonçait que "*s'il existe des preuves, soit matérielles, soit morales, indépendamment de la preuve testimoniale, il ne sera point entendu de témoins, à moins que cette formalité ne paraisse nécessaire, soit pour découvrir des complices, soit pour d'autres considérations majeures d'intérêt public*",

<sup>1048</sup> L'article 8 du décret énonçait que "*la preuve nécessaire pour condamner les ennemis du peuple est toute espèce de documens, soit matérielle, soit morale, soit verbale, soit écrite, qui peut naturellement obtenir l'assentiment de tout esprit juste et raisonnable; la règle des jugemens est la conscience des jurés éclairés par l'amour de la patrie ; leur but, le triomphe de la République, et la ruine des ses ennemis ; la procédure ; les moyens simples que le bon sens indique pour parvenir à la connaissance de la vérité, dans les formes que la loi détermine*". DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome 5, p.233.

<sup>1049</sup> Rédigée pour l'essentiel par deux députés modérés, François Antoine de BOISSY D'ANGLAS et Pierre DAUNOU, cette constitution intègre une déclaration dont les principes ne sont pas en parfaite adéquation avec ceux qui furent à l'origine fixés par les constitutions de 1793 et 1791. Comme le souligne Jacques GODECHOT "*ses rédacteurs ont obéi surtout au souci de prévenir l'avènement de toute dictature, [...] et d'assurer à la bourgeoisie la paisible jouissance des avantages que la Révolution lui avait procurés. Pour cette raison, elle répudie tout ce qui, dans les constituions précédentes, avait été établi sous l'influence de Rousseau ou de ses disciples, et s'efforce de suivre le théoricien des corps intermédiaires, Montesquieu*", *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, p. 458.

reprenait pas pour autant la philosophie initiale (<sup>1050</sup>) de la Déclaration de 1789. Le principe de la présomption d'innocence posé par l'article 9 du texte de 1789 disparaît complètement. Plus précisément, la première phrase qui le composait se trouve supprimée. Seul subsiste le principe d'une interdiction de mesures arbitraires (<sup>1051</sup>). Se contenter d'un simple droit à la sûreté s'inscrivait en réalité dans une philosophie restrictive inhérente à cette constitution (<sup>1052</sup>), même si les droits de la défense ne paraissaient nullement remis en cause.

C'est donc dans cette atmosphère que s'élaborera le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795). Le titre relativement trompeur de ce texte ne concernait en réalité que la procédure criminelle (<sup>1053</sup>) où les droits de la défense étaient affirmés (<sup>1054</sup>). Néanmoins, le silence demeurait sur le statut procédural de l'accusé dès le début de l'enquête. Le droit à une innocence supposée restait toujours inexistant. Œuvre du seul Philippe

<sup>1050</sup> L'article 1, le plus emblématique de cette déclaration, "*les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*" disparaît. Par ailleurs, comme le relève Jacques GODECHOT "*La Déclaration des droits n'affirme plus que le bonheur commun est le but de la société. Elle ne mentionne ni le droit à l'instruction, ni le droit au travail, ni le droit à l'assistance, ni bien entendu le droit à l'insurrection. La liberté de parole, d'opinion, de la presse, ne figurent pas dans la nouvelle déclaration ; elles sont reléguées à la fin de la constitution, sous le titre XIV*", *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, p. 459.

<sup>1051</sup> L'article 10 de la Déclaration de Droits et des Devoirs de L'Homme et du Citoyen dispose que "*toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de la personne d'un prévenu doit être sévèrement réprimée par la loi*", *Les constitutions de la France depuis 1789*, 1994, p. 101.

<sup>1052</sup> Il faut en effet noter que la souveraineté ne résidait plus *dans la nation* mais dans *l'universalité des citoyens* qui étaient définis, comme le précise l'article 8 du Titre II de la Constitution, "*Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de 21 ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre du canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la République, qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français*", *Les constitutions de la France depuis 1789*, p. 104.

<sup>1053</sup> Le texte comporte 648 articles. Les articles 1 à 598 ainsi que l'article 646 sont uniquement consacrés à la procédure criminelle

<sup>1054</sup> Sur ce point nous renvoyons à la thèse de Nicolas DERASSE, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le Premier Empire (1789-1810) : les mutations d'une fonction et d'une procédure*, notamment Tome II, p. 296 et sqq., mais aussi à l'article de Marc PENA, *Les droits de la défense dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, Droit prospectif*, 1990, p. 349-387.

MERLIN de DOUAI, ce texte qui ne manque pas de force et de précision comme le note l'un de ses thuriféraires (<sup>1055</sup>), constitue, sans aucun doute possible, le retour à une nécessaire sécurité juridique (<sup>1056</sup>). Il consacre surtout une continuité sur le problème de la preuve pénale, puisque la démonstration de la vérité judiciaire ne se départit pas des règles fixées par le décret des 16-29 septembre 1791. La preuve pénale trouve son expression dans la libre conviction du jury (<sup>1057</sup>).

En maintenant la distinction entre le jury d'accusation et le jury de jugement, l'article 236 du Code des délits et des peines rappelle que, s'agissant de l'acte d'accusation, les jurés ne peuvent ignorer que la finalité de ce qui les réunit consiste dans "*le respect pour la liberté individuelle*"(<sup>1058</sup>), et qu'ils ne doivent décider s'il y a lieu à accusation que sur "*de fortes présomptions, un commencement de preuves déterminantes*"(<sup>1059</sup>). Ce jury ne prend donc pas

---

<sup>1055</sup> Adémar ESMEIN note avec emphase qu'"Il est difficile de trouver une composition dont toutes les parties forment un tout plus systématique. On sent que le tâtonnement des commissions parlementaires n'a point passé par là et qu'un puissant jurisconsulte a fait jaillir de son cerveau cette loi toute armée. Il n'est pas de loi plus scrupuleuse et plus minutieuse ; elle multiplie les garanties de la défense, et trace pas à pas la marche qui doit être suivie...", *Histoire de la procédure criminelle et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p. 441.

<sup>1056</sup> "Maintenir la Constitution républicaine que le peuple français vient d'accepter, c'est votre vœu comme votre devoir. Pour atteindre ce but, ce qu'il y a de plus important à faire c'est de comprimer l'anarchie, d'établir enfin le règne de la loi, de garantir d'une manière véritablement efficace la sûreté des personnes et des propriétés ; c'est, en d'autres termes, de donner à la police et à la justice toute l'activité, tout le ressort, toutes la puissances possibles ; et c'est à quoi vous ne pouvez parvenir qu'en simplifiant, qu'en classant dans un ordre clair et méthodique les innombrables règlements qui doivent conduire les magistrats dans la recherche et la répression des délits ", séance du 30 vendémiaire an IV, *Journal des débats*, n° 1124, pp. 458-459.

<sup>1057</sup> L'article 206 du Titre III du Code des délits et des peines énonce que "*Les jurés sont des citoyens appelés à l'occasion d'un délit, pour examiner le fait allégué contre le prévenu ou l'accusé, décider, d'après les preuves qui leur sont fournies et leur conviction personnelle, si le délit existe et qui est le coupable*", DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 403.

<sup>1058</sup> DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 405.

<sup>1059</sup> Article 237 du Code des délits et de peines, DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 403.

position sur l'innocence ou sur la culpabilité. A ce stade des débats, il n'est aucune nécessité de poser le principe d'un droit à l'innocence pour celui qui est soupçonné.

Pour le cas où le renvoi devant le jury de jugement serait décidé, la culpabilité ne sera définitivement acquise que si les jurés en acquièrent la conviction à partir de certains procès verbaux (<sup>1060</sup>) et en fonction des débats qui se seront déroulés devant eux. Comme le prescrit l'article 372 du Code des délits et des peines, "*c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici ; c'est cette conviction que la loi les charge d'énoncer ; c'est à cette conviction que la société, que l'accusé, s'en rapportent*"(<sup>1061</sup>). Se trouve ici de nouveau réaffirmés, le principe de la preuve morale, c'est-à-dire le fait de s'en remettre à la conscience du seul jury, le rejet définitif de la preuve légale mais surtout l'impossibilité pour le juge de considérer que l'absence de conviction puisse bénéficier à l'accusé.

A partir du moment où la recherche puis la découverte de la vérité judiciaire s'organisait autour du jury et de l'intime conviction et suivant des règles précises, il ne paraissait donc pas nécessaire de reconnaître à l'accusé un droit à l'innocence d'autant plus que les questions posées au jury constituaient, pour ce dernier, des garanties certaines pour la défense. Comme le précise l'article 372 du Code des délits et des peines les jurés "*ne sont appelés que pour décider si le fait est constant, et si l'accusé est coupable du crime qu'on lui impute*". En enfermant la démarche du jury, le texte qui réaffirme les principes fixés initialement en 1791, fait abstraction du problème posé par le doute, pas plus qu'il ne désigne celui qui devra supporter la charge de la preuve.

---

<sup>1060</sup> L'instruction lue par le Président, après la clôture des débats, et avant que les jurés ne délibèrent, précisé que ceux-ci "*doivent examiner l'acte d'accusation, les procès verbaux et toutes les autres pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins, des notes écrites des interrogatoires subis par l'accusé devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel*".

<sup>1061</sup> DUVERGIER, *Collection complète des lois décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 415.

Aux principes philosophiques généraux qui glorifiaient les droits de l'homme et les transcrivaient sur le plan pénal, le législateur post-thermidorien préfère une procédure concrète qui assure l'effectivité des droits de la défense. La présomption d'innocence qui, au demeurant, avait disparu de la nouvelle Déclaration des Droits de l'Homme, ne pouvait donc recevoir une quelconque application. La législation napoléonienne précédée par les dispositions issues du décret du 7 pluviôse an IX (27 janvier 1801) (<sup>1062</sup>), certes en réorganisant le droit pénal et la procédure criminelle initialement fixée par le Code de brumaire an IV, maintenait le silence sur ce principe.

En effet, l'article 342 du Code d'instruction criminelle, qui reprend le cadre juridique posé par le décret du 16-29 septembre 1791, confirme le grand principe de l'intime conviction (<sup>1063</sup>). La solennité de la formule montre tout le pouvoir dévolu à la seule conscience du jury. Elle réaffirme surtout le fait que les éléments réunis dans le dossier d'instruction ou recueillis lors de l'audience, ne peuvent s'imposer aux jurés. Ceux-ci doivent faire abstraction de tout ressentiment ou de toute impression qui aurait pu se créer lors des

---

<sup>1062</sup> Cette loi réorganise l'instruction préparatoire et modifie le débat devant le jury d'accusation en créant des substituts du commissaire du gouvernement, nommé dans chaque arrondissement par le premier Consul, révocable à volonté et dont la fonction consistait à rechercher et à poursuivre les délits de police correctionnelle ainsi que les crimes. Par ailleurs, le texte redonnait à l'instruction sa forme, telle que fixée par l'Ordonnance criminelle de 1670. Comme le note Adhémar ESMEIN, *"La loi du 7 pluviôse marquait, on le voit, un retour très-net vers le passé ; elle relevait toute l'instruction secrète et préparatoire que les lois de 1791 et de l'an IV avaient laissé tomber. Les réformes qu'elle opérait se ramenaient aux points suivants : 1° création d'un ministère public et d'un juge d'instruction ; 2° introduction du mandat de dépôt ; 3° audition des témoins hors de la présence du prévenu ; 4° substitution des preuves écrites aux débats oraux devant le jury d'accusation"*, ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p.454-455.

<sup>1063</sup> *"La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit point desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point, vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel témoins ; elle ne leur dit pas non plus, vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de tel telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs, avez-vous une intime conviction ?"*

débats. Ils se doivent d'être convaincus, c'est-à-dire qu'ils se doivent d'être certains de la culpabilité de l'accusé (<sup>1064</sup>). Ce qu'il faut relever, outre la filiation entre cet article et les textes précédents qui organisent ce principe de l'intime conviction, c'est l'entière liberté qui est donnée au juge pour décider de la culpabilité ou de l'innocence. La rupture avec le système probatoire de l'ancien régime se veut totale et définitive. Il n'est donc plus question d'encadrer ou de contraindre le juge. Présupposer l'innocence ou donner une valeur décisionnelle au doute reviendrait de fait à favoriser l'une des parties au procès, et par là même à s'immiscer dans la réflexion personnelle de celui qui juge. Cela aboutirait à encadrer la démarche du juge dans sa décision finale. La neutralisation de tout élément, quel qu'il soit, et préalablement à l'ouverture des débats, garantissait une objectivisation dans la recherche de la vérité judiciaire.

## **Section 2. Un principe décrit mais non exposé explicitement**

Le regain d'intérêt pour le droit criminel, qui se fait sentir à partir des grandes réformes pénales de la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, n'eut d'autres conséquences que de réveiller un certain intérêt pour la preuve pénale qui devint l'objet d'une théorisation (Paragraphe 1). Néanmoins, la publication d'ouvrages sur ce sujet montre que le principe procédural de la présomption d'innocence n'est pas évoqué (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La preuve pénale théorisée**

Depuis la publication des grands traités de droit criminel intervenue durant la seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle, la production littéraire française sur la preuve pénale reste peu conséquente. Cette matière sera dégagée dans ses principes, et dans ses conséquences, par quelques juristes étrangers dont les

---

<sup>1064</sup> Faustin HELIE le met en évidence puisqu'il écrit que la loi "n'accorde de puissance légale à aucune preuves [...] Elle lui laisse la pleine liberté d'évaluer chaque témoignage, chaque indice, et de former dans son for intérieur, d'après tous les éléments qu'il a recueillis son intime conviction. C'est cette conviction qui est la seule base du jugement", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, vol I, n°1769, p. 341.

noms resteront à jamais associés à ce sujet (A). Traduits en France, ces ouvrages permettent de revitaliser un débat sur la preuve pénale qui demeurerait dans l'ombre (B).

### A. La redécouverte d'une problématique

L'intérêt porté à l'importance du problème de la preuve en droit pénal français reste particulièrement indigent jusqu'au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle. Il faudra que des traités publiés en Angleterre et en Allemagne y consacrent l'essentiel de leurs développements, pour que renaisse une véritable réflexion sur le moyen d'établir, puis de parvenir, à la vérité judiciaire. C'est ainsi qu'en 1823 fut publié, en français, l'ouvrage d'un économiste et jurisconsulte anglais Jérémy BENTHAM (<sup>1065</sup>). Son *traité des preuves judiciaires* (<sup>1066</sup>), qui énonce en introduction que "*l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves*"(<sup>1067</sup>), s'attache à décrire avec précision le mécanisme complexe mais indispensable qui permet, non seulement de décrypter la connaissance des faits soumis au juge mais aussi de parvenir à la certitude judiciaire susceptible de cristalliser la conviction du juge.

Ainsi évoque-t-il le problème des présomptions ante-judiciaires qui, selon lui, existant préalablement à l'examen de toute cause, "*peuvent servir à guider dans l'obscurité jusqu'à ce qu'on ait obtenu les preuves particulières, ou à faire pencher*

---

<sup>1065</sup> BENTHAM (Jérémy), né à Londres le 15 février 1748 il meurt dans cette même ville le 6 juin 1832. Issu d'une famille d'attorney, il entre à Oxford en 1763 et devient masters of art en 1772. Avocat, il quitte rapidement la profession, déçu par la chicane ou les expédients employés par les gens de robe. Il se consacre alors à l'étude de la législation qui, selon lui, doit être déduite de la morale, et considérer les actions de l'homme dans leurs conséquences relatives à l'intérêt général. Lié d'amitié avec d'Alembert, Brissot et Morellet, il mettra sa plume au service de la Révolution française et de son Assemblée qui lui décernera le titre de citoyen français le 23 août 1792. En 1802, il fut admis à siéger à l'Académie des sciences morales et politiques, et en 1825, lors d'un dernier voyage à Paris les avocats aux Conseils devaient lui rendre un vibrant hommage.

<sup>1066</sup> Cet ouvrage, comme la plupart des écrits de BENTHAM, fut traduit par Etienne DUMONT (1759-1829), Jurisconsulte, ministre genevois, mais aussi éditeur du *Courrier de Provence*, et qui s'était lié d'amitié avec BENTHAM en 1791.

<sup>1067</sup> BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Paris, 1823, Vol 1, p. 3.



*la balance lorsque l'on est dans le doute entre des preuves contraires*"<sup>(1068)</sup>. Ramené au seul droit pénal, Jérémy BENTHAM posait ainsi le principe que *"la présomption doit être en faveur de l'innocence, ou du moins doit agir comme si cette présomption était établie"*<sup>(1069)</sup>. Dans cette perspective, il assignait à cette présomption un but qui consistait à renverser la charge de la preuve.

Cette règle hypothétique imposait à celui qui accusait une règle de conduite dans l'examen des éléments de preuve. Elle consistait donc à accorder à l'accusé un a priori favorable car *"on doit croire plus facilement à la témérité, à l'erreur, et à la passion, qu'on ne doit croire au crime, et surtout à des crimes graves"*<sup>(1070)</sup>. L'auteur présupposait donc que la recherche du bien l'emportait sur la volonté de faire le mal. Dès lors, le juge ne pouvait avoir d'autre conduite, puisque même s'il *"eut formé dans son esprit une présomption interne contre les accusés, il ne doit pas hésiter à agir d'après la présomption de leur innocence, et dans le doute envisager l'erreur qui absout comme plus justifiable ou moins contraire au bien de la société que l'erreur qui condamne. En écoutant la voix de l'humanité, il ne fait que suivre celle de la raison"*<sup>(1071)</sup>. La lecture de ces derniers développements montre que ce jurisconsulte anglais pose de façon précise le cadre procédural de la présomption d'innocence.

Pour notre auteur, la personne poursuivie doit bénéficier d'une faveur en étant dispensée de rapporter la preuve négative de son absence de participation aux faits poursuivis. Mais surtout, pour le cas où il y aurait une égalité entre les charges recueillies et les moyens de la défense, l'avantage reviendrait à ce dernier. En cas de doute, celui-ci bénéficierait systématiquement à l'accusé. Cette écriture moderne du principe de la présomption d'innocence se retrouve également sous la plume d'un

---

<sup>1068</sup> BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p. 11.

<sup>1069</sup> BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p.19.

<sup>1070</sup> BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p. 20.

<sup>1071</sup> BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p. 26-27.

auteur allemand qui lui succède dans le temps et qui toutefois restera une référence pour le droit pénal français durant le XIX<sup>ème</sup> siècle.

En 1834, fut en effet publié à HEIDELBERG, un ouvrage (<sup>1072</sup>) suffisamment riche dans son analyse (<sup>1073</sup>), pour que son écho dépasse les frontières de l'Allemagne. Son auteur, Carl Joseph Anton MITTERMAIER (<sup>1074</sup>) précisant le système probatoire de son pays qui reposait sur le mécanisme de la preuve légale, procédait par voie de comparaison avec d'autres systèmes et notamment ceux de l'Angleterre et de la France. Argumentant sur le mécanisme qui structure la preuve en droit criminel et dont il rappelle toute l'importance qu'elle occupe dans le processus procédural (<sup>1075</sup>), ce dernier exposait de manière générale, c'est-à-dire transfrontalière, une réflexion sur un sujet qui ne pouvait laisser sans réaction les criminalistes français (<sup>1076</sup>). Il

---

<sup>1072</sup> Le traité s'intitulait *Das deutsche strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts Gebrauch und Particular-Gestzbucher und genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Processe*

<sup>1073</sup> L'ouvrage est divisé en neuf parties qui s'organisent ainsi : *De la preuve en matière criminelle en général, et de son organisation diverse, suivant que la sentence appartienne aux juges proprement dits, De la preuve par constatations judiciaire, De la preuve à dire d'experts, De l'aveu du prévenu, De la preuve testimoniale, De la preuve par titres et les pièces à conviction, De la preuve par le concours de circonstances, Du concours des diverses preuves, ou de la preuve composite, De la preuve imparfaite.*

<sup>1074</sup> Carl Joseph Anton MITTERMAIER, né le 5 août 1787 à Munich, il meurt à HEIDELBERG le 28 août 1867. Professeur de droit à LANDSHUT en 1811, il est nommé en 1819 à l'université de BONN, puis obtint une chaire à l'université de HEIDELBERG en 1821. Il est considéré comme l'un des plus éminents jurisconsultes allemands de son temps. Chef du parti démocrate modéré, il sera élu député à l'Assemblée Nationale de Bade en 1831, puis à la Présidence de celle-ci jusqu'en 1840. Réélu à ce poste en 1846, jusqu'en 1849, puis de nouveau député de la ville de Bade au Parlement national de Francfort, il quitte la vie politique en 1849, pour revenir professer le droit à HEIDELBERG. Dans ses ouvrages, MITTERMAIER se montre comme le champion des institutions libérales, puisqu'il préconise la publicité des débats judiciaires, la procédure orale, le jury, l'abolition de la peine de mort, et la protection des aliénés.

<sup>1075</sup> « Carl Joseph Anton MITTERMAIER précise que "c'est sur la preuve que roule la portion la plus importante des prescriptions légales, en matière de procédure criminelle", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, traduit par C. A. ALEXANDRE, Paris, 1848, Chapitre premier, p.3.

<sup>1076</sup> Comme le note un membre de l'Académie des sciences morales et politiques, "M. MITTERMAIER a mieux montré la route à suivre dans un livre spécial sur la preuve en matière criminelle, ouvrage qui peut servir de modèle à la fois de et de leçon, aux

écrivait dans sa préface que "*l'étude de ce problème conduit naturellement à celle des principes fondamentaux*"<sup>(1077)</sup>. Non seulement, il devait fixer les termes d'une définition de la preuve pénale (<sup>1078</sup>) mais il allait également préciser la démarche du juge dans l'établissement de la culpabilité.

Sur ce dernier point, Carl Joseph Anton MITTERMAIER s'efforce "*d'approfondir la nature même de la preuve, et par suite, d'entrer dans quelques développements sur ce qu'on nomme : vérité, conviction et certitude*"<sup>(1079)</sup>. Il démonte les mécanismes intellectuels qui assoient de façon définitive la décision du juge. La vérité factuelle qui se présente à lui (<sup>1080</sup>) ne peut suffire. Il faut en plus un approche personnelle qui implique pour le juge d'être nécessairement convaincu (<sup>1081</sup>) ; ce qui permettra, puisqu'il n'y a plus d'arguments contraires, d'acquérir ainsi une certitude sur la culpabilité (<sup>1082</sup>).

---

*législateurs et aux jurisconsultes, et qui nous paraît bien supérieur aux travaux de Schneider, de Weber, de Borst, de Heffer et de Bauer*", GIRAUD (Ch.), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Rapport fait par M. GIRAUD à l'Académie des sciences morales et politiques, dans la séance du 15 novembre 1843, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XII, 1844, janvier 1844, p. 144-146.

<sup>1077</sup> MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Préface de l'auteur, p. XII.

<sup>1078</sup> Il la définit ainsi, "*toutes les fois qu'un individu apparaît comme l'auteur d'un acte auquel la loi attache des conséquences afflictives, et qu'il s'agit de lui en faire l'application, la condamnation à intervenir repose sur la certitude des faits, sur la conviction produite dans la conscience du juge. La somme des motifs producteurs de la certitude se nomme la preuve*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VI, p. 63.

<sup>1079</sup> MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p. 68.

<sup>1080</sup> Elle est définie, selon l'auteur, comme "*la concordance entre un fait réel et l'idée qu'on s'en représente*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p. 68-69.

<sup>1081</sup> Il rappelle en effet que "*la conviction procède de l'individualité du juge*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p.72, notre auteur précise cependant que, "*si l'opinion du juge repose sur des motifs suffisants et dont il a conscience, alors, et seulement alors, il peut décider affirmativement, et sa sentence passer pour juste dans le public. Or cet état d'esprit qui tient les faits pour vrais en s'appuyant sur des motifs pleinement solides, c'est la conviction proprement dite*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p.75.

<sup>1082</sup> "*Arrivant au moment où elle repousse victorieusement tous les motifs contraires et où ceux-ci ne peuvent plus ébranler la masse imposante des motifs affirmatifs, la conviction prend le nom de certitude*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p.76-77.

Décrivant alors la progressivité de cette recherche, le criminaliste allemand met en exergue l'importance qu'il y a pour le juge de décider dans le cadre d'une introspection personnelle. La preuve de la culpabilité ne peut être uniquement le résultat d'une combinaison rationnelle de propositions préétablies et quantifiées. Parce qu'elle sera intimement ressentie, elle permettra de parvenir à une conviction certaine, ce qui fixera de manière définitive la décision du juge et donc la vérité judiciaire.

Ce cadre ainsi établi, Carl Joseph Anton MITTERMAIER précise les critères qui organisent la démonstration de la culpabilité. Ainsi énonce-t-il que le fardeau de la preuve incombe à celui qui déclenche les poursuites (<sup>1083</sup>). L'obligation qui s'impose au ministère public ou à la partie civile est ici très nettement affirmée, sans qu'il y ait d'autres alternatives, et le simple soupçon ne peut suffire. Ces développements, pour essentiels qu'ils soient, marquent de façon précise le rôle du magistrat instructeur qui doit argumenter et démontrer la véracité de l'accusation portée contre le suspect (<sup>1084</sup>). La démonstration de la culpabilité, et par voie de conséquence, l'établissement de la vérité judiciaire, repose sur le juge qui enclenche les poursuites mais aussi sur celui qui instruit l'affaire (<sup>1085</sup>). Le criminaliste allemand pose donc

---

<sup>1083</sup> *"La preuve des faits de l'inculpation incombe à celui qui, pour raison d'illégalités commises, s'efforce de faire tomber un citoyen sous le coup d'une condamnation judiciaire ; car se contenter d'affirmer sa culpabilité ne serait pas chose suffisante", MITTERMAIER (C.J.A), Traité de la preuve en matière criminelle, Chapitre XVII, p. 155-156.*

<sup>1084</sup> *"L'inquisiteur ne doit pas prendre la culpabilité seule pour point de mire, mais la vérité ; il relèvera avec un soin égal toutes les circonstances favorables à l'accusé ; et la certitude d'ailleurs, eu égard à la culpabilité même, ne saurait un seul instant être acquise, tant que le plus léger doute sur la réalité des faits information n'aurait pas été éclairci", MITTERMAIER (C.J.A), Traité de la preuve en matière criminelle, Chapitre XVII, p.154.*

<sup>1085</sup> *Carl Joseph Anton MITTERMAIER note qu'"En envisageant dans toute leur étendue les devoirs de l'inquisiteur, on reconnaît qu'il n'est pas un accusateur pur et simple, et que ce serait à tort qu'on lui voudrait spécialement imposer le fardeau de la preuve à charge ; mais il n'est pas moins vrai, d'un autre côté, qu' en voyant les choses du point de vue de l'accusé, on ne peut contester à celui-ci le droit d'exiger, avant que la condamnation devienne possible, la preuve complète des faits relevés contre lui, et dont l'existence seule le rend passible de la peine indiquée", Traité de la preuve Traité de la preuve en matière criminelle, Chapitre XVII, p.157.*

le principe que la charge de la preuve pèse non seulement sur le ministère public mais également sur le juge d'instruction.

Toutefois, dans cette analyse très complète du mécanisme probatoire, il envisage, dans la dernière partie de son ouvrage, le problème de *la preuve imparfaite*. Rappelant que cela "*concerne l'administration même de la preuve*"<sup>(1086)</sup>, il écrit, non sans un certain ton péremptoire, que "*la condition essentielle de toute condamnation pénale est la démonstration complète des faits reprochés ; que jusqu'à ce qu'elle soit pleine et entière, l'accusé doit être tenu pour innocent*"<sup>(1087)</sup>. Si ce raisonnement s'inscrit dans un examen critique de la preuve légale, toujours en application dans le droit pénal allemand, alors qu'il rappelle par ailleurs qu'elle n'existe plus en droit pénal français <sup>(1088)</sup>, il reste néanmoins emblématique d'un principe qui gouverne la preuve pénale et qui constitue l'un des éléments constitutifs de la présomption d'innocence. Il confirme, de manière indirecte, ce qu'il vient d'énoncer.

Dans le chapitre suivant *Du renvoi des fins de l'instance*, Carl Joseph Anton MITTERMAIER va consacrer de longs développements à ces demi-acquittements, disparus en France avec l'adoption de la loi des 16-19 septembre 1791 sur la procédure pénale et la consécration du jury et de l'intime conviction. Reprenant l'argument des thuriféraires de cette forme de jugement, il va néanmoins évoquer les critiques qui pouvaient y être apportées et notamment cet argument, dont nous devons reprendre le long développement, qui consistait à affirmer qu'à "*la fin des débats, il n'est que deux sentiments à l'un desquels le juge puisse se sentir entraîné : l'un est la certitude de la culpabilité ; l'autre, la certitude contraire. Entre eux point de moyen terme, et si la culpabilité n'est pas complètement et légalement établie,*

---

<sup>1086</sup> MITTERMAIER (C.J.A.), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LXIV p. 483. L'auteur reprend dans une note, la maxime *Accusatore non probante, accusatus absolvitur*.

<sup>1087</sup> MITTERMAIER (C.J.A.), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LXIV, p.482.

<sup>1088</sup> "*Il ne vient dans l'esprit de personne en France d'établir une distinction entre un inculpé évidemment innocent et celui dont la non-culpabilité reste douteuse : pour l'un et l'autre le jury statue par un verdict négatif*", MITTERMAIER (C.J.A.), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Neuvième partie, Chapitre LXIV p. 483, note n°4.

*l'accusé n'est pas coupable. Il en est de même pour le procès d'inquisition que pour le procès d'accusation. Dans celui-ci, la preuve n'étant point fournie par le demandeur, l'ajourné est acquitté ; dans l'autre, si la preuve à la charge de la société partie poursuivante, n'est pas rapportée, le prévenu doit être renvoyé à tout jamais indemne"*(<sup>1089</sup>). La position prise par Carl Joseph Anton MITTERMAIER sur ce point n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté puisqu'il dénonce l'usage fait de la preuve légale dont il reconnaît cependant qu'elle demeure une pratique du droit allemand (<sup>1090</sup>).

Néanmoins le principe procédural de ce qui constitue actuellement la présomption d'innocence se trouve esquissé. Même si la notion de bénéfice du doute qui profite à l'accusé n'est pas décrite dans ses conséquences procédurales, le statut d'un accusé qui ne soit pas présumé coupable est toutefois clairement exprimé. Cet ouvrage recevra un écho favorable parmi quelques criminalistes français qui montreront un intérêt certain sur ce sujet spécifique, sans toutefois exposer le mécanisme de la présomption d'innocence.

## **B. Les criminalistes français et la présomption d'innocence**

La grande codification napoléonienne, achevée en 1810, consacre le primat du Code Civil qui "*règne en maître et tranche souverainement en tout conflit*"(<sup>1091</sup>). Le droit pénal et la procédure pénale demeurent dans l'ombre. Un tel désintérêt, certes organisé parce que cette discipline touche aux rapports entre l'individu et l'état, explique ainsi l'absence d'une littérature qui soit consacrée durant cette première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, à ces matières spécifiques. Aucune recherche approfondie sur les grands principes qui animent

---

<sup>1089</sup> MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LVX p. 487.

<sup>1090</sup> "S'il est dès à présent démontré que l'*absolutio ab instantia* doit être rejetée de toute œuvre de législation à faire, toutes les raisons possibles ne peuvent empêcher pourtant qu'elle ne joue un grand rôle dans la pratique commune des tribunaux de l'Allemagne ; là, l'usage constant de trois siècles a sanctionné un mode de sentence", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LVX p. 491.

<sup>1091</sup> ARNAUD (André-Jean), *Les juristes face à la société du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours*, 1975, p. 32.

le droit criminel ou le procès pénal n'est entreprise. La présomption d'innocence, en tant que principe directeur du procès pénal, ne pouvait émerger dans le cadre d'un monologue dédié au seul droit privé et à la procédure qui lui était subséquente. Il faut cependant reconnaître que les tenants du seul droit civil comptaient quelques noms qui montraient un attachement certain pour le droit pénal et la procédure pénale, estimant que l'évolution des rapports sociaux ne pouvait être ignorée des praticiens du droit. L'enseignement de ces matières devait se détacher d'une lecture exégétique du code civil et du Code de procédure civile pour conduire à une conceptualisation autonome des principes encadrant le procès pénal.

En desserrant le carcan du seul droit privé, une voie s'ouvrait quant à la préhension des principes généraux qui encadreraient le droit criminel et plus spécifiquement la preuve pénale. Ainsi Joseph Louis Elzéar ORTOLAN (<sup>1092</sup>), détenteur durant de nombreuses années de la chaire de législation pénale comparée, aborde-t-il dans ses *Eléments de droit pénal* (<sup>1093</sup>) la nature des preuves au Livre III de la procédure et plus spécifiquement au titre II "*des juridictions de jugement*". Il écrit que "*le principe inauguré à ce sujet par les lois de la constituante est celui des preuves de conscience, ou preuves de conviction*"(<sup>1094</sup>), rappelant par ailleurs que celui-ci "*est le même pour les tribunaux de simple police ou de police correctionnelle*"(<sup>1095</sup>). La sécheresse du propos, qui tient à marquer non seulement la rupture avec le procès

---

<sup>1092</sup> Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, né le 21 août 1802 à Toulon, il meurt à Paris le 27 mars 1873. Il suit des études de droit à Aix en Provence puis à Paris à partir de 1822. Inscrit au Barreau de Paris en 1826, il soutient sa thèse en novembre 1829. Bibliothécaire adjoint à la Cour de Cassation en 1830, il ouvre un cours public et gratuit d'histoire du droit politique et constitutionnel. En 1833 il devient Secrétaire en chef du Parquet de la Cour de Cassation. Installé le 12 décembre 1837 dans la nouvelle chaire de législation pénale comparée à la faculté de droit de Paris, il en occupera le poste pendant plus de 30 ans. Sa conception du droit pénal est indissociable des problèmes de sa réflexion sur les problèmes sociaux et économiques de son époque. Il sera également un des collaborateurs reconnus de la *Revue de législation et de jurisprudence* et de la *Revue étrangère et française de législation*.

<sup>1093</sup> Cet ouvrage publié pour la première fois en 1855 sera réédité à cinq reprises.

<sup>1094</sup> ORTOLAN (Joseph Louis Elzéar), *Eléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5<sup>e</sup> ed. , p.543.

<sup>1095</sup> ORTOLAN (Joseph Louis Elzéar), *Eléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5<sup>e</sup> ed. , p. 544.

accusatoire que connaissait le Haut Moyen Age, mais aussi le système de la preuve légale fixé par le droit savant, montre que ce domaine spécifique, qui organise la démonstration de la culpabilité, n'est aucunement appréhendé dans une dimension qui inclut l'accusé. Le regard se situe du seul côté du juge. La présomption d'innocence n'est pas évoquée parce que l'on fait confiance à la conscience du juge qui ne peut trahir les intérêts de l'accusé.

Cette démarche spécifique se retrouve également sous la plume de Faustin HELIE (<sup>1096</sup>) "*figure tutélaire du XIX<sup>ème</sup> siècle pour le droit pénal et la procédure pénale*"(<sup>1097</sup>). En abordant, dans le cadre d'une démarche scientifique (<sup>1098</sup>), l'étude de la procédure criminelle, celui-ci va en préciser véritablement la finalité. Il écrit qu'"on entrevoit déjà le but et le principe de la procédure criminelle : ce but est la complète manifestation de la vérité judiciaire :

---

<sup>1096</sup> Faustin HELIE naquit à Nantes le 30 mai 1799 pour décéder le 22 octobre 1884 à Passy. Bien qu'ayant prêté serment devant la Cour royale de Rennes le 25 octobre 1822, il ne devait jamais exercer la profession d'avocat. Il sollicite cependant dès cette époque son entrée dans la magistrature qui, malgré les soutiens ou sa renommée scientifique restera vaine. Nommé en 1823 rédacteur au service des archives au ministère de la justice, il sera transféré au service des affaires criminelles en 1828. A la même époque il se lie d'amitié avec Adolphe CHAUVÉAU avec lequel il crée *Le journal de droit criminel* en 1829 et publie en 1834 l'ouvrage *Théorie du droit pénal*. En 1844 il est nommé chef de bureau de 1<sup>ère</sup> classe. C'est à partir de 1845 et jusqu'en 1860 qu'il publie son *Traité d'instruction criminelle*. Directeur des affaires criminelles et des grâces en 1848, puis Professeur de droit criminel à l'école d'administration, il sera nommé Conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le 15 octobre 1849, qu'il présidera à partir de 1871. Vice Président du Conseil d'état le 14 juillet 1879, il est fait grand officier de la légion d'honneur le 12 juillet 1880.

<sup>1097</sup> VERHAEST (Johann), *Faustin HELIE (1799-1884) Un pénaliste républicain et humaniste*, Thèse droit, Lille II, 1998, p. 142. La nécrologie de Faustin HELIE publiée dans le *journal des tribunaux* le 25 octobre 1884 précise même que "*sa renommée, en effet a dépassé les bornes de notre pays. Ce n'est pas seulement la matière spéciale à laquelle il a voué la plus grande partie de sa vie qui lui a permis de franchir très rapidement les limites ordinaires de la grande notoriété [...]. Il est permis de dire que l'élévation de son esprit, la largeur de ses idées, un souffle humanitaire et puissant, une connaissance approfondie de toutes les législations, a fait de notre grand criminaliste un citoyen du monde*", Le Président Faustin HELIE, *Le Droit, Journal des tribunaux de la jurisprudence, des débats judiciaires et de la législation*, 25 octobre 1884.

<sup>1098</sup> "*La pensée de Faustin HELIE est fondée sur l'opinion que toute étude juridique repose sur deux éléments principaux : l'histoire, c'est à dire la science des faits, et la théorie, c'est à dire la science du droit. Il estimait qu'il n'y avait pas d'interprétation réellement doctrinale si on ne s'appuyait pas sur ces deux fondements, puisque la législation n'est que l'application des règles du droit aux faits sociaux, et pour comprendre les textes, il faut remonter à leurs sources, à la pensée qui est venue les animer*", VERHAEST (Johann), *Faustin HELIE (1799-1884) un pénaliste républicain et humaniste*, p.145.



*ce principe est la protection efficace de tous les droits, de tous les intérêts, des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente*"<sup>(1099)</sup>. Le futur Président de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation expose les règles qui concourent à la démonstration de cette vérité judiciaire. Plus précisément, il décrit au chapitre VII du livre IV du *Traité de l'instruction criminelle* <sup>(1100)</sup>, le mécanisme qui organise, à partir des moyens de preuve débattus devant le juge pénal, la démonstration de la vérité judiciaire.

Avec la précision d'orfèvre qu'il faut reconnaître à cet auteur, Faustin HELIE entreprend de décrire les rouages qui, lorsqu'ils sont mis en mouvement, permettront de parvenir, avec une certitude effective, à la vérité judiciaire. Ce dernier, énonce alors comme postulat indispensable, que le "*but de toutes les opérations judiciaires est d'acquérir la connaissance de la vérité*"<sup>(1101)</sup>. Intégrant cette démarche dans le cadre de l'instruction préalable conduite et dirigée par le juge, il pose comme axiome que la vérité consiste "*dans la certitude que tel fait existe ou n'existe pas, que tel individu est ou n'est pas coupable*"<sup>(1102)</sup>, reprenant ainsi ce que Cesare BECCARIA avait exposé un siècle auparavant <sup>(1103)</sup>. A partir de cette recherche qu'il considère comme

---

<sup>1099</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 7, n°5.

<sup>1100</sup> Les développements entrepris dans son traité sur les preuves seront publiés sous la forme d'un article *De la preuve en matière criminelle*, publié en 1853 dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*.

<sup>1101</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, p. 323, n° 1759.

<sup>1102</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, p. 323, n° 1759.

<sup>1103</sup> Faustin HELIE écrit dans son introduction au *Traité des délits et des peines* qu'il " n'aborde que quelques points de la procédure criminelle, ceux sans doute qui semblaient à l'auteur constituer les abus les plus graves. [...] Il est un point sur lequel il est impossible de ne pas mettre en relief la sagacité de notre auteur. La théorie des preuves légales enveloppait alors de ses nœuds serrés toute la procédure. [...] BECCARIA est le premier qui ait osé porter la main sur ce savant édifice, patient labeur des légistes du XVI<sup>e</sup> siècle ; et le coup qu'il lui a porté a suffi pour le briser. [...] Quelle est donc la règle que doivent suivre les juges ? C'est celle de la certitude morale. [...] Il n'importe il a trouvé le principe de la preuve en matière criminelle", BECCARIA (Cesare), *Des*

nécessairement indispensable et même essentielle, Faustin HELIE poursuit sa démonstration en précisant que cette certitude "*qui est la base évidente de la vérité [...] réside, en effet, dans l'esprit de l'homme, et elle est dès lors indépendante de la vérité du fait ou de la proposition*"<sup>(1104)</sup>. Sa conclusion se termine par ce rappel que le juge l'atteindra grâce aux "*moyens de preuve que la loi met à sa disposition*"<sup>(1105)</sup>. Ce viatique qui s'impose au juge, souligne toute l'importance de sa démarche. Il s'agit de cristalliser l'ensemble des éléments, matériels ou non, qui formeront la preuve d'une culpabilité avérée et non discutée <sup>(1106)</sup>.

Le cadre conceptuel du mécanisme probatoire ainsi fixé, Faustin HELIE entreprend de reprendre les différents systèmes de preuve qui émaillèrent l'histoire de la procédure criminelle. Il ne s'agit pas de faire l'énumération des mécanismes probatoires mais plutôt de dégager les principes qui animent le juge dans la recherche de la vérité judiciaire. Il faut s'attacher à examiner la démarche du juge dans l'examen qu'il faisait de la culpabilité d'un accusé. En rappelant qu'il n'existe pas de règles immuables, car "*la théorie des preuves a varié suivant les mœurs, les coutumes et les lumières des*

---

*délits et des peines, avec une introduction et un commentaire revus et augmentés par M. Faustin HELIE, p. LXVII-LXX*

<sup>1104</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, n°1759, p. 324. Ce dernier précise par ailleurs que "*la source de la certitude [...] est dans mille circonstances morales ou matérielles, dont notre esprit ne se rend pas compte au moment où elles agissent sur lui et qui en déposent les germes à notre insu dans notre conscience. Il n'y a pas de loi qui puisse la condamner ou la régler ; elle est comme la pensée, essentiellement libre et indépendante de tout pouvoir extérieur*", BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines, avec une introduction et un commentaire revus et augmentés par M. Faustin HELIE*, p. LXXII.

<sup>1105</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1763, p. 329.

<sup>1106</sup> "*Appliquée aux matières criminelles, la preuve prend une haute et difficile mission : elle ne saisit que des faits qui sont déjà consommés et dont elle doit faire revivre, à l'aide de quelques vestiges, le caractère réel et la physionomie ; elle se propose de constater les actes que leurs auteurs ont cherché à dérober à tous les regards, de soulever les ombres dont ils les ont enveloppés, de retrouver des indices et des révélations dans des traces souvent à demi effacées ; enfin, elle doit éclairer des circonstances qui échappent au sens et qui ne se passent que dans le for intérieur : l'imputabilité morale de l'agent, sa situation d'esprit au moment du crime, la lucidité de sa conscience, son intention entachée ou exempte de dol, et l'intensité du dol ; en nu mot, toute la moralité de son action*", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1763, p. 330.

peuples"<sup>(1107)</sup>, Faustin HELIE va esquisser ce qu'il avait développé, non sans précision, dans le premier volume de son *Traité d'instruction criminelle*.

Pour lui, les conditions qui président à la démonstration de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé ne font que fixer le rapport que le juge entretient avec la preuve pénale, c'est-à-dire soit une situation de soumission imposée, soit une totale liberté. Preuve légale ou irrationnelle qui l'enferme dans un processus décisionnel préétabli ou libre conviction qui le libère de contrainte pré-imposées, tels sont les critères que l'histoire de la procédure criminelle a pu établir. A partir de cet exposé, Faustin HELIE rappelle que, dans son article 342, le *Code d'instruction criminelle*, pose le principe de la libre conviction du juge.

Considérant qu'elle "*doit être le seul fondement de la justice humaine*"<sup>(1108)</sup>, il affirme que "*cette conséquence est incontestable. Il n'y a pas, pour acquérir la vérité dans la matière judiciaire, d'autre voie que pour l'atteindre dans toute autre matière. La justice n'a pas d'autre instrument et d'autre organe que l'homme lui même*"<sup>(1109)</sup>. La recherche de la vérité constitue un impératif qui transcende la fonction de juger. Parce que, commune à tous les hommes, elle est forcément présente chez un juge <sup>(1110)</sup>. Comme il le souligne, "*la justice n'a pas d'autres instrument et d'autre organe que l'homme lui*

---

<sup>1107</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1764, p. 331.

<sup>1108</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

<sup>1109</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

<sup>1110</sup> "*au moment où le juge, après avoir vérifié tous les faits en suivant les formes légales, se recueille et discute les motifs de la certitude qui se forme en lui même, cette opération de son esprit, qui est la même que celle qui se développe chez tout autre homme qui veut se convaincre de la vérité d'un fait, échappe à l'action de la loi; c'est en lui que réside les forces nécessaires pour apprécier les faits ; ce sont ses propres impressions qu'il doit étudier ; c'est sa conscience qui formule le jugement*", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341-342.

même"<sup>(1111)</sup> mais surtout "*la certitude morale qu'il acquiert est donc la véritable base de la certitude judiciaire*"<sup>(1112)</sup>.

Cette confiance placée dans le juge, lorsqu'il doit démontrer la culpabilité ou reconnaître l'innocence de l'accusé, s'inscrit selon nous, dans une vision humaniste et optimiste que Faustin HELIE pose sur cet acteur essentiel du procès pénal. Selon ce dernier, il "*a pour lumière la loi morale et pour guide sa propre conscience*"<sup>(1113)</sup>. Le juge, imprégné de l'essence même de la fonction qu'il occupe (<sup>1114</sup>), et libéré d'un cadre probatoire contraignant, dispose d'une totale indépendance pour apprécier les moyens de preuve exposés et débattus devant lui. Il rendra une décision qui sera l'aboutissement d'une recherche constante de la vérité. Force est de reconnaître qu'il n'y a pas d'autre approche. L'accusé ne rentre pas dans le champ de réflexion du criminaliste, et le regarder comme un innocent supposé n'est pas une hypothèse qui soit envisageable.

Ces développements constituent un véritable panégyrique de l'intime conviction mais aussi un acte de foi dans la démarche du juge. Ils révèlent que la présomption d'innocence ne peut trouver de place effective dans la démarche entreprise par le juge. Pour Faustin HELIE, celui ci demeure la pierre angulaire dans un système procédural où l'accusé ne dispose pas d'un statut propre dans la marche même du procès pénal. Pour s'en convaincre, il suffit de relever que la table alphabétique générale, intégrée au volume VIII du *Traité d'instruction criminelle*, ne comporte aucun renvoi aux mots

---

<sup>1111</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

<sup>1112</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

<sup>1113</sup> HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1772, p. 344.

<sup>1114</sup> "*Enfin le juge trouve un appui dont il ne faut point méconnaître la force dans le sentiment du devoir que sa fonction lui impose. Cet instinct naturel qui fait incliner tous les hommes vers la vérité, se fortifie chez lui par l'obligation même ou il est de la chercher*", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1772, p. 344.

*Présomption d'innocence, Bénéfice du doute*, pas plus qu'il ne consacre la formule latine *in dubio pro réo*. Le silence doctrinal s'est posé sur ce principe si l'on prend en considération le fait que l'ouvrage de Faustin HELIE constituait, à l'époque de sa publication (<sup>1115</sup>), une référence fondamentale pour les praticiens (<sup>1116</sup>).

Dans ces conditions, il nous faut convenir que l'article 9 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* n'a pas suscité, ni même provoqué chez ces auteurs renommés, une réflexion nouvelle sur les principes qui encadraient les rapports contradictoires et antagonistes entre le juge et l'accusé. En affranchissant le juge des contraintes liées à la recherche de la preuve légale, la Révolution libérait sa conscience. Elle l'autorisait à juger en fonction de sa conviction intime. La problématique de la preuve pénale consistait à ce qu'il organise une réflexion progressive le conduisant à une perception puis à une construction de la vérité judiciaire détachée de tout sentiment personnel. L'accusé, ou plus précisément son positionnement dans le procès pénal, ne s'inscrit aucunement dans le champ de réflexion de ces auteurs. Les garanties, dont l'accusé peut disposer dans le procès pénal, sont dépendantes du cadre législatif et non de principes supérieurs qui s'impose au juge. La présomption d'innocence demeure absente de cette réflexion nouvelle qui tend à faire du droit pénal une matière aussi essentielle que le droit civil.

---

<sup>1115</sup> Le *Traité* fut, une première fois, publié en 9 volumes de 1845 à 1860. Une seconde édition devait intervenir entre 1866 et 1867.

<sup>1116</sup> "Il est des œuvres qu'on ne loue pas, mais qu'on lit ; il est des livres pour lesquels on ne se contente pas de savoir à peu près de quoi ils traitent, mais qu'on veut étudier et consulter soi même. L'auteur est parmi ceux ci, on peut le dire sans exagération, qui ont reconstitué la science du droit criminel ; car on était trop porté à croire que, depuis 1810, on n'avait besoin que de savoir lire le Code pénal, à peu près comme le négociant parcourt ses prix courants des cafés et des sucres. Grâce à, M. Faustin HELIE et à quelques prédécesseurs, on a pu se convaincre que le droit pénal, tout comme le droit civil, a son histoire et sa philosophie.", KOENIGSWATER (Louis Jean), *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, (article de), *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 435.

## Paragraphe 2 Une production littéraire muette sur ce sujet

Le XIX<sup>ème</sup> siècle montre son peu d'intérêt pour la preuve pénale. Les quelques études particulières sur ce sujet ne vont pas exposer le principe de la présomption d'innocence (A). Ce silence trouvera un relais certain dans d'autres productions littéraires spécialisées (B).

### A Traités et répertoires

Le constat qui se fait en cette première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle montre le primat du Droit civil, ce qui par voie de conséquence, aboutit à ce que les matières enseignées dans les écoles de Droit le seront "dans l'ordre établi par le Code civil". Ceci explique l'absence d'un véritable examen du droit pénal et de la procédure, tant dans ses fondements que dans les mécanismes de recherche de la vérité judiciaire qui lui sont pourtant consubstantiels (<sup>1117</sup>). Il paraissait plus que difficile d'aborder en toute autonomie un sujet qui relevait de la sphère générale du droit privé. Le problème de la preuve, en matière de justice criminelle, ne fit l'objet d'aucun écrit précis et suffisamment développé.

Un premier mouvement en sens contraire se fait néanmoins sentir en 1836, année au cours de laquelle l'Académie des sciences morales et politiques allait proposer de concourir sur ce sujet (<sup>1118</sup>). Le peu d'engouement pour participer à ce concours (<sup>1119</sup>), puisqu'il n'y eut que deux mémoires adressés,

---

<sup>1117</sup> André Jean ARNAUD note en effet que "*quant à la législation criminelle, elle occupe si peu de place dans la pensée du législateur, que ce dernier impose au professeur chargé de l'enseigner, l'obligation d'y joindre l'étude de la procédure civile et criminelle!*", *Les Juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p.32.

<sup>1118</sup> Les termes en étaient les suivants : *Déterminer les moyens à l'aide desquels on peut constater avec le plus de certitude, la vérité des faits qui sont l'objet des débats judiciaires, soit en matière civile, soit en matière criminelle. Comparer les divers modes de procéder employés pour obtenir ce résultat chez les peuples civilisés ; en faire connaître les inconvénients et les avantages*, PORTALIS (Joseph Marie) (comte), *De la preuve en matière civile et criminelle*, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.174.

<sup>1119</sup> Le concours devait être prorogé jusqu'en 1837, et ce n'est que le 31 décembre de cette année là que deux mémoires parvinrent à l'Académie. Le comte PORTALIS note dans le rapport qu'il fait

marquait avec une certaine constante, le désintérêt permanent que les juristes portaient pour l'étude théorique de la preuve en général, et de la preuve pénale en particulier.

Néanmoins, ces contributions modestes montrent le renouveau de la matière même si elles figent la démonstration de la vérité judiciaire. Résumées par le comte PORTALIS (<sup>1120</sup>), le premier mémoire énonce que "*la recherche, la conservation des preuves et l'ordre dans lequel on les produit sont les trois plus importantes parties de l'instruction*"(<sup>1121</sup>). Son auteur (<sup>1122</sup>) termine son propos en considérant que "*les preuves sont à la charge de celui qui accuse ou qui demande, c'est à lui de les produire*"(<sup>1123</sup>). Sans faire de distinction entre le droit civil et le droit criminel, ce principe issu du droit civil, et qui régit la preuve dans un rapport antagoniste, a donc vocation à s'appliquer en matière criminelle. La partie civile et le Parquet doivent ainsi démontrer la culpabilité de l'accusé.

---

que "*digne à la fois des méditations du philosophe et du publiciste, du jurisconsulte et de l'homme d'état, il est surprenant que son importance n'ait pas déterminé un plus grand nombre de concurrents à l'étudier*", PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.174.

<sup>1120</sup> Joseph-Marie PORTALIS né le 19 février 1778 à Aix, il meurt le 4 août 1858 à Paris. Fils du juriste Jean Etienne Marie PORTALIS un des rédacteurs du code civil et bénéficiant de l'appui de Bonaparte, il débute une carrière diplomatique en 1800 comme surnuméraire au ministère des Relations extérieures. Envoyé en mission au congrès de Lunéville et à la Cour de Saxe, premier secrétaire à l'ambassade à Londres puis en Prusse, il devient ministre plénipotentiaire à Ratisbonne de 1804 à 1806. Nommé au secrétariat de la justice puis Maître des requêtes au Conseil d'Etat, il succède à son père au ministère des cultes en 1807. Directeur général de l'imprimerie et de la librairie en 1810 pour être disgracié par Napoléon en 1811. Premier président de la Cour d'appel d'Angers en 1813, il est nommé conseiller à la Cour de cassation en 1815. Président de la chambre criminelle en 1824, il accède à la première présidence en août 1829. Pair de France en 1819 il sera sous secrétaire d'état au ministère de la justice en 1820, ministre de la justice en 1828, ministre des affaires étrangères du 14 mai au 7 août 1829 puis ministre d'état sans portefeuille. En 1851 il entrera au Sénat.

<sup>1121</sup> PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.183.

<sup>1122</sup> Le comte PORTALIS ne donne aucune indication sur son identité

<sup>1123</sup> PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.184.

Pour autant la différence demeure entre ces deux branches d'une même science. Comme le note le comte PORTALIS, l'auteur de premier mémoire rappelle qu'"en matière criminelle, aucun ordre de preuves ne peut imposer une conviction officielle ; de la conviction morale seule peut sortir la vérité judiciaire"<sup>(1124)</sup>. L'intime conviction et la charge de la preuve constituent, dans les développements de cet exercice imposé, les premiers indices d'une appréhension différenciée de ce que doit être la démonstration de la culpabilité.

Le second mémoire, rédigé par un représentant du parquet général de la Cour d'Appel de RENNES, et qui obtiendra le prix de l'Académie (<sup>1125</sup>), reste en retrait sur cette articulation particulière de la preuve pénale. Son auteur, comme le résume le comte PORTALIS, se contente de rappeler dans un développement critique consacré au système de la preuve légale, que s'agissant de la justice criminelle, le "*jugement doit être le résultat d'une conviction profonde, le commandement de la loi ne peut la produire ; née des impressions qui remuent son cœur, des traits de lumière qui éclairent son esprit, elle se forme dans la conscience du juge ; c'est un sentiment impérieux qui le subjugue, qui s'empare de lui, qui lui dicte l'arrêt qu'il prononce*"(<sup>1126</sup>). On retrouve ici tout l'accent qui animait les débats de l'Assemblée Constituante au moment de l'établissement de la loi sur le jury criminel; une foi certaine dans la raison intelligente de l'homme mais aussi un silence tenace sur les conditions qui encadrent le procès pénal.

La présomption d'innocence n'est donc pas évoquée puisque la recherche de la vérité judiciaire repose sur le juge, plus précisément, sur sa conscience

---

<sup>1124</sup> PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.185.

<sup>1125</sup> "*Sur les conclusions de M. le comte de Portalis, l'Académie a décerné une médaille de 1000 fr. au mémoire n°2, dû au talent de notre honorable collaborateur, M. Bayle-Mouillard, avocat général à la Cour de Rennes*", PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.200.

<sup>1126</sup> PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.189-190.



éclairée qui ne peut défaillir. La renaissance du droit de la preuve se produit en 1843. La publication du *traité théorique des preuves en droit civil et en droit criminel* (<sup>1127</sup>) d'Edouard BONNIER (<sup>1128</sup>), combla un vide doctrinal. Il constituait le premier ouvrage qui formalisa des règles générales et intangibles sur la preuve, en autonomisant la preuve civile et la preuve pénale.

C'est dans ces conditions, que, lors de sa séance du 15 novembre 1843, l'Académie des Sciences morales prenait connaissance du rapport de Charles GIRAUD (<sup>1129</sup>), puisque ce dernier avait préalablement commenté, non sans précision, cet ouvrage dans *la Revue de législation et de jurisprudence*. Ainsi, rappelant en préambule, que "*la théorie des preuves judiciaires est une des plus importantes de la science du droit. Sur la théorie des preuves reposent les garanties de la propriété territoriale et mobilière et de la liberté individuelle. L'économie des preuves est la sauvegarde de la fortune et de*

---

<sup>1127</sup> L'ouvrage connut un succès certain, puisqu'après cette première publication, il fut de nouveau édité en 1852, 1862, 1873, 1888.

<sup>1128</sup> Edouard Louis Joseph BONNIER, né à Lille le 27 septembre 1808, il meurt en 1877. Après des études de droit à la faculté de Paris, il obtient son doctorat en 1832. En 1839, il devient professeur suppléant à la faculté de Paris, et en 1844 il est titulaire de la chaire de législation pénale et de procédure civile et criminelle. Epousant la même année la fille d'ORTOLAN, professeur de droit pénal, il conserve sa chaire suppléant parfois OUDOT dans son cours de philosophie du code civil. Il publie de façon fréquente des articles dans la *Revue du droit français et étranger*, la *Revue de législation*, *Le Correspondant*. Enfin il est l'auteur, outre du *Traité des preuves en droit civil et en droit criminel*, des *Rapports entre l'Eglise et l'Etat*, des *Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile* publiés en 1847 et 1848 puis réédités en 1853 en deux parties distinctes : *Eléments d'organisation judiciaire* et *Eléments de procédure civile* qui seront par la suite réunis aux *Eléments de droit pénal* d'ORTOLAN.

<sup>1129</sup> Charles Joseph Barthélemy GIRAUD né le 17 février 1802 à Pernes les Fontaines (Vaucluse), il meurt à Paris le 13 juillet 1881. Après des études de droit à la faculté d'Aix, il est licencié en 1824, année durant laquelle il prête le serment d'avocat. Reçu docteur en droit en 1828, il se présente au concours pour la chaire de droit civil laissée vacante à la faculté d'Aix en Provence. Le concours ayant été annulé et transféré à Toulouse il le repasse avec succès. Il devient, le 17 août 1830, suppléant à la faculté de droit d'Aix où il enseignera *le droit des gens positif, suivi de l'histoire des traités* entre 1832 et 1833. Le 4 décembre 1835, il est nommé professeur de droit administratif. En 1838, il est élu membre correspondant de l'institut, et en 1842 membre titulaire. Le 2 octobre 1844, il devient inspecteur général des facultés de droit et conseiller titulaire de l'université de Paris le 31 mai 1846. Ministre de l'instruction et des cultes, du 24 janvier au 10 avril 1851 puis du 26 octobre au 2 décembre de la même année, il renonce à ses fonctions au moment du coup d'état du 2 décembre. Réintégrant le professorat le 8 décembre 1852, il devient professeur de droit romain et retrouve sa charge d'inspecteur général d'inspecteur des facultés de droit le 27 février 1861, qu'il assumera jusqu'à sa mort.

*l'honneur des citoyens*"<sup>(1130)</sup>, il notait qu' "il restait une grande lacune à remplir à ce sujet dans notre littérature juridique"<sup>(1131)</sup>, et précisait même "qu'il y avait une place à prendre pour la philosophie pratique et pour la jurisprudence positive"<sup>(1132)</sup>. Le constat était ainsi fait que le droit pénal français ne comprenait aucune études spécifiques sur la problématique de preuve pénale et des ses conséquences <sup>(1133)</sup>. Dans ces conditions, la perception d'un principe qui organise le procès pénal et précise le rôle procédural des parties au procès restait inexploré.

Edouard BONNIER s'attachait à conceptualiser, depuis les criminalistes du XVIII<sup>ème</sup> siècle <sup>(1134)</sup>, des règles intangibles permettant au juge de parvenir à la vérité judiciaire, et plus précisément pour le juge pénal, de décrypter le cheminement intellectuel qu'il convenait de suivre pour construire, avec le moins d'erreur possible, sa décision. Sur ce point, l'auteur expose avec force de développements, une théorie générale de la preuve pénale dont il précise

---

<sup>1130</sup> GIRAUD (Charles Joseph Barthélemy), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier juin, 1844, p.144.

<sup>1131</sup> I GIRAUD (Charles Joseph Barthélemy), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier juin, 1844, p.144.

<sup>1132</sup> GIRAUD (Charles Joseph Barthélemy), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier juin, 1844, p. 145.

<sup>1133</sup> Comme le suggère C.A. ALEXANDRE, le traducteur de MITTERMAIER dans son avant propos au *Traité de la preuve en matière criminelle*, "Au jurisconsulte, au juge, au magistrat instructeur, chargés de rechercher et de fournir les matériaux de la preuve, ce livre nous semble offrir un ample champ d'étude. La loi de notre pays laisse et laissera toujours pleine carrière à la conscience du juré : mais en lui donnant pour unique règle la voix de sa conviction intime, elle ne veut pas moins que cette conviction soit raisonnée, qu'elle se fonde sur des motifs graves, et dont il se doit compte à lui même, s'il n'en doit pas compte au public. De là, pour tout esprit sérieux, la nécessité de l'examen de bases fondamentales de la preuve, des formes diverses de son administration, et surtout des règles d'évaluation que recommandent la loi, la logique ou la saine expérience. Sous ce rapport, la portée pratique de ce livre n'échappera à personne", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, traduit par C. A. ALEXANDRE, Paris, 1848, avant propos, p. VII.

<sup>1134</sup> "Un traité des preuves considérées dans leur ensemble, sous un point général, et dans leur application à toutes les parties du droit, restait donc à faire, car ce n'était qu'incidemment , c'est à dire à l'occasion de l'interprétation isolée d'un chapitre du Code civil, du Code de commerce ou de nos Codes criminels, que nos jurisconsultes les plus accrédités avaient examiné cette question complexe et si difficile", GIRAUD (Ch), *Traité théorique et pratique en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier-juin 1844, p. 144.

qu'elle "est donc une question de méthode, de démonstration. Il ne s'agit plus en effet de rechercher quelles seront les conséquences légales de tels ou tels faits, mais bien de reconnaître comment on parviendra à en vérifier l'existence"<sup>(1135)</sup>. Ce cadre de réflexion posé, il considère que le moyen d'établir la vérité d'un fait criminel et de la culpabilité de son auteur relève de la seule procédure car, si " le code pénal ne fait que classer les actes punis par la loi ; tout ce qui concerne les preuves comme tout ce qui concerne le mode de procéder, est renvoyer au Code d'instruction criminelle"<sup>(1136)</sup>.

A partir de ce postulat, Edouard BONNIER examine les moyens qui organisent cette démonstration de la vérité judiciaire. Dans un premier temps, il énonce qu'en fonction "d'un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui doit innover doit démontrer que sa prétention est fondée"<sup>(1137)</sup>. Considérant alors que ce principe s'applique aux actions personnelles et réelles, il énonce que "c'est au demandeur à faire la preuve, le non possesseur ou le prétendu créancier jouant le rôle de demandeur"<sup>(1138)</sup>. Poursuivant son développement, l'auteur qui évoque la règle que le débiteur qui s'estime libéré doit en rapporter la preuve précise toutefois qu'elle ne s'applique pas de façon identique en droit pénal.

En effet, "l'accusé qui allègue un fait justificatif ou une excuse, n'est point tenu de justifier d'une manière aussi précise, et la probabilité du fait allégué doit suffire pour motiver son acquittement"<sup>(1139)</sup>. Il est acquis, que la charge de la preuve de la culpabilité repose sur le ministère public ou sur le

---

<sup>1135</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1843, p. 2.

<sup>1136</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, p. 2.

<sup>1137</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888, p. 21, n°36.

<sup>1138</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel* Ibidem, p. 21, n°36.

<sup>1139</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, p. 22, n°37.

plaignant, et qu'au surplus cette démonstration est absolue. L'accusé bénéficie d'un avantage procédural. Une différence se fait jour entre le droit civil et le droit pénal. Cette césure qui, pour le procès pénal, favorise la partie défenderesse, se retrouve lorsqu'Edouard BONNIER examine les conséquences qui peuvent découler de l'insuffisance de la preuve excipée par le demandeur. Comme il l'énonce, "*cette question, [...] se rattache intimement à la précédente [...]. Mais l'importance de l'attribution des rôles dans la procédure tient surtout à ce que l'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, doit entraîner le rejet de sa prétention*"<sup>(1140)</sup>. En appliquant cette règle au droit pénal, ce dernier précise que "*c'est surtout en matière criminelle que cette maxime doit être considérée comme sacrée. Toutes les fois que la culpabilité n'est pas bien établie, il serait monstrueux de prononcer une peine*"<sup>(1141)</sup>. Bien que les qualificatifs choisis montrent ici toute la solennité de cette règle, il faut cependant reconnaître que l'auteur ne précise nullement l'origine de cette insuffisance de preuve, c'est à dire qu'il n'indique pas réellement si la culpabilité de l'accusé, que l'on ne peut établir avec certitude, trouve son origine dans une démarche personnelle du juge qui n'est pas entièrement convaincu ou dans une preuve imparfaitement rapportée par celui qui avait engagé les poursuites.

Toutefois Edouard BONNIER se montre plus explicite à la fin de ce développement. Après avoir rappelé, non sans critique, les pratiques de l'ancien régime qui consistaient à condamner à des peines intermédiaires en l'absence de culpabilité légalement démontrée mais parce qu'il existait des soupçons certains <sup>(1142)</sup>, il expose qu'"il y a une nuance bien marquée entre le

---

<sup>1140</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888, p. 34, n°50.

<sup>1141</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, p. 36, n°52. Cette rédaction existait déjà dans l'édition de 1843.

<sup>1142</sup> Sur ce point, notre auteur critique même la pratique des circonstances atténuantes puisqu'il indique "*les jurés qui, de nos jours déclarent en pareille hypothèse la culpabilité avec des circonstances atténuantes, retombent, par une autre voie, dans le même abus. La raison ni la conscience n'admettent de semblables transactions*", BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique* BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888, p. 37, n°52.

civil et le criminel, en ce qui touche le défaut de preuve suffisante. Au criminel il suffit pour l'acquittement que le juge ou le juré n'ait pas une entière conviction de la culpabilité. Rien ne peut suppléer à cette conviction, si elle n'est pas parfaite"<sup>1143</sup>). La culpabilité exige une certitude personnelle qui doit être absolue. L'établissement de la preuve ne se définit plus comme la collecte d'éléments divers et différents sur lesquels il sera possible d'asseoir une certitude à la suite d'un raisonnement préalablement fixé, mais sur une recherche personnelle et intériorisée, construite progressivement à partir, et grâce aux éléments recueillis par le juge. L'auteur demeure totalement silencieux sur la notion d'innocence supposée de l'accusé et ne pose pas, en termes explicites, la conséquence que le doute ressenti par le juge bénéficie à l'accusé par un renvoi des fins de la poursuite. Il énonce simplement que cette culpabilité imparfaite, conséquence d'une démarche raisonnée, constitue une protection efficace de l'accusé contre toute condamnation, et ce, contrairement aux pratiques judiciaires de l'Ancien Régime qui avait consacré des moyens décisionnels pour maintenir l'accusé dans les liens de la prévention.

Cette perception, mais aussi cette analyse dimensionnelle de la preuve, se retrouve également dans le trop fameux *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de Jurisprudence* publié par les frères DALLOZ à partir de 1845<sup>1144</sup>). Comme dans l'ouvrage d'Edouard BONNIER, cette collection qui définit la science du droit mot par mot ne fait aucun renvoi, dans son index, à la *présomption d'innocence* ou au *bénéfice du doute*. Ce qui est écrit au mot *Preuve* <sup>1145</sup>), même si les développements entrepris sont moindres que ceux développés par Edouard BONNIER sur un

---

<sup>1143</sup> BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 1888, p.40, n°59.

<sup>1144</sup> La publication de cette collection, comprenant 47 volumes, débuta en 1845 pour s'achever en 1870. 19 volumes supplémentaires furent imprimés, entre 1887 et 1897 suivis d'un *Répertoire pratique* de 12 volumes édité entre 1910 et 1926, d'un supplément en 3 volumes, entre 1927 et 1931, et des *Additions* en 1938.

<sup>1145</sup> Cet article est écrit en 1856, soit treize ans après la première édition du *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel* d'Edouard BONNIER et huit ans après la traduction du *Traité de la preuve en matière criminelle* de Carl Joseph Anton MITTERMAIER.

sujet identique (<sup>1146</sup>), reste construit sur l'idée d'une approche différenciée de la preuve pénale. L'article énonce que "*s'il est de principe élémentaire que toute demande qui n'est pas appuyée de preuves suffisantes doit être repoussée, à plus forte raison, en matière criminelle, cette règle doit elle être considérée comme sacrée. Un tribunal ne peut prononcer de condamnation qu'autant qu'il a la conviction intime de la culpabilité du prévenu*"(<sup>1147</sup>). On retrouve ici la démonstration opérée par Edouard BONNIER, et qui insiste sur le fait que le juge recourt à sa conscience personnelle pour se déterminer.

Il faut cependant souligner que le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de Jurisprudence* se fait plus précis en indiquant que "*tant qu'il reste l'ombre d'un doute, il n'y a pas de certitude possible pour le juge*"(<sup>1148</sup>). Avec ces quelques lignes, se trouve implicitement décrit l'un des mécanismes de la présomption d'innocence qui veut que le bénéfice du doute profite à l'accusé. On dépasse ici la simple analyse personnelle des éléments de preuve, pour prendre en compte la démarche intériorisée du juge qui ne parvient pas à la certitude. Par ailleurs, cet ouvrage indique également qu'"*en matière criminelle, de même qu'en matière civile, la charge de la preuve incombe au demandeur, c'est à elle à prouver la culpabilité de l'accusé, et non à celui-ci à faire la preuve de son innocence*"(<sup>1149</sup>), il est alors possible de percevoir, à la lecture de ces ouvrages, et plus particulièrement s'agissant du seul *Répertoire*, que le principe de la présomption d'innocence se trouve évoqué incidemment sans qu'il soit pour autant expressément exposé. Le silence est donc là, et se retrouve également

---

<sup>1146</sup> Il paraît ici intéressant de noter que 63 paragraphes sont consacrés à la preuve en matière civile, tandis que 37 le sont pour la preuve pénale.

<sup>1147</sup> *Répertoire méthodique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1856, Tome 36, p. 889, n° 73.

<sup>1148</sup> *Répertoire méthodique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Tome 36, p. 889, n° 73.

<sup>1149</sup> *Répertoire méthodique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public* Ibidem, Tome 36, p.891, n° 92.

dans une autre forme de production littéraire spécialisée qui montre l'absence de connexion entre la preuve pénale le principe de la présomption d'innocence.

## B. Autres écrits juridiques

A côté de ces écrits doctrinaux qui constituaient la somme du droit pénal et de la procédure pénale, se situait une autre production littéraire (<sup>1150</sup>) dont la diffusion, certes plus confidentielle, n'en fixait pas moins les cadres d'une pensée riche d'enseignement. Même si elle n'a guère laissé de trace dans la mémoire collective des juristes, elle présente cet intérêt d'être une transcription formalisée de la perception que l'on pouvait avoir de la preuve pénale et des conséquences qui s'y rattachaient. Ainsi en est-il des cours, des leçons ou des précis rédigés par les professeurs de droit criminel. Ces derniers diffusaient auprès des étudiants, non seulement une grille de lecture des lois pénales et procédurales, mais aussi un commentaire des différents principes qui encadrent la démarche du juge dès l'enquête et jusqu'au procès.

Or, la lecture de ces différents ouvrages (<sup>1151</sup>) montre que les développements consacrés la preuve pénale, même si elle est évoquée, sont inexistantes. Plus

---

<sup>1150</sup> Nous nous sommes référés, pour appréhender cette littérature très spécifique, à l'ouvrage de Jean Claude FARCY, *Deux siècle d'histoire de la justice, éléments de bibliographie (1789-1989)*. Publié en 1993 grâce à l'Université de Paris X Nanterre et du Centre d'histoire de la France contemporaine, cette publication recense, en deux volumes, l'ensemble des écrits parus dans toutes les matières du droit. On y retrouve les cours et autres ouvrages écrits par les Professeurs de droit pénal et de procédure pénale, mais aussi les discours judiciaires prononcées aux audiences de rentrée des Cours d'Appel.

<sup>1151</sup> Il en est ainsi des *Eléments de procédure criminelle* publiés par Aimé-Bernard-Yves-Honoré RODIERE à Paris en 1844, du *Manuel de droit criminel* de Jean CHANTAGREL édité à Paris en 1858, des *Règles pratiques sur la direction et l'instruction des procédures criminelles* de Raoul ROUSSE publiées à Paris en 1887, *Préparations aux examens de droit, principes de droit pénal rédigés à l'attention des étudiants de deuxième année*, publiés par Albert PITOIS à Paris en 1892, le *Traité théorique et pratique de droit pénal*, par Victor Molinier, annoté et mis au courant de la législation et de la jurisprudence les plus récentes, par Georges Vidal, rédigé par Victor LERAY et Victor MOLINIER et publié à Paris en, 1893-1894, de l'*Exposé élémentaire des principes de droit pénal* publié à Paris en 1894 par Eugène Victor LERAY, des *Eléments de droit pénal et d'instruction criminelle* par Jean François MARIE publiés en 1896, du *Cours élémentaire de droit criminel, conforme aux programmes des facultés de droit* publié à Paris par Adrien LABORDE en 1898.

précisément, il n'est pas décrit de théorie générale sur la démonstration de la culpabilité et donc le rôle des parties au procès pénal pas plus qu'elle ne théorise véritablement les conséquences de l'incertitude des moyens de preuve développés devant le juge.

Ainsi, le *Cours de droit criminel* de Jacques BERRIAT SAINT PRIX <sup>(1152)</sup> réédité pendant plus de trente ans <sup>(1153)</sup>, et dont l'intérêt réside dans le fait qu'il soit l'œuvre d'un de ces juristes <sup>(1154)</sup> qui se trouvèrent au confluent de l'Ordonnance criminelle de 1670, des textes intermédiaires de l'époque révolutionnaire et de la codification napoléonienne, traduit-il cette perception ambivalente entre la liberté dont les juges disposaient dans l'examen de la preuve, et le silence sur le statut réel de l'accusé. Son auteur élabore, pour un public de futurs praticiens du droit, et à partir des Codes nouvellement publiés, l'ébauche d'une réflexion modeste, sur le mécanisme de la preuve pénale <sup>(1155)</sup>.

---

<sup>1152</sup> Jacques BERRIAT SAINT PRIX, il naît le 23 septembre 1769 à Grenoble et meurt à Paris le 4 octobre 1845. Reçu au baccalauréat de droit à l'université d'Orange en 1787, il se tourne cependant vers des études de sciences naturelles et de médecine. Toutefois, en 1790 il devient secrétaire de la Société des amis de la Constitution et chef du bureau du clergé et des contributions du bureau de Grenoble. En 1791, il abandonne la carrière d'avocat pour occuper les fonctions d'aide commissaire aux guerres mais aussi d'archiviste du département qu'il délaissera en 1794. Désigné pour suivre l'enseignement de la première Ecole normale où il suivra les conférences de BERNARDIN de SAINT-PIERRE, VOLNEY, MONGE, GARAT. Professeur de législation à l'Ecole centrale de Grenoble depuis le 6 août 1796, il crée en 1800 un cours d'économie politique qu'il dispensera jusqu'en 1804. En 1805 il occupe la chaire de procédure civile et criminelle et de législation criminelle à l'Ecole de droit de Grenoble et pérennise en faculté en 1808. Le 9 octobre 1819 il obtint l'une des deux chaires de procédure civile à la faculté de droit de Paris qu'il occupera jusqu'à sa mort. Il sera élu en 1840 à l'Académie des sciences morales et politiques.

<sup>1153</sup> Publié une première fois à Grenoble en 1817, l'ouvrage sera réédité successivement en 1821, 1825, 1836 et 1855.

<sup>1154</sup> Ainsi en est-il d'une liste non exhaustive d'ouvrages qui, d'une moins grande notoriété que celui de Jacques BERRIAT SAINT PRIX, se rapproche peu ou prou de ce type de publication. Parmi ceux-ci il faut relever le *Cours élémentaire de droit criminel* de Joseph LEFORT publié à Paris en 1877, le *Cours résumé de droit criminel* de Théodule-Henri VAQUETTE publié à Paris en 1882,

<sup>1155</sup> Dans la réédition de 1836, une note destinée aux élèves précise que "*composé en 1807, sur les dispositions des lois en vigueur à cette époque, et rectifié successivement sur le code d'instruction criminelle de 1808, sur le code pénal de 1810, et sur la jurisprudence, ce cours est pour une grande partie du texte, à peu près tel qu'il a été dès lors enseigné à la faculté de droit de*



Considérant que la procédure criminelle n'a d'autre but que de permettre la condamnation de celui qui a transgressé la loi (<sup>1156</sup>), Jacques BERRIAT SAINT PRIX reste peu disert sur les conditions qui conduisent à la démonstration de la culpabilité. Précisant simplement que "*les délits (et par là même la non culpabilité) peuvent être établis par toutes sortes de preuves*"(<sup>1157</sup>), il conclut que les décisions judiciaires "*doivent être fondées sur la conviction naissant d'un examen, et non pas sur le doute ; car s'il y a doute, il faut acquitter le prévenu*" (<sup>1158</sup>). Il n'y a pas d'autres développements sur ce sujet. L'évocation du doute, sous la plume de notre auteur, constitue le pendant de la certitude qui doit être le fondement de toute décision. C'est uniquement parce que le juge doit être certain de sa conviction et non parce que l'accusé bénéficie d'un a priori favorable que ce dernier sera renvoyé des fins de la poursuite. Dès lors, le mécanisme de la présomption d'innocence, dans la dimension qu'il recouvre, c'est-à-dire un principe directeur du procès pénal, n'est pas complètement appréhendé, tout au plus est-il indirectement suggéré.

Autre ouvrage qui témoigne également, non pas tant du silence, mais de cette incompréhension sur la réelle dimension de ce principe : le *Traité théorique et pratique du droit criminel français* de Jacques Frédéric RAUTER (<sup>1159</sup>). Ce

---

Grenoble", BERRIAT SAINT PRIX, (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4<sup>e</sup> édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix.*

<sup>1156</sup> "*Le but de la procédure, nous l'avons dit, est la marche à suivre pour la répression des délits*", BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4<sup>e</sup> édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix* p.113.

<sup>1157</sup> BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4<sup>e</sup> édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix*, p.114.

<sup>1158</sup> BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4<sup>e</sup> édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix*, p.117.

<sup>1159</sup> Jacques-Frédéric RAUTER, né le 27 juin 1784 à Strasbourg, il meurt dans la même ville le 27 février 1854. Etudiant le droit à Strasbourg et Göttingen, il est docteur en droit en 1812. Avocat au barreau de Strasbourg en 1808, il sera Bâtonnier de l'ordre en 1826. Nommé suppléant à la faculté de droit de Strasbourg en 1819, il est nommé professeur de procédure civile et de législation criminelle en 1825. Conseiller de préfecture sous la monarchie de juillet, il est élu député de 1834 à 1837. Nommé doyen de la faculté de droit de Strasbourg en 1837, il occupera ce poste jusqu'à sa démission en 1851. Il sera par ailleurs membre du Conseil académique, de la Haute commission des études de droit créée par SALVANDY en 1848 et du directoire de la Confédération d'Augsbourg.

dernier, qui traite plus longuement de la preuve pénale, en fait cependant une description étroite. Elle consiste, selon lui, à démontrer la réalité du délit ou du crime et le fait qu'il puisse être imputé à l'accusé. Toutefois, l'auteur précise dans son exorde que *"si le délit n'est pas prouvé, le prévenu doit, pour cela seul, être quitte de l'application de la loi pénale; il n'a donc pas besoin de prouver son innocence"*<sup>(1160)</sup>. Ce point de vue sera repris au chapitre suivant consacré à *la preuve contraire*. L'auteur rappelle que *"pour l'application de la loi pénale, il est nécessaire que le délit soit constaté objectivement et subjectivement"*<sup>(1161)</sup> ; il poursuit en affirmant qu'*"il s'en suit que l'innocence, rigoureusement, n'a pas besoin d'être prouvée, et que jusqu'à la preuve de la culpabilité, l'innocence est présumée de droit : la preuve de l'innocence du prévenu est donc surabondante"*<sup>(1162)</sup>. Ce qui se trouve affirmé dans ces quelques lignes, c'est le droit pour l'accusé de se montrer passif ; la charge de la preuve incomberait à celui qui poursuit. Mécanismes primaires de la présomption d'innocence, qui ne s'intègre nullement dans une démarche plus globalisante où se trouve énoncé le postulat d'un a priori favorable pour l'accusé. Jacques Frédéric RAUTER inscrit donc ses développements dans l'idée que, nonobstant des règles de conduite, la décision du juge demeure le résultat de sa propre conviction<sup>(1163)</sup>.

A côté de cette littérature spécifique destinée aux étudiants, mais qui n'en constitue pas moins la matrice de leur réflexion, il faut ici souligner, d'autres publications, d'une notoriété moindre, mais qui n'en conservaient pas moins

---

<sup>1160</sup> RAUTER (Jacques Frédéric), *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Paris, 1836, Vol 1, p.315, n° 199.

<sup>1161</sup> *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Vol 1, p. 373, n° 250.

<sup>1162</sup> *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Vol 1, p. 373, n° 250.

<sup>1163</sup> *"Le fait de la constatation du délit s'appelle conviction, soit qu'on le rapporte au juge (conviction intime), soit qu'on le rapporte au prévenu (conviction du prévenu). La conviction du juge consiste dans la certitude qu'il acquise personnellement dans les moyens avoués par la loi ; elle est un composé d'éléments moraux et d'éléments matériels. Elle doit être intime"*, RAUTER (Jacques Frédéric), *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Vol 1, p.315, n° 199.

une importance certaine parce qu'elles exprimaient la réalité judiciaire de ce que pouvait recouvrir la preuve pénale. Il s'agit, en l'espèce, des discours prononcés par des magistrats lors des rentrées solennelles (<sup>1164</sup>) et qui constituent, parce qu'ils sont tirés d'une pratique juridictionnelle, un complément essentiel (<sup>1165</sup>), à cette impression générale qui domine et qui montre que la présomption d'innocence reste ignorée des préoccupations philosophiques, morales et juridiques des juristes. Le nombre extrêmement réduit de ces discours sur la preuve pénale, au-delà du désintérêt qu'on pouvait porter à cette thématique, confirme la prégnance du principe de conviction qui, seul, anime le juge.

Dans un discours prononcé le 3 novembre 1860 par devant la Cour impériale de ROUEN, et intitulé *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*, Jules MOREAU, substitut du Procureur Général, en confirme l'importance dans le processus décisionnel puisque selon lui c'est elle "*seule qui fera le bon jugement*"(<sup>1166</sup>). Mais surtout, il

---

<sup>1164</sup> Issu d'une tradition qui remonterait au XIV<sup>ème</sup> siècle, la première rentrée solennelle dont on conserve la trace daterait du 12 novembre 1364 à Paris. Le discours, qui constitue l'élément central de cette cérémonie, sera institué par le décret impérial du 6 juillet 1810 *contenant règlement sur l'organisation et le service des Cours impériales, des Cours d'assises et des Cours spéciales* et plus précisément par l'article 34 qui énonce que "*Le Procureur général, ou l'un des avocats généraux qu'il en aura chargé, prononcera un discours sur un sujet convenable à la circonstance...*". Supprimé par un décret du 10 juillet 1903, cette cérémonie sera rétablie par le décret du 3 juillet 1931. Actuellement, le cérémonial de rentrée est prévu par le décret du 23 février 1974.

<sup>1165</sup> Nous avons, s'agissant de ces productions littéraires particulières, travaillé à partir de l'ouvrage de Jean Claude FARCY, *Magistrats en Majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*. Ce dernier a pu recenser 4150 références desquelles il a pu isoler 3645 discours judiciaires. Parmi ceux-ci, seuls 3 abordent le thème de la preuve. Le premier intitulé *Etudes sur le caractère des preuves en matière criminelle* fut prononcé pour la conférence des attachés le 6 janvier 1862 par Paul Charpentier. Le second traitant de *La preuve judiciaire en matière pénale* le fut le 3 novembre 1871 à l'audience solennelle de la Cour d'Appel de Montpellier le 3 novembre 1871 par Edmond HERAIL. Le dernier lors de la rentrée de la Cour d'Appel de Rouen le 3 novembre 1860 et prononcé par Jules Moreau *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*. Le sujet ne sera à nouveau repris qu'une seule fois au XX<sup>ème</sup> siècle, le 12 octobre 1947, par M.HURLAUX lors d'un discours prononcé devant la Cour d'Appel de Limoges, et qui s'intitulait *Essai sur la preuve*. Sur l'ensemble du sujet relatif aux discours de rentrée nous renvoyons à l'ouvrage de Jean Claude FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'Appel*, Paris, 1998.

<sup>1166</sup> MOREAU (Jules), *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*, Rouen, 1860, p. 5.

énonce, compte tenu du postulat précédemment posé, que l'incertitude qui saisit le juge, doit bénéficier à l'accusé. *"Au risque de laisser un crime impuni et d'affranchir un criminel le devoir lui commande de préférer l'absolution, peut être imméritée, à la condamnation arbitraire"*<sup>(1167)</sup>. L'intérêt de ce discours réside, non seulement, dans une écriture moderne d'un mécanisme qui sous-tend la présomption d'innocence, parce qu'il participe de l'encadrement du procès pénal, mais surtout parce que son auteur se trouve être un représentant du parquet, c'est-à-dire celui qui dans le procès pénal, doit supporter la charge de la preuve. Sans doute faut-il y voir la confiance que l'on porte à ce principe de conviction qui protège effectivement le droit à l'innocence.

Toutefois, il faut relever, dans un discours contemporain, une autre déclinaison de cette problématique. Rédigé par un attaché au parquet général de la Cour impériale de Paris, celui-ci confirme toute la force de l'intime conviction en précisant que, *"le magistrat ou la réunion des magistrats appelés à se prononcer sur la valeur des résultats de l'information, ont l'appréciation toujours libre sinon souveraine, des documents recueillis par l'instruction"*<sup>(1168)</sup>. Dans son discours, ce dernier évoque l'idée d'une présomption d'innocence inopposable à certains mais qui n'a d'autre conséquence que de confirmer l'idée d'une culpabilité supposée. Il développe que *"la maxime qui consiste à dire que jusqu'au jugement l'inculpé est présumé innocent, ne doit s'entendre qu'avec certains tempéraments. Il est bien certain que tant qu'un jugement définitif n'a pas déclaré la culpabilité d'un homme, ses concitoyens n'ont pas le droit de la supposer. [...] Mais ce principe reçoit une exception vis-à-vis des OPJ. Pour eux, ce n'est pas l'innocence qui est présumée, c'est la culpabilité"*<sup>(1169)</sup>. Ce qu'il faut ici à nouveau relever c'est l'existence d'un décalage entre la libre conviction dont doit pouvoir bénéficier le juge dans sa

---

<sup>1167</sup> MOREAU (Jules), *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*, p. 5.

<sup>1168</sup> CHARPENTIER (Paul Louis Henri), *Conférence des attachés. Etude sur le caractère des preuves en matière criminelle*, Paris, 1862, p. 16.

<sup>1169</sup> CHARPENTIER (Paul Louis Henri), *Conférence des attachés. Etude sur le caractère des preuves en matière criminelle*, p. 21-22.

recherche de la vérité judiciaire, et l'absence de culture du doute alors que celui-ci participe de la décision prise par le juge. L'accusé ne devient nullement sujet du procès pénal.

Dans un autre discours prononcé le 3 novembre 1871 lors de la rentrée de la Cour d'Appel de Montpellier, le substitut Edmond HERAIL devait, en dissertant sur la preuve pénale, également rappeler toute l'importance de l'intime conviction. Comme il le précise, "*Et de même que la raison du juge ne pourrait découvrir des preuves concluantes sans s'appuyer sur des vérités premières, de même sa conscience hésiterait à se prononcer sur le sort des accusés, s'il ne se sentait intimement convaincu*"<sup>(1170)</sup>, opération qu'il ne pourra conduire que s'il dispose de qualités certaines (<sup>1171</sup>). Poursuivant le thème de son discours, il indique "*que par une humaine fiction, l'innocence doit toujours se présumer. [...] Mais cette présomption favorable peut être contrebalancée par celle tirée des antécédents, de la condition spéciale et de la situation d'esprit d'un individu déterminé*"<sup>(1172)</sup>. L'argument d'une innocence supposée immédiatement dès l'enquête et qui peut se définir comme une faveur pour l'accusé demeure relative. La bonté initiale de l'homme succombe au regard de ce qu'il est devenu. Ce qu'exprime l'intervenant montre qu'il ne s'agit nullement d'un principe qui dirige le procès pénal, mais plutôt d'une situation qui interfère sur la décision qui pourra être rendue. L'intérêt de ces discours montre que le juge ne peut rester entièrement libre avec sa seule conviction. La confiance dans une décision qui soit raisonnée demeure, mais il s'esquisse la nécessité d'un cadre qui puisse garantir l'accusé des errements de cette liberté dont bénéficie le juge.

---

<sup>1170</sup> HERAIL (Edmond), Cour d'Appel de Montpellier, Audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1871, *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, p.6.

<sup>1171</sup> Il note en effet que "*s'il est vrai que la conviction fait, seule, le bon jugement, il ne l'est pas moins qu'il n'y aurait pas de conviction possible sans la probité ni la fermeté du caractère*", HERAIL (Edmond), *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, op. cit. , p.6.

<sup>1172</sup> HERAIL (Edmond), Cour d'Appel de Montpellier, Audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1871 *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, op. cit. , p.52.

Cette évocation incidente du principe de la présomption d'innocence ne fut par seulement cristallisée dans ces écrits divers et variés, mais aussi à l'occasion du vote de la loi BERENGER du 3 juin 1875 qui, destinée à lutter contre la récidive, généralisait l'emprisonnement cellulaire dans les prisons départementales (<sup>1173</sup>). Lors des débats parlementaires relativement courts qui précédèrent le vote du texte final (<sup>1174</sup>), Jacques MARCOU (<sup>1175</sup>), avocat, membre de l'Union républicaine, dans une intervention datée du 2 juin 1875, présentait un amendement tendant à ce que les inculpés et les prévenus puissent opter entre le régime de la séparation individuelle ou celui de la vie en commun. Son hostilité affichée à l'emprisonnement cellulaire lui faisait dire, s'agissant de l'incarcération de ceux qui sont simplement prévenus, *"est-il coupable ? Vous n'en savez rien ; la présomption légale de l'innocence le protège contre toutes les atteintes que vous voudrez lui porter au delà des mesures nécessitées pour la garde de sa personne"*(<sup>1176</sup>). Affirmation d'une problématique où il importait de préserver une part effective de liberté alors qu'elle se trouvait suspendue pour les besoins d'une procédure.

---

<sup>1173</sup> Le 11 décembre 1871 le Vicomte d'HAUSSONVILLE saisissait l'Assemblée Nationale d'une proposition de loi ayant pour objet l'ouverture d'une enquête sur le régime des établissements pénitentiaires. Adopté le 1<sup>er</sup> mars 1872, la commission mise en place devait déposer et publier, le 28 août 1874, un projet de loi qui fut inscrit et présenté à l'ordre du jour de l'Assemblée à l'automne 1874. Néanmoins, il ne sera pas mis à la discussion et reviendra en seconde lecture en janvier 1875 qui, à raison de la chute du ministère De Broglie débuta réellement en mai 1875.

<sup>1174</sup> Les débats se déroulèrent du 19 au 20 mai et du 2 au 5 juin 1875, date à laquelle fut adoptée la loi. Sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage de Robert BADINTER, *La prison républicaine*, Paris, 1992.

<sup>1175</sup> Jacques Hilaire Théophile MARCOU, il naquit à Carcassonne le 18 mai 1813, la date de sa mort n'est pas précisée. Avocat, inscrit au barreau de sa ville natale, il épouse les idées prônées par les théories démocratiques pour s'opposer au gouvernement de Louis Philippe puis à Louis Napoléon Bonaparte. Condamné par contumace à la suite du coup d'état du 2 décembre, il s'enfuit en Espagne où il séjourna jusqu'en 1867. A son retour, il prend la direction d'un journal républicain, *la Fraternité* et se réinscrit au barreau de Carcassonne dont il deviendra le Bâtonnier. Nommé maire de cette ville le 22 août 1870, il devint député de l'Aude le 8 février 1871, sera réélu jusqu'en 1881. Hostile au maintien du Sénat, il sera néanmoins élu sénateur le 6 janvier 1885 et siégera dans le petit groupe de l'extrême gauche.

<sup>1176</sup> *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.328.

Poursuivant alors sa critique, le député de l'Aude qui justifie le principe de la détention provisoire comme "*un mal nécessaire dans certains cas*"<sup>(1177)</sup> mais dont il reconnaît cependant qu'elle doit être limitée, s'exclame alors "*Ne peut-il arriver à tout le monde d'être accusé injustement [...] Est-ce qu'en définitive nous ne voyons pas tous les jours des Ordonnances de non lieu ? Est-ce que tous les jours les tribunaux, les Cour d'Assises ne prononcent pas des acquittements ? Il y a donc présomption sacrée, présomption d'innocence tant que le jury ou le tribunal n'a pas déclaré la culpabilité et prononcé la condamnation*"<sup>(1178)</sup>. Le questionnement qui est à nouveau le même consiste à trouver un réel point d'équilibre entre l'intérêt du prévenu ou de l'accusé, et l'intérêt d'une justice pénale qui instruit, et parce que "*la protection sociale l'exige*"<sup>(1179)</sup>.

La fin de ce discours, quelque peu grandiloquent, se conclut sur la situation du prévenu ou de l'accusé. "*Il n'est pas pénitent, il n'a pas à se repentir : il est présumé innocent ; il n'a pas à s'amender : la présomption d'innocence plane sur sa tête, et à moins que vous ne fouliez aux pieds cette garantie sociale, vous n'avez d'autres droits que celui de fermer la porte de la prison*"<sup>(1180)</sup>. Etrange impression que laissent ces différentes interventions. En effet, indépendamment de la dimension que peut recouvrir la présomption d'innocence, celle-ci reste néanmoins circonscrite à la seule protection de l'accusé, dans son statut social. Il s'agit de faire en sorte que les mesures restrictives de liberté prises à son encontre ne puissent influencer négativement sur la procédure et le jugement.

Le constat que l'on peut tirer de ces différentes lectures consiste dans cette idée que, si la présomption d'innocence est évoquée, elle n'est pourtant pas

---

<sup>1177</sup> *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.328.

<sup>1178</sup> *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.329.

<sup>1179</sup> *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.328-329.

<sup>1180</sup> *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.329.

appréhendée dans son aspect procédural, c'est-à-dire comme organisant le procès pénal. Cela n'est guère étonnant, puisque la littérature universitaire du XIX<sup>ème</sup> siècle consacrée au droit criminel dans son ensemble, reste parfaitement silencieuse sur une théorie générale de la preuve pénale. Le sujet est en réalité uniquement examiné lorsqu'il s'agit de décrire et de préciser les modes de preuve admissibles qui permettent au juge de démontrer la participation de l'accusé au fait criminel. Il nous faut donc en conclure que l'évocation de la présomption d'innocence ne l'est aucunement comme un principe procédural qui organise le procès pénal. Il s'agit plutôt d'un moyen qui équilibre le conflit entre l'accusé et la justice en considérant que celui-ci a le droit d'être traité comme s'il n'avait pas commis d'infraction, c'est-à-dire de ne pas être regardé comme un coupable supposé. Véritable subjectivisation du principe qui s'explique par le fait que la conception initiale du droit criminel durant cette fin du XIX<sup>ème</sup> siècle est remise en cause par l'apport de la philosophie et des sciences sociales (<sup>1181</sup>).

---

<sup>1181</sup> Notamment avec l'Ecole italienne dont l'influence n'est pas sans incidence en France. Comme le souligne André Jacques ARNAUD, celle-ci, "se plaçant sur le terrain philosophique, transportait dans le domaine de la responsabilité pénale la discussion du libre arbitre et du déterminisme, se prononçant en faveur de ce dernier, et, ne se contentant pas de prendre en considération l'individu, envisageait comme prédominant en matière pénale, le point de vue social", ARNAUD (André Jacques), *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p. 109.



## TITRE II Une prise de conscience tardive

L'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, rédigé comme le symbole d'un rempart aux mesures arbitraires appliquées par la justice criminelle, consacrait implicitement le principe directeur du procès pénal. Le XIX<sup>ème</sup> siècle n'en perçoit pas non plus les véritables orientations. Sa consécration, comme mécanisme gouvernant le procès pénal, ne prend forme qu'à partir du moment où le droit pénal et la procédure pénale deviennent des matières autonomes par rapport à un droit civil omnipotent et souverain. Par ailleurs, l'influence certaine des recherches scientifiques entreprises sur le fait criminel, voire même sur le criminel lui-même, mais aussi le renforcement pour l'accusé de ne plus être seul lors de l'instruction, induit une autre approche de la preuve pénale. Ces éléments constituent le substrat sur lequel reposera une restructuration de cette discipline (<sup>1182</sup>), et par là même, l'émergence d'une véritable réflexion sur la démonstration de la vérité judiciaire.

Sous la plume de criminalistes reconnus (<sup>1183</sup>), la doctrine finalise progressivement le principe de la présomption d'innocence. Une littérature spécialisée en esquisse les mécanismes et fixera l'idée que ce principe est consubstantiel de la preuve pénale. Parce que l'accusé retrouve une place effective dans le procès pénal, se trouve consacrée une rupture avec le seul

---

<sup>1182</sup> Ainsi que le note Maurice GARÇON "l'esprit et la méthode scientifique [...] ont ébranlé les fondements autrefois indiscutés sur lesquels reposait la répression [...] L'acte de foi sur lequel a reposé jusqu'ici l'œuvre de la répression sociale, la croyance à l'efficacité d'un châtiment, infligé au coupable au nom de la justice éternelle et dans l'exacte mesure de la responsabilité pénale, n'a pas résisté", cité par Jean Jacques ARNAUD, *les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p. 109.

<sup>1183</sup> Sont ainsi publiés le *Code pénal annoté* publié par Emile GARÇON de 1901 à 1911, le *Traité de science et de législation pénitentiaire* de Paul CUCHE en 1905 et enfin le *Traité théorique et pratique de droit pénal français* de René GARRAUD entre 1888 et 1894.

mécanisme de l'intime conviction qui commandait le jugement pénal. Les conditions se trouvaient réunies pour que se formalise le principe procédural qui organise dans toute son amplitude le procès pénal actuel. Bien que son émergence demeure relativement récente. (Chapitre 1), elle consacre doctrinalement le viatique réflexif et obligatoire des juges dans leur processus décisionnel. Pourtant, l'inflation législative qui étreint le droit pénal, parce qu'elle cherche à répondre aux modifications des comportements transgressifs et à leur multiplication, se révèle une fragilisation du principe. L'intérêt de la société l'emporte à nouveau sur les droits de l'accusé (Chapitre 2).

Chapitre 1 Un principe procédural exposé récemment

Chapitre 2 Un principe procédural reconnu mais fragile

## Chapitre 1. Un principe procédural exposé récemment

La codification napoléonienne, importante par le corpus des textes qui la compose, n'est que la conséquence d'un lent travail de synthèse et d'unification des multiples sources du droit existant dans l'Ancien régime. En prétendant englober toute cette science, mais aussi parce que Napoléon ne manquait pas d'entretenir une certaine méfiance à l'égard des juristes, cette mise en forme du droit français allait cependant amener à ce que *"le pouvoir tente donc, par tous les moyens, d'empêcher la doctrine juridique de s'épanouir"*<sup>(1184)</sup>. La conséquence d'une telle vision aboutissait à un assèchement de la pensée juridique qui ne pouvait sortir du respect des règles ainsi codifiées. Les juristes n'avaient d'autres fonctions que de *"développer le texte législatif, à en éclairer au besoin les obscurités, mais non à faire acte de création du droit. Elle se ramenait à une exégèse, [...] mais qui ne constituait autrefois qu'une part de leur démarche intellectuelle"*<sup>(1185)</sup>. De fait, toute analyse créatrice ne pouvait s'organiser que dans le cadre d'une soumission à la lettre du texte posé par le législateur. Il ne pouvait être question d'interpréter, et encore moins de créer par amplification au regard du texte initial.

Par ailleurs, le règne absolu du droit civil aboutit en réalité à structurer toutes les autres disciplines sur lui. Ainsi le droit pénal et la procédure pénale, dont la finalité peut se définir comme la *"sanction de toutes les autres lois et [la] protection de l'ordre public"*<sup>(1186)</sup>, ne disposent-ils d'aucune autonomie, dans

---

<sup>1184</sup> ARNAUD (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p.49.

<sup>1185</sup> THIREAU (Jean Louis), le Jurisconsulte, *Droits*, Revue française de théorie juridique, n°20, 1994, p. 29.

<sup>1186</sup> ARNAUD (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p.152.

leur domaine respectif d'application. Ils ne sont que les excroissances d'une discipline principale qui exerce une véritable souveraineté. De fait, si la problématique de la preuve pénale reste intimement liée aux règles posées par le Code de Procédure Civile, la démarche du juge s'inscrit quant à elle dans le cadre initialement fixé par l'article 24 du Titre VI du décret des 16-29 septembre 1791, et qui posait le principe d'une intime conviction entièrement libre. Le début du XX<sup>ème</sup> siècle voit cependant les premiers signes d'un changement qui a pour conséquence d'encadrer la liberté du juge et de poser la nécessité de gouverner le procès pénal (section1) sans que pour autant ce principe soit effectivement reçu (section 2).

Section 1 Les premières évocations du principe

Section 2 Un principe qui ne concrétise pas

## Section 1 Les premières évocations du principe

Le début du XX<sup>ème</sup> siècle constitue le point de départ d'une autre réflexion sur la preuve pénale parce qu'il rompt avec le siècle précédant. Les ouvrages et traités universitaires consacrent des développements plus importants sur un sujet longtemps délaissé, abordant notamment une esquisse sur la démonstration de la culpabilité. En précisant la situation procédurale de l'accusé face aux poursuites engagées contre lui, la doctrine élabore un principe directeur du procès pénal (A) dont la réception définitive ne se fera que tardivement (B).

### Paragraphe 1 Le tournant du XX<sup>ème</sup> siècle

Evoquer la présomption d'innocence, c'est préciser l'existence d'un double mécanisme qui commande la décision du juge. Même si les premières années du XX<sup>ème</sup> constituent un tournant sur ce point, il faut relever que certains frémissements se firent sentir sur ce sujet. En 1898, devait paraître un *manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires, contenant le commentaire de la législation la plus récente* <sup>(1187)</sup>, et qui consacrait un paragraphe aux notions générales qui sous-tendent la preuve pénale. Son auteur précisait qu'"en principe [...] elle est à la charge du demandeur, ministère public et partie civile, qui doit priver l'existence du délit et du dommage et la culpabilité de l'accusé. Tant que cette preuve n'est pas faite, l'inculpé bénéficie d'une présomption légale d'innocence qui ne tombe que devant la preuve contraire"<sup>(1188)</sup>.

---

<sup>1187</sup> Cet ouvrage devait faire l'objet d'une seconde réédition en 1903.

<sup>1188</sup> RADENAC (Louis), *Manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires, contenant le commentaire de la législation la plus récente (Loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction criminelle)*, Paris, 1898, p.220.

Ce dernier ne donne cependant aucune explication sur l'amplitude exacte de ce qu'il considère comme un principe. Simplement, il ajoute qu'il "*résulte de cette présomption que l'inculpé qui se borne à nier l'affirmation du délit ou de sa culpabilité, n'a aucune preuve à fournir de sa négation*"<sup>(1189)</sup>. Nous estimons que, derrière cette évocation fugace, se trouve évoquée indirectement l'idée que le régime de la preuve pénale, dans ses conséquences, ne peut recouvrir exactement celui de la preuve civile. La théorie générale sur la preuve fixée par le Code civil et le Code de procédure civile, et qui longtemps prédomina, ne pouvait intégralement s'appliquer dès lors que se trouvait en jeu la liberté individuelle. Il fallait admettre que l'accusé avait le droit de rester passif durant la procédure.

C'est toutefois en 1901 qu'il convient de dater les premiers grands développements consacrés aux règles qui organisent, dans son acception moderne, la présomption d'innocence. Georges VIDAL, professeur de droit criminel à l'université de Toulouse, publie cette année là, un *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* <sup>(1190)</sup> dans lequel il examine avec précision au livre II la *Théorie des preuves en droit pénal*. Sans faire de développements introductifs sur cette matière, c'est à dire sans l'intégrer plus globalement dans une démarche qui s'imposerait au juge dans sa recherche de la vérité judiciaire, l'auteur précise immédiatement dans son chapitre premier que, s'agissant de la charge de la preuve, elle "*doit être fournie par celui qui poursuit ; elle est à la charge du demandeur, ministère public et partie civile qui doit prouver l'existence du délit et du dommage et la culpabilité pénale et civile de l'inculpé : actore non probante reus absolvitur*"<sup>(1191)</sup>. On retrouve

---

<sup>1189</sup> RADENAC (Louis), *Manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires, contenant le commentaire de la législation la plus récente (Loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction criminelle)*, p. 220.

<sup>1190</sup> Son *Cours de droit criminel* fut réédité à neuf reprises, la dernière datant de 1949. Il faut simplement noter qu'à partir de la quatrième réédition intervenue en 1910, Joseph MAGNOL reprendra la rédaction de cet ouvrage.

<sup>1191</sup> VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, 1902, p. 755, n°715.

ici une écriture identique à celle du *manuel élémentaire de droit criminel* précédemment évoqué, et qui marque toute l'influence du système civiliste de la preuve. Le défendeur se trouve en situation d'attente qui pour autant ne lui préjudicie pas.

Il poursuit son raisonnement en posant comme conséquence que "*tant que cette preuve n'est pas faite, l'inculpé bénéficie d'une présomption légale d'innocence qui ne tombe et ne cesse de produire ses effets que devant la preuve contraire de la culpabilité: in dubio pro reo*"<sup>(1192)</sup>. Expression diaphane d'un principe qui se trouve néanmoins décrit, puisque l'auteur précise quelques lignes plus loin que "*l'inculpé qui se borne à nier l'existence du délit ou sa culpabilité n'a aucune preuve à fournir de sa négation, puisqu'il est protégé par la présomption d'innocence*"<sup>(1193)</sup>. Le mécanisme est parfaitement décrit dans ses étapes successives, à savoir la charge de la preuve puis la conséquence qu'il faut en tirer lorsqu'elle n'est pas établie. Toutefois, le second terme en est moins affirmé, si ce n'est par le renvoi à un adage latin bien connu sans qu'il soit explicitement fourni d'autre explication.

C'est avec Jean René GARRAUD <sup>(1194)</sup>, que la véritable conceptualisation du principe de la présomption d'innocence s'opère réellement bien qu'elle éclate dans un silence préalable qui ne manque pas d'étonner. En publiant entre 1909 et 1929 un *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de*

---

<sup>1192</sup> VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, p.755, n°715.

<sup>1193</sup> VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, p.757, n°716.

<sup>1194</sup> GARRAUD (Jean René), né à Sainte-Bazille (Lot et Garonne) le 20 novembre 1849, il meurt à Lyon le 11 novembre 1930. Docteur en droit en 1873, il est avocat stagiaire au Barreau de Paris quand il réussit le concours de l'agrégation en 1873-1874, avec une dispense d'âge. Nommé à Douai en 1874 où il enseigne le droit administratif, puis à Bordeaux, et enfin à Lyon où il deviendra professeur de droit criminel, poste qu'il occupera dans cette université pendant 46 ans. Parallèlement, il s'inscrit au Barreau de Lyon dont il en deviendra le Bâtonnier de 1914 à 1919. Fondateur avec LACASSAGNE des *Archives de l'Anthropologie criminelle*, il témoigne de l'intérêt des pénalistes français, durant cette période de la fin du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècle pour la sociologie, et ce en réaction à l'école positiviste italienne. Sur le plan des idées, bien qu'il soit favorable à la relégation des récidivistes et des lois votées contre les anarchistes il convient de noter qu'il est convaincu que la peine de mort tiendra une place de plus en plus restreinte. Par ailleurs il souhaitera une double réforme, celle du Code pénal et celle du système pénitentiaire, aux fins d'y faire progresser l'individualisation de la peine.

*procédure pénale* (<sup>1195</sup>) qui ne connaîtra pas toutefois de réédition, le futur Bâtonnier de Lyon consacre, le premier, de longs développements sur la preuve en matière criminelle, mais aussi sur la présomption d'innocence, contrairement à un autre de ses ouvrages, le *Précis de droit criminel* publiés à de multiples reprises (<sup>1196</sup>), qui lui n'abordait aucunement l'examen de ce principe. Ce dernier théorise la preuve pénale dans son rapport à la procédure pénale. Selon lui, "*l'objet de la procédure est la découverte de la vérité, et la vérité, par rapport à la thèse du procès pénal qui est l'imputation d'un délit, doit aboutir à la démonstration de la culpabilité de l'accusé ou du prévenu. C'est ainsi que se pose la question de la preuve en matière répressive*", (<sup>1197</sup>). Aussi, en élargissant le champ de réflexion dans une acception qui entend intégrer d'autres concepts, le traité appréhende dans sa globalité le mécanisme de la présomption d'innocence.

Jean René GARRAUD pose à titre préliminaire l'axiome que, "*le procès pénal a, pour point de départ, un soupçon, sur lequel se fonde l'inculpation, et toute l'œuvre de la procédure tend à transformer ce soupçon en certitude*"(<sup>1198</sup>). Pour atteindre ce but il est indispensable de fixer un cadre réflexif qui permettra au juge de fixer la vérité judiciaire. La preuve pénale implique donc la mise en mouvement d'un mécanisme ternaire, à savoir "*1°À qui incombe le fardeau de la preuve ? 2°Quels sont les devoirs du juge si la preuve n'est pas rapportée ? 3°De quels faits est-on admis à faire la preuve ?*"(<sup>1199</sup>). Les réponses apportées aux deux premières questions concrétisent la présomption d'innocence dans sa finalité procédurale.

---

<sup>1195</sup> Les trois premiers volumes sont publiés de 1907 à 1912, le quatrième en 1926, le cinquième en 1928, enfin le dernier volume sortira des presses en 1929. Il n'y eut toutefois qu'une seule édition de cet ouvrage.

<sup>1196</sup> On compte 14 éditions de cet ouvrage entre 1881 et 1929.

<sup>1197</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907, Tome 1, p.475, n°227.

<sup>1198</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p.476, n°229.

<sup>1199</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p.476, n°229.



Sur la charge de la preuve, celui-ci précise qu'elle "*incombe entièrement à l'accusateur qui doit établir l'existence, aussi bien des éléments moraux que des éléments matériels de l'infraction*"<sup>(1200)</sup>. Il s'agit d'une obligation qui pèse, sans conteste possible, sur l'une des parties au procès pénal, c'est-à-dire sur celui qui entend engager des poursuites contre un suspect. Ce dernier n'a pas à justifier de son absence de participation au fait qui lui est reprochés. Il n'a donc pas à démontrer son innocence en rapportant la preuve du contraire. Sans véritablement justifier les raisons de ce qu'il considère comme un principe, Jean René GARRAUD énonce simplement qu'il s'agit d'"*une règle de raison et de sécurité sociale*"<sup>(1201)</sup>. Il concrétise ce droit pour l'accusé de ne pas agir activement dès le début de la procédure, et plus précisément de ne pas chercher à se disculper. Cette problématique se trouve renforcée par la seconde réponse qu'il apporte en décrivant les "*devoirs du juge quand la preuve n'est pas rapportée*". Rappelant la maxime civile *actore non probante reus absolvitur* il considère que, "*c'est surtout en matière répressive que ce principe doit être respecté*"<sup>(1202)</sup>, constatant cependant "*combien, dans le développement historique des institutions, on a eu de peine à y aboutir*"<sup>(1203)</sup>, notamment par l'emploi de formules judiciaires qui laissaient l'accusé dans une situation incertaine.

Le principe procédural de la présomption d'innocence, dans son acception moderne, c'est-à-dire en tant que principe régulant la conduite du procès pénal, va continuer d'être évoqué, notamment à la veille de la seconde guerre

---

<sup>1200</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p.477, n°230.

<sup>1201</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p. 477, n°230.

<sup>1202</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p. 481, n°232.

<sup>1203</sup> GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p. 481, n°232.

mondiale, sous la plume d'Henri DONNEDIEU de VABRES <sup>(1204)</sup> qui publiait en 1938 un *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée* <sup>(1205)</sup>. Ce praticien et professeur de droit, consacrait dans cet ouvrage quelques développements sur la *théorie de preuves*. Considérant qu'elle se trouvait régie par plusieurs principes qui la différenciaient définitivement de la preuve civile <sup>(1206)</sup>, il expose que la charge de la preuve "*incombe à l'accusateur, c'est-à-dire au ministère public, et à la partie civile*" <sup>(1207)</sup>. Il précise néanmoins que "*ce principe, qui s'applique au droit civil, s'applique plus rigoureusement au droit pénal ; l'inculpé est couvert par une présomption d'innocence*" <sup>(1208)</sup>. Il poursuit en indiquant par ailleurs que "*l'insuffisance de la preuve de la part de celui qui agit doit avoir pour conséquence le rejet de sa prétention [...] Une règle absolue, dans notre droit contemporain, est que le doute bénéficie à l'inculpé*" <sup>(1209)</sup>. Enfin, le dernier des principes évoqué consiste dans la possibilité que "*le juge apprécie en*

---

<sup>1204</sup> DONNEDIEU de VABRES (Henri), né le 8 juillet 1880 à Nîmes, il meurt en 1952 à Paris. Avocat, chargé de conférences à la faculté de droit de Paris en 1907 puis chargé de cours en droit criminel à Aix-Marseille de 1909 à 1910, il est reçu premier à l'agrégation de droit privé en 1910. Titulaire de la chaire de droit criminel en 1918 à Montpellier, il est chargé de cours à Paris en 1922 et sera nommé professeur de droit criminel en 1924, fonction qu'il exercera pendant plus de trente ans. En 1945, il est désigné comme juge au Tribunal de Nuremberg et, à ce titre, il fera part, dans un cours de doctorat dispensé à Paris, de ses doutes sur la notion de crime contre l'humanité. Attiré par le droit pénal international, il publie, en 1928, *les principes modernes du droit pénal international*, livre d'une étonnante actualité car réédité en 2005. Par la suite, il devait travailler au sein de commissions créées par l'ONU pour l'établissement d'un *Code pour l'établissement de la paix et la sécurité de l'humanité*.

<sup>1205</sup> L'ouvrage devait connaître trois publications successives, la dernière datant de 1949.

<sup>1206</sup> Selon DONNEDIEU de VABRES, "*le régime des preuves, en matière répressive, est dominé par trois principes qui constituent son originalité*". Celui-ci les précise immédiatement à la suite en indiquant que *la charge de la preuve incombe au demandeur, en matière pénale cette charge incombe à l'accusateur, que l'insuffisance de la preuve de la part de celui qui agit doit avoir pour conséquence le rejet de sa prétention* et enfin que *le juge apprécie en toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises*, DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, 1938, n°1211 et sqq., p.715 et sqq.

<sup>1207</sup> DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, n°1212, p.715.

<sup>1208</sup> DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°121 2, p.715.

<sup>1209</sup> DONNE n°121 DIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°1213, p. 716.

*toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises. C'est le système de l'intime conviction*"<sup>(1210)</sup>, qui, pour lui, "consacre une nouvelle différence de notre droit moderne et de l'ancien droit"<sup>(1211)</sup>. Bien qu'il rattache expressément la présomption d'innocence au premier de ces principes, la charge de la preuve, il faut cependant constater que ce triptyque se trouve exprimé dans une logique qui correspond à l'opération intellectuelle suivie par le juge quand il décide de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé.

L'explication ainsi donnée de ce principe se retrouve également sous la plume Marcel FREJAVILLE, professeur à la faculté de droit de Caen. S'agissant du problème de la preuve, il énonce qu'elle s'organise autour de trois principes, parmi lesquels il ressort que la charge de la preuve prédomine. En effet, "*il résulte que si la partie publique ne parvient à faire qu'une preuve insuffisante, s'il subsiste un doute, ce doute s'interprète en faveur de l'accusé, Tout accusé bénéficie en droit pénal d'une présomption d'innocence*"<sup>(1212)</sup>. La lecture de cette doctrine montre donc que le double mécanisme procédural de la présomption d'innocence est ici parfaitement exprimé sans aucune réserve.

Pourtant, il faut remarquer qu'aucune explication véritable n'est apportée sur la soudaine émergence d'un principe qui rompt avec le long silence du XIX<sup>ème</sup> siècle, même si une esquisse se dessinait sous la plume de certains criminalistes. On peut tenter de trouver une explication dans ce rééquilibrage qui s'opère entre les parties au procès pénal, et ce, depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. En effet, assisté de son avocat, l'accusé n'est plus seul dans le cabinet du juge d'instruction même si cet auxiliaire ne servira dans un premier temps qu'à garantir la régularité des interrogatoires et des actes d'instruction. On

---

<sup>1210</sup> DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°1214, p. 717.

<sup>1211</sup> DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°1213, p. 716.

<sup>1212</sup> FREJAVILLE (Marcel), *Manuel de droit criminel conformes au programme officiel des facultés de droit*, Paris, LGDJ, 5<sup>ème</sup> édition, 1946, p. 217-218.

peut donc, à juste titre penser que le principe de la présomption d'innocence sert de guide dans le déroulement du mécanisme réflexif qu'entreprend le juge pour décider du sort de l'accusé. Il est une garantie aux excès d'une intime conviction qui continue à demeurer le seul moyen de décider de la culpabilité de l'accusé. Pour autant, ce principe qui s'est assis avec le temps ne fut pas reçu de façon unanime, notamment lorsque la science tenta d'expliquer le comportement de certains individus. Une certaine doctrine, venue d'Italie, et qui entendait relativiser la portée de ce principe, allait influencer certains pénalistes français.

## **Paragraphe 2 Un principe néanmoins critiqué dans son application.**

Pour la science du droit, la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle constitue une rupture avec les principes juridiques élaborés par le droit napoléonien (<sup>1213</sup>). Leur fixité ne peut plus ignorer les évolutions scientifiques et sociales qui interférèrent sur l'interprétation que l'on donner aux règles fixées par les différents codes. Ainsi en est-il de la responsabilité pénale de l'individu. Au rebours d'une doctrine classique qui posait le principe du libre arbitre dans l'accomplissement de l'acte criminel, et donc d'une réponse sociale contraignante en raison de cet usage dévié de la liberté, un courant d'idée prenait en considération, non plus le sujet criminel, mais son environnement tant social que personnel. C'est dans ces conditions, que se développait l'idée que la violation de la norme sociale pouvait être la résultante de facteurs extérieurs au délinquant sur lesquels ce dernier n'avait guère de possibilité d'agir.

Développé par quelques criminalistes italiens d'horizon différent (<sup>1214</sup>), cette conception (<sup>1215</sup>) va également retenir l'attention de certains de leurs

---

<sup>1213</sup> Comme le souligne André Jacques ARNAUD *"s'il fallait résumer sous quelques rubriques les principales mises en cause des principes du droit napoléonien, nous pourrions le faire sous trois chefs : individualisme et volontarisme, subjectivisme, moralisme"*, *les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p.80-81.

<sup>1214</sup> Il s'agit d'un médecin Cesare LOMBROSO (1835-1909), d'un professeur de droit pénal Enrico FERRI (1856-1929), et d'un magistrat Raffaele GAROFALO (1851-1934).

homologues français (<sup>1216</sup>), sans influencer sur les règles pénales et les principes procéduraux, et notamment sur celui de la présomption d'innocence. C'est Enrico FERRI (<sup>1217</sup>) qui, dans son livre *la sociologie criminelle* (<sup>1218</sup>), examine au chapitre IV, intitulé *les réformes pratiques*, le principe de la présomption d'innocence. Considérant, que "les théories positivistes réduisent de beaucoup l'importance pratique du code pénal, [que] d'autre part elles augmentent bien plus celle des lois de procédure pénale, destinées à faire descendre les menaces législatives contre les crimes, sur le terrain pratique et quotidien de la défense sociale contre les criminels"(<sup>1219</sup>), ce criminologue analyse ce qui pour lui, dans la procédure pénale, peut être considéré comme

---

<sup>1215</sup> Enrico FERRI définit ainsi le fondement de ce mouvement de pensée. "L'insuffisance des peines communes à retenir le flot de la criminalité ; l'augmentation obstinée de la récidive ; les conséquences souvent absurdes, toujours dangereuses de certaines théories sur la folie raisonnante et sur la force irrésistible greffées sur les théories mystiques de la responsabilité morale de l'individu ; l'exagération de certaines formalités de procédure ; l'union inorganique de certaines institutions nées dans d'autres milieux avec nos vieux systèmes de procédure et de détention ; tout cela et autre chose encore demandait et demande, dans la conscience générale, des remèdes scientifiques et législatifs, qui suppriment des abus évidents tout en faveur des criminels et au préjudice des hommes honnêtes. Voilà l'origine de l'école positiviste de droit criminel", FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, Paris, 2004, p.6-7.

<sup>1216</sup> André Jacques ARNAUD précise que, "les criminalistes français adoptent deux propositions des positivistes : la négation du dogme de la liberté absolue et l'idée de défense de la société pour sa conservation", *les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, p.96.

<sup>1217</sup> Enrico FERRI, né à San Benedetto Po (Lombardie) en 1856, il meurt à Rome en 1926. Criminaliste, il est considéré comme l'un des fondateurs de la criminologie moderne. Député du parti radical puis du parti socialiste, il fut de 1899 à 1906 un leader charismatique, proche de des syndicalistes révolutionnaires. Après la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale, il se rapprocha des mouvements fascistes pour en devenir un fervent partisan.

<sup>1218</sup> L'ouvrage fit l'objet de cinq publications en langue italienne, respectivement en 1881, 1884, 1891, 1900 et 1929. Deux d'entre elles furent traduites en français, celle de 1891 par Enrico FERRI lui-même et celle de 1900 par Léon TERRIER. A noter que l'édition de 1893 sera également traduite en anglais en 1895, et en allemand en 1896, ce qui permet d'en mesurer toute l'importance pour son auteur. A noter que la première édition de 1881 avait pour titre *I nuovi orizzonti de diritto e della procedurale penale* devenue, avec la seconde édition de 1884, *Sociologia criminale*.

<sup>1219</sup> FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, p.431. Sur ce dernier point la traduction de 1905 précise que "d'un côté elle projette une lumière plus vive sur les lois de la procédure et des mesures pénale [...] ; de l'autre elle impose la nécessité de réformer ces systèmes de procédure et de répression, pour les mettre en harmonie avec la nouveauté des données de la sociologie criminelle", FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, Paris, 1905, p. 491.

"les nombreuses exagérations des théories classiques"<sup>(1220)</sup>. Parmi celles-ci, il entreprend une lecture critique de la présomption d'innocence car il estime qu'elle doit se moduler en fonction du mode opératoire de l'infraction mais aussi eu égard à la personnalité judiciaire du délinquant. Le principe ne peut donc être absolu.

Reconnaissant l'existence du principe sans apporter de véritable explication sur son origine, Enrico FERRI, qu'il nous faut citer longuement, précise que *"la présomption d'innocence, et avec elle la règle plus générale-in dubio pro reo-, a certainement un fondement de vérité positive, et elle est vraiment obligatoire pendant l'instruction du procès [...] : il faut donc regarder comme honnête, jusqu'à preuve contraire, tout individu soumis à jugement. Mais lorsque la preuve contraire est évidente, par ex. dans les cas de flagrant délit ou bien de confession, confirmée par d'autres éléments du procès, il semble que la présomption devrait céder à la réalité des choses. Et cela surtout lorsqu'on a à faire à un criminel d'habitude"*<sup>(1221)</sup>. La position prise par ce professeur de droit pénal consiste donc à appréhender la présomption d'innocence comme une règle de conduite procédurale qui protège l'accusé mais dont l'application sera relative au regard des intérêts de la société qu'il convient de ne pas ignorer.

En effet, absolu, ou plus précisément indispensable, durant le temps du procès ou l'accusé se retrouve seul devant le juge, c'est à dire pendant la phase d'instruction (<sup>1222</sup>), et qu'il apparaît nécessaire de le protéger contre des préjugements, le principe se rétracte devant ce que FERRI considère comme étant une évidence rationnelle, c'est-à-dire devant un élément matériel appréhendé physiquement. L'aveu ou le flagrant délit, combiné avec d'autres indices ou éléments matériels annihile le principe de la présomption

---

<sup>1220</sup> FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, p. 433.

<sup>1221</sup> FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, p.433-434.

<sup>1222</sup> La traduction de 1905 précise en effet que *"la règle plus générale-in dubio pro reo- a certainement un fond de vérité et même est vraiment obligatoire, quand il s'agit de la période préparatoire du jugement, c'est-à-dire de la procédure d'instruction, et qu'on n'a encore contre celui qui est l'objet d'enquête que de simples suppositions ou indices"*, FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, traduction de 1905, p.493-494.

d'innocence De même si le prévenu est un délinquant d'habitude ou qu'il a un passé pénal. La conclusion que l'on peut tirer de ces quelques lignes fait apparaître que la présomption d'innocence, pour ce représentant de l'école positiviste italienne, ne se définit pas comme un mécanisme procédural.

Il s'agit d'une démarche qui, s'imposant momentanément au juge, protège l'accusé durant l'instruction mais qui tombe lorsque la réalité physique démontre sans contestation possible sa participation au fait criminel. Il ne peut en aucun cas s'agir d'un principe intangible et constant <sup>(1223)</sup>. Ce qu'il expose, c'est la nécessité de moduler la présomption d'innocence en fonction de la personnalité de l'accusé et ce, dans le seul but de protéger les règles sociales qui seraient fragilisées par les actes transgressifs. La présomption d'innocence ne peut ici s'interpréter comme le principe directeur du procès pénal.

L'influence de ce courant d'idées, indépendamment des critiques qu'il pouvait susciter <sup>(1224)</sup>, se fit sentir en France puisqu'il convenait dans le procès pénal, de considérer avec une autre amplitude les intérêts de la société ou de la victime sans pour autant sacrifier les droits de l'accusé. Gabriel

---

<sup>1223</sup> FERRI indique ainsi que, *"les exagérations de cette présomption in dubio pro réo sont dues à un procès de momification et de dégénérescence des regulae régis, par lequel celles-ci, nées de l'observation et généralisation d'une réalité existante, continuent à vivre et à être mécaniquement appliquées, lors même que cette réalité a changé et n'existe plus"*, *La sociologie criminelle*, édition 2004, op. cit. , p.434. Il faut ici relever que la traduction de 1905 est particulièrement lourde, notamment dans le fait que le traducteur rajoute au texte initial. Il est ainsi écrit que *"la présomption d'innocence, illogique lorsqu'elle est absolue et ne fait aucune distinction, n'est en effet qu'un aphorisme juridique qui s'est bien éloigné de la réalité primitive, d'où il tirait son origine par ce procédé de momification et de dégénération des regulae regis qu' a signalé Salvioli, et qui n'est qu'un cas spécial de cet arrêt idéo-émotif que Ferrero mettait à la base psychologique des phénomènes de symbolisme, arrêt par lequel le signe et la formule, en s'immobilisant, se substituent à la chose et à l'idée qu'ils contestaient primitivement"*, *La sociologie criminelle*, édition 1905, p.494.

<sup>1224</sup> Notamment chez Luigi LUCCHINI, professeur de droit criminel à Bologne qui écrit que *"la nouvelle école est absolument ignorante des principes qui servent de base à l'instruction criminelle chez un peuple civilisé [...] Les positivistes n'ont même pas soupçonné que l'instruction criminelle a des horizons plus vastes que ceux qui nous apparaissent à première vue, et qu'elle ne se réduit pas à un seul but, la poursuite des malfaiteurs"*, LUCCHINI (Luigi), *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, p. 344-345.

TARDE (<sup>1225</sup>), qui entretint des relations épistolaires avec les criminalistes italiens, et dont il reconnaissait la valeur des travaux entrepris (<sup>1226</sup>), évoque dans son ouvrage, *La Philosophie pénale*, la question de la certitude judiciaire et aborde implicitement le problème de la preuve pénale dans sa complétude, et donc dans le fait qu'elle soit imparfaite.

Dans les quelques développements que l'auteur y consacre, celui-ci fait valoir que les nouvelles théories de ces quelques criminalistes italiens n'ont pas réussi à cristalliser les conditions permettant de poser, de façon intangible, une vérité judiciaire incontestable (<sup>1227</sup>). Malgré les progrès de la science et qui aboutissent à une meilleure appréhension technique des éléments matériels, objets de la preuve pénale, les réflexions sur la démarche qu'il convient d'adopter pour parvenir à la vérité judiciaire restent pauvres (<sup>1228</sup>).

---

<sup>1225</sup> TARDE (Jean Gabriel), il naît à Sarlat le 12 mars 1843 et meurt à Paris le 12 mai 1904. Licencié en droit à la faculté de Paris en 1866, il devient Secrétaire assistant du juge de Sarlat en 1867. Substitut du procureur à Ruffec (Charente) en 1873, il devient Juge d'instruction à Sarlat en novembre 1875. Dans les années 1880, il entreprend, parallèlement avec sa carrière de magistrat de province, une activité intellectuelle, philosophique, juridique et littéraire. Participant aux travaux de la société générale des prisons, il collabore, dès 1887, à la revue d'Alexandre LACASSAGNE *Archives d'Anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie normale et pathologique*, dont il devient Codirecteur en 1893. Nommé Directeur du service de la statistique au ministère de la justice en 1895 puis Professeur au Collège de France en 1900, il entrera la même année à l'Institut. En relation avec les fondateurs de la criminologie italienne, il publiera en 1900, pour répondre aux idées développées par l'*Ecole italienne*, deux ouvrages qui le rendront célèbre, *Les lois de l'imitation* et *La philosophie pénale*.

<sup>1226</sup> Il écrit ainsi que "ce n'est point par une coïncidence fortuite que l'initiative des grandes réformes en législation pénale, depuis le moyen âge, est partie de l'Italie. Le fondateur de la nouvelle école d'anthropologie criminelle, M. Lombroso, en donnant cette direction tenace à l'activité de son esprit, a obéi plus qu'il ne croit à une suggestion ancestrale [...]. M. Enrico Ferri est venu, et, avec ses rares qualités d'assimilation et de synthèse, de lucidité et de force qui font de lui un organisateur et un vulgarisateur d'idées à un degré également éminent, il a complété l'œuvre du maître [...]. Il a eu une pour auxiliaire toute une phalange d'esprits novateurs [...] M. Garofalo, le plus fin logicien du groupe, qui s'est efforcé de conduire la doctrine au point de majorité juridique, apparente plus que réelle, ou les réformes législatives à tenter se formulent d'elles mêmes", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, Paris, 1972, p. 46-47.

<sup>1227</sup> "Si la nouvelle école apportait à la justice de nouveaux éléments d'information, si elle pouvait sérieusement proposer son signalement anthropologique du malfaiteur comme une présomption grave de culpabilité, elle aurait un titre incontestable à l'honneur d'être réformatrice", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 459.

<sup>1228</sup> "En fait tous les progrès judiciaires ont été accomplis dans le sens de la preuve plus facile, ou plus prompte, ou plus complète, et toutes les inventions ou les perfectionnements modernes ont servi à cela", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 459.



Pour lui, la faute en incombe aux philosophes qui *"dans leur prétention d'atteindre, comme les géomètres à des vérités nécessaires [...] ont appris à dédaigner sous les noms méprisants de probabilités, de preuves morales, d'empirisme, tous les degrés de croyance inférieure à cette intensité superlative de conviction qu'ils ont intitulé certitude"*(<sup>1229</sup>).

Ce cadre imposé au droit criminel à partir du moyen âge ne pouvait que conduire le juge à condamner sans que celui-ci dispose effectivement de la certitude. Dès lors est-il nécessaire *"d'avoir conscience des ces calculs, de ces dosages intimes auxquels on soumet à son insu sa propre foi"*(<sup>1230</sup>) puisque *"la philosophie confesse que sa destinée est de naviguer à la surface ondoyante du probable sans atterrir jamais au certain"*(<sup>1231</sup>). Gabriel TARDE estime que la science criminelle ne peut faire autrement que de suivre ce raisonnement (<sup>1232</sup>) qui consisterait à moduler la décision renvoyant l'accusé des fins de la poursuite.

Comme il le précise, *"il est tout aussi utile de distinguer, si l'on acquitte, entre l'affirmation de l'innocence et le refus d'affirmer la culpabilité faute de conviction suffisante, que de distinguer, si l'on condamne, entre la condamnation avec circonstances atténuantes. Souvent, en accueillant les circonstances atténuantes, le juge ou le juré veut dire qu'il n'est pas assez convaincu pour condamner purement et simplement"*(<sup>1233</sup>). Pour celui qui fut juge d'instruction, et donc familier du Code d'instruction criminelle, l'aveu est ici passé que le doute ne profite pas à l'accusé puisqu'*"une haute*

---

<sup>1229</sup> TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 460.

<sup>1230</sup> TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 461.

<sup>1231</sup> TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 462.

<sup>1232</sup> *"Les doctrines criminalistes devaient prendre exemple sur elle et faire entrer en ligne de compte les doutes, les présomptions, les faibles persuasions du juge ou du juré, comme les philosophes évaluent à la hausse ou à la baisse de la foi générale du monde savant relativement à une théorie controversée"*, TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 462.

<sup>1233</sup> TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 462-463.

*probabilité, plus ou moins voisine de la certitude, rend un accusé condamnable*"<sup>(1234)</sup>, et ce d'autant plus que les circonstances qui accompagnent le procès peuvent influencer sur la décision qui sera prise (<sup>1235</sup>). Il n'est cependant pas envisagé de présumer l'accusé innocent, dès le début de l'enquête, et tout au long de la procédure, même si les juges vont se voir soumis au verbe des acteurs judiciaires, et ce dans un mouvement d'oscillation qui prendra fin lors de la défense de l'accusé (<sup>1236</sup>). Pour éviter que les décisions prises laissent supposer l'existence d'un questionnement sur la culpabilité, Tarde propose alors *"d'accorder au jury la faculté de répondre non seulement par oui ou par non, mais encore par non liquet"*. Cette position procédurale montre avant tout que la culture du doute au seul bénéfice de l'accusé n'est pas véritablement reçue, et ce compte tenu de l'opposition qui existe entre l'intérêt de la société et l'intérêt de l'accusé.

L'auteur le confirme en précisant qu'*"en principe l'exigence des preuves doit croître avec la grandeur du crime"*<sup>(1237)</sup>. La conviction du juge n'est pas une mais différenciée par rapport à la qualité du crime. Cela signifie donc qu'il ne peut y avoir de principe qui régle la preuve pénale car contingente de l'intérêt sociétal. Néanmoins, et malgré la diffusion de cet ouvrage, l'influence de l'école italienne, et de ses développements sur un principe de présomption d'innocence qui serait modulable, demeure sans véritable portée sur la réception du principe, non seulement dans la doctrine pénale française mais aussi dans la jurisprudence. Cependant, cette doctrine pose le problème de la présomption d'innocence dans son rapport à l'accusé en tant

---

<sup>1234</sup> TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 463.

<sup>1235</sup> *"Il y a loin du vague soupçon qui fait tomber la tête tomber d'un homme en temps de révolution ou de guerre au luxe de charges accumulées dont la justice croit avoir besoin en temps ordinaire pour condamner à huit jours de prison, avec l'assentiment du public, un personnage puissant et sans antécédent judiciaire"*, TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 463.

<sup>1236</sup> *"Quand un crime atroce vient épouvanter le public, [...] il semble qu'il faille à tout prix découvrir l'auteur de l'effroi commun et que l'individu le plus compromis, [...] doive être le bouc émissaire. Le juré reste sous cette impression inconsciente aussi longtemps que le réquisitoire du ministère public lui retrace les détails du crime [...]. Mais dès les premiers mots de l'avocat son indignation se change en pitié"*, TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 464.

<sup>1237</sup> TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 464.

qu'individu, c'est-à-dire d'une subjectivisation de ce principe et non dans son rapport à l'accusé en tant que partie prenante à la procédure. Elle en fragilise ainsi la définition.

## **Section 2 Un principe qui ne se concrétise pas**

Le XX<sup>ème</sup> siècle naissant, marque le point d'ancrage de la présomption d'innocence. Les premières publications la définissent comme un principe directeur du procès pénal. Cette définition se heurte cependant à l'idée que le principe puisse constituer pour l'accusé un droit fondamental. Une confusion se dessine donc (Paragraphe 1), d'autant plus que la pratique judiciaire ne pose aucune définition précise (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 Un principe troublé**

Le mécanisme procédural posé par la présomption d'innocence qui induit que la charge de la preuve incombe au demandeur et que le bénéfice du doute profite à l'accusé sous la forme d'un renvoi des fins de la poursuite, constitue actuellement, dans la doctrine contemporaine, et a fortiori depuis la loi du 15 juillet 2000, le viatique imposé au juge répressif. Pour autant, ce qui constitue un principe procédural purement mécaniste dans la démonstration de la preuve pénale, connaît une altération dans la perception que l'on peut en avoir. Praticiens et théoriciens du droit pénal et de la procédure pénale assurent-ils, dans leur sphère d'activité respective une lecture permanente de ce mécanisme principiel ? La réponse aboutit à conditionner une définition de la présomption d'innocence qui sort du champ procédural. Le problème qui se trouve ici posé, repose sur l'incidence que peut avoir, l'interconnexion entre le respect des droits de la défense et l'innocence supposée. Faut-il constater que le droit à l'innocence soit le corollaire d'une reconnaissance emblématique d'un droit subjectif extrapatrimonial ou d'un véritable présupposé qui ne pourra tomber que devant la preuve contraire ? L'examen de la doctrine ou des commentaires de jurisprudence, montre que le principe énoncé dans ses mécanismes procéduraux se trouve en décalage avec la perception que l'on peut en avoir.

Ainsi, dans un commentaire établi à la suite d'un arrêt rendu le 15 mars 1929, par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (<sup>1238</sup>) était-il exposé par son auteur (<sup>1239</sup>) tout l'intérêt de cette décision sur le problème de la preuve pénale (<sup>1240</sup>). Poursuivant néanmoins son raisonnement de manière plus péremptoire, il écrivait que, *"sur l'existence de ces deux principes, il ne saurait y avoir d'hésitation possible. Une présomption d'innocence couvre tout inculpé [...]. Ce n'est pas l'accusé qui doit justifier de son innocence"* (<sup>1241</sup>). Cette affirmation s'inscrit dans la ligne doctrinale ouverte par Jean René GARRAUD dans son *Traité d'instruction criminelle*, quand il apporte toute précision sur la démonstration de la culpabilité.

Cependant, et bien que le mécanisme de la preuve pénale soit explicité (<sup>1242</sup>), le commentateur esquisse la nature de ce principe. Il écrit, qu'*"il en est ainsi, parce que ni le dol ni la perversité se présument ; et que par l'accusation, on prétend faire sortir quelqu'un de la catégorie des honnêtes gens [...] pour le ranger dans celle des délinquant [...]. Si l'accusation ne parvient pas à faire cette preuve, le doute reste favorable à l'inculpé : in dubio pro reo"* (<sup>1243</sup>). Ce

---

<sup>1238</sup> La haute juridiction confirmait un arrêt ayant déclaré coupable de vol un héritier légitime non réservataire qui s'était emparé du testament que le de cujus avait établi au profit de son épouse.

<sup>1239</sup> Jacques André ROUX fut Professeur de Droit à la Faculté de Strasbourg, mais aussi Conseiller à la Cour de Cassation. Il devait publier en 1920 un *Cours de droit pénal et de procédure pénale* puis en 1927 un *Cours de droit criminel français*.

<sup>1240</sup> *"Les solutions de l'arrêt rapporté, exactes à ce qu'ils me semblent, mettent en jeu les principes de preuve en matière criminelle, et apportent à deux d'entre eux une intéressante limitation : elle concerne l'obligation qui est la charge du ministère public d'établir les éléments du délit, ainsi que la règle qui décide de résoudre le doute en faveur de tout inculpé"*, Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p.353.

<sup>1241</sup> Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p.353.

<sup>1242</sup> Il faut cependant noter que dans la deuxième édition de son Cours de droit criminel publié en 1927, le commentateur de l'arrêt est moins explicite sur la portée de ce principe. Il écrit en effet, en parlant de la charge de la preuve que *"Tout fait qui existe, est, parce qu'il existe, accompagné d'une présomption juridique, véritable ou simplement apparente. C'est à la partie, qui prétend écarter la présomption, qui accompagne le fait, à en fournir la preuve. Ainsi, tout inculpé étant présumé innocent jusqu'au jugement, c'est à celui qui prétend renverser cette présomption, qu'il incombe d'établir la culpabilité"*, ROUX (J.-A.), *Cours de droit criminel*, Paris, 1927, p. 275-276.

<sup>1243</sup> Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p. 353.

qui transparaît ici, c'est l'idée que l'accusé ne peut initialement être mauvais. Il lui serait reconnu une présomption de bonté (<sup>1244</sup>) qui exprimerait un principe général de probité, et dont l'une des conséquences consisterait à le dispenser d'avoir à prouver son innocence.

Pour autant, l'analyse de Jacques André ROUX, qui expose le double mécanisme de la présomption d'innocence, s'inscrit dans une subjectivisation de ce principe. La démonstration aboutit à mettre en évidence, un principe actif régulant le seul rapport antagoniste, entre l'individu poursuivi et la société ou la partie civile qui accuse, alors qu'il participe en réalité de la seule procédure pénale, c'est-à-dire des critères techniques qui fixent la situation juridique de chacune des parties et dirigent le procès pénal.

Cette approche singulière de la présomption d'innocence se trouve exprimée, sous la plume de ce commentateur quelques lignes plus loin. Il précise que *"s'il est vrai, que l'on doit faire bénéficier le prévenu des deux normes, qui viennent d'être rappelées, on conçoit cependant à leur application une réserve. Il ne faut pas que l'inculpé se soit déjà mis de lui même en dehors de la conduite des honnêtes gens et qu'il n'ait pas par des actes qui le rendent suspect de fraude mis lui-même le ministère public dans l'impossibilité de faire les preuves dont la loi l'a chargé"* (<sup>1245</sup>). La présomption d'innocence ne s'appliquerait qu'à un accusé comparaissant pour la première fois devant la justice, ou qui n'aurait pas cherché à dissimuler ou à faire disparaître les éléments matériels constitutifs de la réalité de l'infraction qu'on lui impute.

Pour l'auteur de cette note, le principe ne peut recevoir application car les accusés auraient cette obligation de justifier de leur innocence (<sup>1246</sup>). Le

---

<sup>1244</sup> Sur cette explication du principe nous renvoyons à la thèse d'Henri HENRION, *la nature juridique de la présomption d'innocence* et plus précisément au Chapitre I et II du Titre I intitulé *Explication de la nature juridique de la présomption d'innocence*.

<sup>1245</sup> Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p.353.

<sup>1246</sup> Jacques André ROUX estime ainsi qu'*"en pareil cas, il est juste que la situation soit retournée ; et qu'en présence de son dol, qui a ôté au ministère public le moyen d'établir sa culpabilité, on lui demande de justifier de son innocence"*, Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930,

Conseiller à la Cour de Cassation inscrit son propos sur le principe de la présomption d'innocence dans celle des représentants de *l'Ecole positiviste italienne* qui estimait que les délinquants multirécidivistes ne pouvaient bénéficier de l'application de ce principe (<sup>1247</sup>). Il faut ici considérer qu'à partir de cet arrêt, ou plus précisément du commentaire qui en est fait, se trouve induit une hiérarchisation dans les mécanismes qui expliquent la présomption d'innocence. La charge de la preuve constitue un mécanisme d'importance parce qu'il est intimement lié à l'accusé qui s'en trouve bénéficiaire. C'est parce qu'elle le libère de toute initiative dans la démonstration de son innocence que ce mécanisme procédural s'inscrit dans une subjectivisation du principe.

On va retrouver, dans une autre décision, cette corrélation toute particulière entre la protection des droits dont bénéficient l'accusé et ce droit à la présomption d'innocence, dans un arrêt dont la motivation demeure étonnante. La Cour d'Appel de Bourges, le 9 mars 1950, condamnait un commissaire de police prévenu de coups et blessures volontaires sur la personne d'un gardé à vue en considérant "*qu'il est inadmissible qu'un prévenu, qui doit être présumé innocent tant que sa culpabilité n'est pas établie, soit soumis par les policiers qui l'interrogent à des voies de fait destinées à la placer dans un état de déficience physique et morale et à lui arracher des aveux qui, par la suite, seront rétractés*"(<sup>1248</sup>). Une telle motivation renvoie ici à l'origine même du principe de la présomption

---

p.353, sur ce dernier point nous considérons cependant que cette rédaction restrictive inscrit le renversement de la charge de la preuve, non seulement par rapport à une attitude dolosive de l'accusé, mais aussi par rapport à sa personnalité.

<sup>1247</sup> La démarche s'inscrit dans une conception rigoureuse de l'application qui doit être faite de la loi pénale. Jacques André ROUX écrit dans sa préface du *Cours de droit criminel français*, qu'"on a peut être donné à la lutte entre les écoles philosophiques qui se sont succédés au cours du XIX<sup>e</sup> siècle une importance trop exclusive. [...] on ne peut pas tout expliquer par elle ; et il y a lieu de faire place à une autre idée, qui ne doit pas être négligée : la crise de l'autorité [...] il s'est affaibli entre les mains du législateur qui, craignant de paraître rigoureux, a multiplié les institutions de pardon, brisé la force de la loi sur pénale par l'abus des lois d'amnistie [...] Et son affaiblissement s'est continué entre les mains des magistrats qui ont hésité à utiliser la totalité des pouvoirs répressif qui leur étaient attribués", ROUX (Jacques André), *Cours de droit criminel français*, Paris, 1927, Tome I, préface, p. V-VI.

<sup>1248</sup> CA Bourges, 9 mars 1950, JCP, n° 5594.

d'innocence voté par les Révolutionnaires en ce qu'il s'agissait de constituer un rempart juridique face aux mesures prises et suivies par les autorités judiciaires dans le cadre des enquêtes initiées par les services de police.

Dans cette décision, dont la motivation se trouve essentiellement articulée autour des violences commises par un fonctionnaire de police, la présomption d'innocence n'est pas évoquée comme un mécanisme qui organise le procès pénal, mais comme une garantie individuelle offerte à celui qui fait l'objet de mesures plus que vexatoires exercées dans le cadre d'une enquête de police. Cette confusion entre le principe procédural de la présomption d'innocence et le droit d'être reconnu innocent se poursuit sous la plume d'une partie de la doctrine, ce qui alimente une confusion dans la réception effective de ce principe.

## Paragraphe 2 Une définition confuse

Le constat doit être posé que ce qui définit et différencie la preuve pénale de la preuve civile se situe dans cette nécessité qu'il importe de limiter, autant que faire se peut, toute privation de liberté. Cette thématique sera développée dans un ouvrage du doyen Jean CARBONNIER, intitulé *Instruction criminelle et liberté individuelle* (<sup>1249</sup>), et dont le thème se trouve axé sur la problématique de la *détention préventive* qu'il qualifie de "*point de rencontre entre la liberté individuelle et l'instruction criminelle*"(<sup>1250</sup>). L'auteur estime qu'il est indispensable d'adapter (<sup>1251</sup>) l'exercice de la liberté individuelle et les atteintes qu'elle peut subir au cours de l'instruction criminelle (<sup>1252</sup>). Selon

---

<sup>1249</sup> Publié en 1937, il fut pour partie diffusée dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* la même année.

<sup>1250</sup> CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 4.

<sup>1251</sup> Il écrit ainsi que "*la détention préventive est un mal, mais c'est un mal nécessaire*", CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 37.

<sup>1252</sup> "*On ne le conteste pas, mais on fait observer que l'agencement de la procédure peut influencer l'issue du procès pénal, et que cette issue, ce peut être la condamnation de l'inculpé à une peine privative de liberté. C'est contre la peine que la procédure pénale a pour mission de protéger la liberté individuelle, et l'on peut dire que toute disposition de cette procédure est, soit une menace,*

lui, la présomption d'innocence se trouve affaiblie et même remise en cause par les mesures coercitives appliquées durant l'instruction. Cette dénonciation des effets pervers de l'emprisonnement préventif (<sup>1253</sup>), prend sous la plume du doyen Jean CARBONNIER, des accents prémonitoires sur l'impossible conciliation entre le fait que la liberté demeure le principe et que la détention soit l'exception. Les contraintes judiciaires liées à la complexité des affaires criminelles ne font qu'accentuer le conflit entre deux statuts antinomiques.

On retrouve une approche identique dans un article d'un autre professeur de droit intitulé *le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*. Ce dernier, qui ne manque pas de rappeler l'existence d'une théorie juridique de la preuve fixée par le droit civil (<sup>1254</sup>), précise qu'elle revêt en droit pénal une acception plus spécifique où se trouve intégrée l'opposition entre l'intérêt poursuivi par la société et l'intérêt privé de l'accusé (<sup>1255</sup>). Comme il le souligne, "*En matière pénale le débat s'élève entre l'intérêt de la société à poursuivre et à châtier les délinquants et les criminels et d'autre part la*

---

*soit une garantie pour la liberté, suivant qu'elle risque de faire condamner un innocent ou qu'elle est, au contraire propre à empêcher l'erreur judiciaire*", CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 3

<sup>1253</sup> "La détention préventive représente un mal pour les coupables parce que, sans elle, beaucoup de ceux qui ont été déclarés coupables auraient pu légitimement être déclarés non coupables. Nous ne disons pas que la détention préventive crée l'erreur judiciaire. Mais c'est un fait que la culpabilité n'apparaît pas toujours clairement [...]. Mainte affaire pénale se présente en soi, en pure justice, comme indécise, et ce sont des impondérables qui emportent la décision, La détention préventive est de ces impondérables. [...]. Dans ces cas douteux, qu'il faut résoudre trop vite, le tribunal, qui aurait vraisemblablement relaxé un inculpé libre, prononcera contre un inculpé détenu une courte peine d'emprisonnement, telle que, par le jeu de l'imputation, elle n'ait pas à être exécutée, mais qui n'en constitue pas moins un malheur pour le condamné ", CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 41.

<sup>1254</sup> "Le Code civil a prévu les modes de preuve des divers faits et situations juridiques ; il en indique la valeur probante ; il en répartit le fardeau entre les parties au litige. Le Code de procédure civile édicte les règles suivant lesquelles ces preuves doivent être administrées en justice", PATARIN (Jean), *le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, 1956, p. 9

<sup>1255</sup> "En matière pénale, les intérêts engagés dans l'instance sont beaucoup plus considérables. La recherche de la vérité n'est plus simplement au service d'intérêts particuliers et restreints. Elle sert d'une part l'intérêt de la société tout entière à se défendre contre des agissements préjudiciables à l'ordre et à la paix publique et d'autre part la liberté et la dignité individuelles de l'auteur prétendu de ces agissements", PATARIN (Jean), *le particularisme de la théorie des preuves...*, op. cit. , p.10.



défense de la liberté individuelle "(<sup>1256</sup>). La question se pose de savoir, si la charge de la preuve ne doit pas être répartie autrement, et ce, compte tenu des intérêts en jeu, ou plus précisément en fonction du seul intérêt de l'accusé.

Henri DONNEDIEU de VABRES se situe également dans cette ligne de pensée puisqu'il considère, dans son *Traité de droit criminel et de législation comparée*, que la présomption d'innocence " est une garantie de la liberté individuelle"(<sup>1257</sup>). Dans cette affirmation, on retrouve la sonorité qui avait présidé à la rédaction de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme. Il s'agit de limiter la coercition dont dispose le pouvoir judiciaire pour attenter le moins possible à la liberté de celui qui se trouve mis en cause, et ce durant tout le temps de la procédure.

Le primat de la liberté l'emporte donc sur la règle procédurale. Ce qui importe, c'est d'assurer la protection de l'accusé, ce qu'exprime sans ambiguïté, Jean PATARIN qui écrit que " la protection de la liberté individuelle commande de considérer comme innocent l'inculpé, le prévenu ou l'accusé soupçonné d'être l'auteur de l'infraction donnant lieu aux poursuites tant que sa culpabilité n'aura pas été établie et judiciairement reconnue"(<sup>1258</sup>), ou plus précisément, comme il l'indique quelques lignes après "il intervient en droit pénal une présomption d'innocence qui, d'un bout à l'autre de la procédure met les parties du point de vue de la preuve dans une situation particulière"(<sup>1259</sup>). Au regard de ce qui est précédemment précisé, il nous faut relever que la définition de la présomption d'innocence résiderait incontestablement dans une vision absolutiste de la liberté individuelle, qu'il faut impérativement préserver des atteintes que l'Etat peut

---

<sup>1256</sup> PATARIN (Jean), le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p.18.

<sup>1257</sup> DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation comparée*, p. 715.

<sup>1258</sup> PATARIN (Jean), le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p.13.

<sup>1259</sup> PATARIN (Jean), le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p.13.

mettre en place lorsque la norme sociale est transgressée, et non dans la reconnaissance d'un mécanisme procédural qui organise l'enquête, l'instruction puis le procès.

Cette position est confirmée quand l'auteur évoque "*le caractère original de la présomption d'innocence en droit pénal*". Il écrit, sur la répartition de la charge de la preuve, que "*si la société a intérêt à faire punir les coupables, elle ne saurait atteindre dans son honneur et sa liberté un innocent. La défense de cette liberté jusqu'à la preuve complète de cette culpabilité ne saurait subir de limitation, car l'intérêt défendu est un droit fondamental de la personne humaine*"<sup>(1260)</sup>. Se trouve ici exposée une conception individualisée de la présomption d'innocence et non le mécanisme procédural qui dirige la poursuite pénale et les conséquences judiciaires qui peuvent en découler.

C'est dans ce rapport de nécessaire équilibre, entre l'accusé et la toute puissance de la société, que s'inscrit la définition de ce principe. Le cheminement procédural et probatoire qui conduit jusqu'au procès pénal n'intègre aucunement la nécessité de dépasser le rapport antagoniste entre les parties au procès, c'est-à-dire celui qui consiste à rechercher ce point de convergence entre des intérêts opposés. Bien au-delà, on retrouve toute la perception révolutionnaire de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui entendait être le rempart des mesures arbitraires et attentatoires à la liberté. C'est donc la protection de cette liberté qui conditionne la gestion des rapports procéduraux entre la partie poursuivante et celui qui est poursuivi, et non la nécessité de l'encadrer dans une démarche logique qui organise, non sans rationalité, la recherche de la vérité judiciaire, et par là même la démonstration de la culpabilité.

Cette recherche permanente de placer les droits de l'accusé comme interdépendants de la présomption d'innocence se trouve précisée dans une décision de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 2 mars 1966 qui

---

<sup>1260</sup> Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 18.

énonce de manière lacunaire, que *"la preuve que les infractions ont été commises par un personne poursuivie, incombe au Ministère public"*<sup>(1261)</sup>, mais dans la note qui lui est consacrée. L'intérêt de cet arrêt pour son commentateur<sup>1262</sup> résidait dans *"les conséquences pratiques qu'il attache à l'affirmation d'un principe difficilement contestable"*<sup>(1263)</sup>. Pour ce dernier, le mécanisme qui impose au ministère public de supporter la charge de la preuve constitue de fait *"une adaptation du principe de technique processuelle actor incumbit probatio, la règle prend ici une valeur, au regard des droits individuels, spécifiques du régime des preuves en droit pénal"*<sup>(1264)</sup>. Si la conséquence de ce que recouvre la présomption d'innocence est à nouveau affichée de manière péremptoire, le commentateur n'en décline pas sa finalité dans une acception purement procédurale et qui régit les règles de l'enquête, de l'instruction et du procès pénal, mais plutôt comme un droit attaché à la personne de l'accusé.

Une telle perception de la présomption d'innocence demeure vivace dans la production littéraire contemporaine, bien qu'elle retienne également, certes partiellement, la déclinaison procédurale de ce principe. Ainsi, peut-on lire dans un article publié au *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* en 2003, que *"cette notion est en réalité ambivalente. D'une part, elle semble pouvoir être succinctement définie comme une règle attribuant le fardeau de la preuve pénale au ministère public [...]. D'autre part, une seconde acception de la présomption d'innocence doit être dégagée [...]. Il s'agit à vrai dire d'un droit subjectif extrapatrimonial, et non d'une véritable présomption"*<sup>(1265)</sup>. Manifestement, au regard de ce dernier article, il y a là un état des lieux de la présomption d'innocence qui consiste dans la

---

<sup>1261</sup> Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 25

<sup>1262</sup> Il n'y aucune indication sur l'identité de ce commentateur.

<sup>1263</sup> Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 25.

<sup>1264</sup> Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 25.

<sup>1265</sup> AMBROISE CASTEROT (Coralie), Présomption d'innocence, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2003, p. 1.

superposition d'un droit subjectif universalisé et d'une règle objective permanente qui s'impose au juge sans restriction, mais qui demeure partielle puisque le bénéfice du doute n'est pas réellement rappelé (<sup>1266</sup>).

Ce qui transparaît à l'examen de cette littérature juridique mais aussi au travers de ces quelques décisions de jurisprudence, certes minimes, c'est la prévalence d'une subjectivisation de ce principe. L'accent est mis sur la prépondérance d'une protection de l'accusé et non sur la régulation des rapports antagonistes entre les parties au procès pénal. Plus précisément la démonstration de la vérité judiciaire doit s'inscrire dans la protection de celui qui est poursuivi. Une ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat rendue le 14 février 2005 confirme cet état de confusion sur le principe fixé par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. En énonçant que "*la présomption d'innocence, qui concourt à la liberté de la défense, constitue une liberté fondamentale*"(<sup>1267</sup>), la juridiction administrative fragilise toute la construction procédurale qui s'était élaborée depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle mais surtout maintient le trouble sur l'exacte définition de ce principe.

---

<sup>1266</sup> Il faut ici noter que dans l'index alphabétique l'article ne consacre aucun renvoi à l'expression bénéfice du doute ou à l'expression *in dubio pro reo*.

<sup>1267</sup> C.E. (Ord.ref.), 14 mars 2005, Gaz. Pal., 9-11 octobre 2005, p.25.

## Chapitre 2. Un principe procédural reconnu mais fragile

Les premières années du XX<sup>ème</sup> siècle consacrent donc le principe de la présomption d'innocence dans sa véritable dimension procédurale. Elle consiste à diriger la marche du procès pénal où l'accusé, sujet passif, doit bénéficier des incertitudes du dossier pénal. Les auteurs qui en exposent l'articulation, montrent que la seule finalité consiste dans la recherche de la vérité judiciaire. Une telle conception trouve son explication dans un repositionnement procédural de l'accusé dans le procès pénal, ou plus précisément de la réappropriation par ce dernier de droits qu'il ne pouvait guère exercer. L'autonomisation du droit pénal par rapport au seul droit civil, le triomphe des écoles scientifiques mais aussi l'ouverture des cabinets d'instruction aux avocats constituent, en cette période charnière de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, le ferment d'un droit à l'innocence.

Pour autant, et bien que l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen demeure la source originelle de la présomption d'innocence, il faut reconnaître que son application mettait en évidence un décalage entre la réalité judiciaire et la pure rigueur doctrinale. En effet, le procès pénal, et a fortiori la procédure qui lui est consubstantielle, parce qu'il se trouve être, comme le précise Denis SALAS, *"le lieu d'une réaction, juridiquement organisées par des instances qualifiées par le pouvoir, à l'émotion collective suscitée par la transgression"*<sup>(1268)</sup> va moduler l'application de la présomption d'innocence en fonction de données sociétales contingentes. Plus précisément, la réception de ce principe montre des appréciations divergentes. Par ailleurs, et bien qu'elle revête une valeur constitutionnelle<sup>(1269)</sup>, le fait que la présomption d'innocence ne fut pas inscrite, jusqu'à la loi récente du 15

---

<sup>1268</sup> SALAS (Denis), *Du procès pénal*, p.20.

<sup>1269</sup> C'est une décision du Conseil Constitutionnel des 19-20 janvier 1980 (JCP 1981, II, 19701, Dalloz 1981, 101) qui, bien que rendu sans visa de l'article 9 de la Déclaration, consacre le droit au respect de la présomption d'innocence. D'autres décisions, notamment celles des 8 juillet 1989 (JCP 1990, II, 21409) et 2 février 1995 (Dalloz 1995, Chron. 171), rendues cette fois-ci au visa de l'article 9, confirmeront l'arrêt de principe.

juin 2000, dans le Code de procédure pénale, ne pouvait lui donner une réelle effectivité, et ce d'autant plus que l'instruction inquisitoire continuait à paraître, aux yeux d'un public profane comme le lieu de négation de ce principe.

Enfin, les atteintes que les médias pouvaient porter à ce qui apparaissait comme une conquête de la Révolution furent à l'origine d'une volonté de renforcer cette fiction juridique en l'inscrivant de façon définitive dans la loi (Section 1). Cette consécration législative ne pouvait faire oublier que la présomption d'innocence n'avait nullement de caractère absolu et qu'elle pouvait tomber devant la preuve contraire. Celui qui bénéficie d'une dispense pour rapporter la preuve de son innocence peut se voir obliger de démontrer son absence de participation aux faits qui lui sont reprochés. Une telle situation, ajoutée aux mesures coercitives prises à l'encontre de l'accusé montre malheureusement la faiblesse du principe de la présomption d'innocence (Section 2).

Section 1 Une consécration récente.

Section 2 La présomption d'innocence : un colosse au pied d'argile

## Section 1 Une consécration récente

Indépendamment d'une reconnaissance doctrinale ou jurisprudentielle, la présomption d'innocence continuait à souffrir d'une absence d'inscription dans le Code de procédure pénale. Avec la loi du 4 janvier 1993, le législateur intervenait maladroitement sur ce point oubliant que ce principe gouvernait le procès pénal et ne constituait nullement un droit subjectif (Paragraphe 1). Il faudra la loi du 15 juin 2000 pour que la présomption d'innocence prenne enfin sa place dans le panthéon des principes cardinaux de la procédure pénale (Paragraphe 2)

### Paragraphe 1 Une erreur d'orientation : La loi du 4 janvier 1993

Le 26 Février 1992, le Garde des Sceaux Michel SAPIN enregistrait à la présidence de l'assemblée nationale un projet de loi portant réforme de la procédure pénale. Dans l'exposé des motifs précédant le texte soumis aux députés, il était indiqué en préambule, que *"depuis l'Ordonnance criminelle de 1670, elle-même issue de la déclaration de François 1<sup>er</sup> utilisant les lieutenants criminels, les textes régissant la phase préparatoire du jugement pénal ont évolué en tenant compte de deux impératifs partiellement contradictoires : garantir une meilleur protection du droit des personnes et assurer une efficacité accrue dans la recherche des auteurs de crimes et délits"* (<sup>1270</sup>). Ce préambule rappelait que l'histoire de la procédure criminelle s'était inscrite dans un mouvement parallèle, mais antinomique, de protection des droits de l'accusé et la prise en comptes des intérêts collectifs, c'est-à-dire ceux de la société. Or, il en était résulté un certain déséquilibre au seul bénéfice de la partie poursuivante. Cette situation perceptible durant l'instruction, avait paralysé l'émergence des droits de la défense (<sup>1271</sup>) et altéré

---

<sup>1270</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, Exposé des Motifs, p. 2.*

<sup>1271</sup> L'orateur ne manquait pas de préciser que grâce à la loi CONSTANS fut *"mis définitivement fin à la terrible solitude de l'inculpé face au juge d'instruction qui s'était perpétué depuis l'Ordonnance criminelle de 1670"*, RANOUIL (Pierre Charles), Ernest Constans, ami de

le droit à la liberté. Selon le ministre, "*le code de procédure pénale ne joue pas suffisamment son rôle de code de protection des libertés*" (<sup>1272</sup>), précisant même que "*le mot inculpé, du fait de son origine latine (culpa, la faute) et la procédure d'inculpation sont en contradiction avec la présomption d'innocence qui doit bénéficier à toute personne avant qu'elle ait été déclarée coupable*" (<sup>1273</sup>). Ainsi, le cadre juridique tel que posé par le Code de procédure pénal, constituait-il un obstacle aux droits dont pouvait disposer l'accusé.

En cherchant à renforcer certaines garanties procédurales, et ce dès le début de l'enquête (<sup>1274</sup>), le projet de loi souhaitait gommer les insuffisances et les lacunes d'une procédure pénale imprégnée des principes fixés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et qui consistait dans "*l'égalité, la garantie de la liberté individuelle, la présomption d'innocence et les droits de la défense*"(<sup>1275</sup>). Présentant, pour chacun de ces principes, les orientations posées par le texte, et qui permettrait d'en assurer une meilleure application, il était indiqué, s'agissant de la seule présomption d'innocence, que la procédure actuelle n'avait eu d'autre conséquence que d'en paralyser les effets, ce qui avait amené le projet "*à supprimer l'inculpation pour la remplacer par une procédure plus respectueuse de ce droit essentiel de la personne*"(<sup>1276</sup>). Au delà de la suppression du terme qui se trouvait chargé d'une symbolique de culpabilité par anticipation, il s'agissait de transformer

---

l'inculpé, *Figures de justice, Etudes en l'honneur de Jean Pierre Royer, Mise en scène par Annie Deperchin, Nicolas Derasse, Bruno Dubois*, Centre d'histoire judiciaire de Lille, 2004, p. 360.

<sup>1272</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p. 2.*

<sup>1273</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p. 3.*

<sup>1274</sup> La modification des conditions de placement de contrôle de la garde à vue, la modification des règles de l'instruction par l'instauration d'un collège de juges et d'une chambre de la détention.

<sup>1275</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p. 3.*

<sup>1276</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p.4.*



les rapports entre le juge et la personne poursuivie, de telle sorte que cette dernière puisse effectivement bénéficier d'un regard juridique neutralisé.

Pour le Garde des Sceaux, il s'agissait de *"préserver la présomption d'innocence. Il y a là aussi une avancée considérable pour la patrie des droits de l'homme et de libertés fondamentales, qui permettra de préserver mieux qu'aujourd'hui l'innocent dans ces droits"*<sup>(1277)</sup>. Outre l'aveu implicite d'un décalage entre un principe affirmé historiquement et son application procédurale, le ministre précisait que l'atteinte faite à la présomption d'innocence trouvait son explication dans ceux des mécanismes procéduraux qui encadrent la poursuite des infractions <sup>(1278)</sup>. Par ailleurs, se trouvait de nouveau mise en exergue une autre problématique liée aux conséquences induites par la publicité entourant la décision d'inculper.

Ce dernier indiquait par ailleurs que le Titre III du projet relatif *"à l'inculpation et au renforcement des droits des parties au cours de l'information* entendait *"rendre au principe de la présomption d'innocence sa pleine portée et à assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs du ministère public et les droits des parties à la procédure"*<sup>(1279)</sup> Pour ce dernier, *"prononcée avec solennité, et parfois, avec une certaine publicité l'inculpation attente au principe de la présomption d'innocence"*<sup>(1280)</sup>. Il soulignait que cette phase préalable recélait une atteinte à la présomption d'innocence.

---

<sup>1277</sup> JO, Assemblée Nationale, n°63, séance du 6 octobre 1992, p.3367.

<sup>1278</sup> Comme le rappelait l'exposé des motifs sur le projet de loi, *"le droit actuel impose trop souvent au juge d'instruction d'inculper prématurément au regard des charges existantes. Prononcée avec solennité, et parfois avec une certaine publicité, l'inculpation attente au principe de la présomption d'innocence"*, *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, Exposé des motifs, p. 5.*

<sup>1279</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p. 5.*

<sup>1280</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p. 5.*

Non pas, simple problème de sémantique lié à l'usage d'un mot lourd de sens, mais véritable espace procédural qui anéantissait les règles premières du principe selon le rapporteur de ce projet de loi (<sup>1281</sup>). Pour ces intervenants, protéger la présomption d'innocence procédait d'une véritable priorité législative, d'autant plus qu'elle concernait la personne même de l'accusé, et non le mécanisme procédural dans son ensemble. La loi ainsi proposée n'avait d'autre but que de renforcer, au même titre que les autres droits de la défense, un droit lié à la personne même de l'accusé. Il s'agissait de réduire toute la charge négative initiée par l'ouverture de poursuites pénales.

Toute cette réflexion se fondait en substance sur la conviction, qu'historiquement, les mécanismes encadrant l'instruction dépendaient du seul juge d'instruction. Pour le rapporteur, *"le code napoléonien d'instruction criminelle a pris la suite des règles de l'ancien régime, sans tenir compte de la proclamation des droits de l'homme par la révolution et notre procédure actuelle, de par ses fondations et malgré toutes les garanties qui ont été, au cours des années, accordées à la défense relève toujours d'une conception inquisitoriale"*(<sup>1282</sup>). Cette procédure marquée profondément par le secret et l'isolement de l'accusé, n'avait aucunement intégré toute la dimension procédurale que l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen induisait.

---

<sup>1281</sup> "La déclaration de culpabilité, qui ne peut être prononcée que par un tribunal, est précédée, dans la procédure actuellement en vigueur, par une inculpation décidée par un juge d'instruction. Cet inculpé bénéficie t-il réellement de la présomption d'innocence de l'article 9 de la déclaration. Il ne le peut ni en fait ni en droit", Rapport fait au nom de la commission des lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2585) portant réforme de la procédure pénale par Monsieur Michel PEZET, député, Tome 1, Exposé général examen des articles, Document Assemblée Nationale n° 2932, p. 14, le même rapporteur va plus loin en précisant que " l'inculpation vaut déclaration de culpabilité indistinctement pour les innocents [...] et les coupables, et que la présomption d'innocence dont l'inculpé est censé bénéficier n'est qu'un leurre", Rapport fait au nom de la commission des lois Constitutionnelles..., op. cit. , p.15.

<sup>1282</sup> Rapport fait au nom de la commission des lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2585) portant réforme de la procédure pénale par Monsieur Michel PEZET, député, Tome 1, Exposé général examen des articles, Document Assemblée Nationale n° 2932, p.14,

Pour éviter de maintenir l'emprise du juge d'instruction, et par voie de conséquence, de donner réellement à ce principe une tonicité ignorée, le projet de loi décidait dans un titre III, intitulé "*De la mise en examen, de la mise en cause et des droits des parties*", de transformer le mécanisme qui modifiait le statut de celui qui se voyait reprocher la commission d'une infraction. En substituant à l'inculpation un mécanisme procédural qui organise progressivement l'instruction puis la notification des charges, le projet de loi n'avait, sur ce point précis, d'autres ambitions que de "*rendre au principe de la présomption d'innocence sa pleine portée*" (<sup>1283</sup>). Une première phase procédurale de mise en examen, suite à un réquisitoire pris par le parquet, permettait au juge d'instruction d'engager des poursuites lorsqu'il existait à l'encontre d'une personne des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont il était saisi.

Au terme d'une seconde étape, le juge d'instruction précisait la nature des faits poursuivis. Le texte définissait le rôle du juge puisqu'il était indiqué qu'"à l'encontre de la personne mise en examen des charges constitutives d'infraction, il lui donne connaissance de chacun des faits qualifiés pénalement qui lui sont imputés" (<sup>1284</sup>). La finalité de cette nouvelle rédaction se justifiait par l'idée que l'image négative, trop longtemps attachée à la seule terminologie de l'inculpation, affaiblissait nécessairement le principe de la présomption d'innocence. Pour que son application soit véritable, il était indispensable de séparer la procédure d'inculpation, acte unique, en deux actes procéduraux différenciés. Toutefois, le gouvernement déposait avant la discussion à l'assemblée nationale plusieurs séries d'amendements (<sup>1285</sup>) "*nés*

---

<sup>1283</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, p. 5.*

<sup>1284</sup> *Projet de loi portant réforme de la procédure pénale enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 26 Février 1992. Document n° 2585, Titre III, De la mise en examen, de la mise en cause, et des droits des parties au cours de l'instruction, Art. 15 p. 16.*

<sup>1285</sup> Les amendements 1 à 10 prévoyaient de renforcer le droit des mineurs concernés par les affaires pénales et notamment en matière de garde à vue ou de détention provisoire. Les amendements 23 à 41 instauraient une procédure accusatoire devant les juridictions correctionnelles. Les amendements 11 à 22 concernaient les conditions dans lesquelles la presse se trouvait amenée à publier des informations ayant trait aux procédures judiciaires.

*de la conviction que l'atteinte à la présomption d'innocence résulte non seulement du Code de Procédure Pénale mais aussi et sans doute de la violation considérée aujourd'hui comme naturelle du secret de l'instruction"*(<sup>1286</sup>). Un chapitre III bis, intitulé "*Du respect de la présomption d'innocence et des garanties de l'information*" complétait alors le dispositif législatif en incluant au Chapitre I du Titre I du Code civil, relatif à la jouissance des droits civils, un article 9.1 dont la rédaction énonçait que "*chacun est tenu de respecter la présomption d'innocence*"(<sup>1287</sup>). Le gouvernement entendait à ce que ce principe demeure effectif, indépendamment de l'existence d'un droit à l'information lui aussi reconnu.

En voulant solennellement inscrire, dans un texte de loi, un principe constitutionnel que l'on avait par trop oublié, le gouvernement faisait implicitement le constat de son inapplication. Il commettait cependant une erreur en l'inscrivant dans le Code civil. On substituait alors, à un principe de procédure pénale initialement tiré de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, un droit subjectif extrapatrimonial, ou plus précisément "*un droit subjectif au respect de la présomption d'innocence*"(<sup>1288</sup>). Cet amendement ne faisait que renforcer la fragilité d'un principe procédural qui organisait le procès pénal.

La rédaction adoptée sonnait comme le rappel à une obligation qui s'imposait à tous, mais dont on ne définissait aucunement le champ d'application, et encore moins ce qu'elle recouvrait précisément. Indépendamment de la volonté de ce texte qui entendait faire de la présomption d'innocence un cadre

---

<sup>1286</sup> *Rapport fait au nom de la commission des lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2585) portant réforme de la procédure pénale par Monsieur Michel PEZET, député, Tome 1, Exposé général examen des articles, Document Assemblée Nationale n° 2932, p.26.*

<sup>1287</sup> *Rapport fait au nom de la commission des lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2585) portant réforme de la procédure pénale par Monsieur Michel PEZET, député, Tome 1, Exposé général examen des articles, Document Assemblée Nationale n° 2932, Titre III bis (nouveau), p.146.*

<sup>1288</sup> HENRION (Hervé), *La nature juridique de la présomption d'innocence*, Thèse droit, Montpellier, 2004, p. 356.

organisant les rapports antagonistes entre le juge et l'accusé durant l'instruction, puis au cours du procès pénal, il faut cependant constater que cette position se trouvait en retrait par rapport aux conclusions de la Commission "*Justice pénale et droits de l'homme*" présidée par Mireille DEMAS MARTY, et qui souhaitait que fussent inscrits, en préliminaire aux articles du Code de Procédure Pénale, dix principes fondamentaux (<sup>1289</sup>), dont celui de la présomption d'innocence (<sup>1290</sup>). Bien qu'elle réaffirme la valeur de ce principe, la Commission des lois ne retenait aucun de ces deux amendements, indépendamment du souhait de deux de ses membres (<sup>1291</sup>).

C'est dans ces conditions que se présentait le texte soumis à la discussion des députés. La philosophie dégagée par ce projet de loi, et qui entend consacrer sur le plan législatif la présomption d'innocence, montre néanmoins une distorsion entre la perception du principe et sa véritable définition. Entre son inscription dans une déclaration solennelle qui se voudrait pérenne, et la réalité judiciaire, le constat est ici fait que celui-ci demeurerait sans véritable existence. Comme le reconnaît le Garde des sceaux, "*le deuxième volet de ce projet tend à préserver la présomption d'innocence. Il y a là une avancée considérable pour la patrie des droits de l'homme et de libertés fondamentales qui permettra de préserver mieux qu'aujourd'hui l'innocent*

---

<sup>1289</sup> Il s'agit de l'égalité, la garantie judiciaire, la proportionnalité, la présomption d'innocence, les droits de la défense, l'égalité entre les justiciables, la dignité de la personne humaine, l'égalité des armes, la célérité de la procédure, l'accès de la victime à la justice pénale.

<sup>1290</sup> La commission en proposait la définition suivante "*Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie selon les voies légales et constatées par un juge*", DEMAS MARTY (Mireille), *La mise en état des affaires pénales : rapports de la commission Justice pénale et droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 87.

<sup>1291</sup> Le rapporteur de la Commission des lois, Michel PEZET souhaitait, notamment, voir insérer avant l'article I du Code de Procédure Pénale un chapitre premier intitulé "*des principes directeurs de la procédure pénale*". L'article 1.6, précisant que "*toute personne mise en cause dans une procédure pénale est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle ait été déclarée coupable par une juridiction de jugement*". L'amendement de Monsieur Gérard GOUZES indiquait quant à lui que "*toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie selon les voies légales et constatée par un juge*", Document 2932, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale*, Tome II, Tableau comparatif-Amendements soumis à la Commission et non adoptés-Annexe, p. 123-124.

dans ses droits"<sup>(1292)</sup>. Il énonce que *"la suppression de l'inculpation et son remplacement par une procédure plus respectueuse de la présomption d'innocence"*<sup>(1293)</sup> sera, sans conteste possible, le moyen de réactiver ce principe et de lui rendre une pleine effectivité.

Cette mesure ne peut se suffire à elle même car *"souvent évoquée, plus souvent encore méconnue la présomption d'innocence restait à inscrire dans nos lois"*<sup>(1294)</sup>. Il apparaissait indispensable de le protéger des agressions journalistiques puisque l'atteinte provient également de *"la publicité donnée aux décisions d'inculpation"*<sup>(1295)</sup>. Avec l'adoption de l'amendement exposé par le gouvernement *"ce droit fondamental prendra sa place parmi les dispositions liminaires de notre Code civil"*<sup>(1296)</sup>. Manifestement, le Garde des Sceaux commet une double erreur <sup>(1297)</sup> en considérant, d'abord, que les atteintes portées à la présomption d'innocence proviennent de la phase d'inculpation, mais aussi de la connaissance que le public peut en avoir. Il ramène ce principe à un droit subjectif inhérent à la personne, et non à une règle procédurale objective qui préside à la conduite du procès pénal.

Cette perception erronée de la présomption d'innocence se trouve illustrée, lors du débat qui s'engage sur la nécessité d'inclure, en titre préliminaire au Code de procédure pénale, les principes qui encadrent et organisent la

---

<sup>1292</sup> J.O. du 6 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p. 3367

<sup>1293</sup> J.O. du 6 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p.3367.

<sup>1294</sup> J.O. du 6 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p.3369.

<sup>1295</sup> J.O. du 6 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p.3369.

<sup>1296</sup> J.O. du 6 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p.3369.

<sup>1297</sup> Il n'est pas le seul. Durant les premiers jours des débats à l'Assemblée, Jacques TOUBON allait marquer son opposition au texte en précisant notamment *"qu'il ne faut pas examiner ce projet de loi dans l'état où il est présenté car il ferait courir des risques certains aux libertés individuelles comme aux exigences de notre sécurité : risque pour la présomption d'innocence, risque pour la sécurité et l'efficacité de l'instruction, risque pour légalité des justiciables..."*, J.O. du 6 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale p. 3374.

procédure, dont celui de la présomption d'innocence (<sup>1298</sup>). Le Président de la Commission des lois indiquait, s'agissant de ce principe, que "*la présomption d'innocence est une garantie fondamentale des droits de la défense, qui doit avoir toute sa place au cours de la phase préliminaire d'une affaire pénale*"(<sup>1299</sup>). Il rajoutait, quelques instants après, que "*la présomption d'innocence est le seul moyen d'organiser la défense des libertés fondamentales de l'individu pendant la phase préliminaire*"(<sup>1300</sup>). Manifestement, la définition donnée à ce principe participe du seul droit subjectif. Cela s'explique par le fait que la discussion porta sur le rapport entre la liberté d'information et la présomption d'innocence. Comment réguler la tension entre ces deux grands principes, si ce n'est qu'en renforçant les droits de la personne mise en cause dans une procédure judiciaire.

Apparaît ici une réelle distorsion, entre la nature véritable d'un principe qui organise la marche du procès pénal et encadre la démonstration de la vérité judiciaire, et la perception que le législateur pouvait en avoir. En discutant de l'amendement déposé initialement par le gouvernement, puis en votant après une modification substantielle (<sup>1301</sup>) le futur article 9-1 du Code civil, le législateur entérine cette confusion dans la réalité juridique que recouvre la présomption d'innocence. Or, il ne s'agit nullement d'un droit subjectif dont bénéficie tout accusé, mais d'un principe intangible sur lequel s'articulent deux mécanismes qui conditionnent l'enquête, encadrent l'instruction, et organisent enfin le procès pénal. Il faudra cependant attendre la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, pour que la charge de la preuve et le bénéfice du doute

---

<sup>1298</sup> Présenté sous la forme d'un amendement par Michel PEZET, rapporteur de la Commission des lois, ces principes ne devaient cependant pas être intégrés au projet de loi en discussion.

<sup>1299</sup> J.O. du 7 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p. 3430.

<sup>1300</sup> J.O. du 7 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, p. 3430.

<sup>1301</sup> Initialement l'article était rédigé comme suit : "*Chacun est tenu de respecter la présomption d'innocence*". A la suite d'un amendement déposé par le député Pascal CLEMENT, l'Assemblée adoptait l'article suivant "*Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence*", cf sur ce point, J.O. du 7 octobre 1992, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale p. 3515-3516.

trouvent une consécration législative que les Révolutionnaires avaient incidemment inscrits à l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

## **Paragraphe 2. La loi du 15 juin 2000 : La consécration législative d'un principe pourtant reconnu**

Adoptée définitivement le 15 juin 2000, puis publiée au Journal officiel du 16 juin, "*ce monument de législature appelée de ses vœux par toute l'opinion publique*"<sup>(1302)</sup> inscrivait, dans le Code de procédure pénale, un article préliminaire qui consacrait les principes directeurs du procès pénal. Il répondait enfin aux vœux de la Commission *Justice pénale et droits de l'homme*, qui avait souhaité insérer, en tête de ce même code, un ensemble de principes fondamentaux, dont celui de la présomption d'innocence. Constituant un substrat sur lequel prend attache toute la mécanique procédurale ultérieurement développée, cet article fixe de manière visible, mais irréversible, une limitation du droit de punir dont dispose l'Etat. Il va également "*rendre visible aux justiciables et aux professionnels du droit les lignes forces de la procédure pénale dont les règles techniques ne sont que le reflet plus ou moins intelligible*"<sup>(1303)</sup>. Ce texte peut être défini comme un champ lexical qui rend légitime le droit de contrainte du juge tout en l'encadrant dans son pouvoir d'intervention. Il met surtout en évidence les valeurs prédominant dans la conduite du procès pénal et qui participent de sa structuration <sup>(1304)</sup>.

---

<sup>1302</sup> Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence, *Petites affiches*, 29 juin 2000, n°129, p.3.

<sup>1303</sup> HENRION (Hervé), L'article préliminaire du Code de Procédure Pénale : Vers une théorie législative du procès pénal, *Archives de politique criminelle*, 2001, p.13.

<sup>1304</sup> Comme le définit Hervé HENRION, "*les principes directeurs déterminent le modèle ou le patron, sur lequel se dessine la mise en scène que constitue le procès*", L'article préliminaire du Code de Procédure Pénale: Vers une théorie législative du procès pénal, *Archives de politique criminelle*, p.13.



Pour autant, le principe de la présomption d'innocence ne trouve pas une pleine reconnaissance, bien que l'exposé des motifs du projet de loi précise qu'il "*constitue un principe cardinal de la procédure pénale dans un état de droit*"<sup>(1305)</sup>. Fut ainsi adopté, un paragraphe III qui précisait que "*toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi*"<sup>(1306)</sup>. Cette formulation qui renvoie au primat de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, n'en recèle pas moins une différence par rapport au champ d'application initialement voulu par le texte. La règle posée vaut ici à tout moment, et en toutes circonstances, que l'action publique ait été ou non déclenchée.

La charge de la preuve incombe aux services d'enquête avant qu'il ne transmette le dossier au Parquet, le suspect se contentant d'un rôle passif où il n'aurait qu'à rejeter les éléments qui le mettent en cause. Ceci laisserait à penser qu'il s'agit d'un principe procédural. Néanmoins, l'écriture laisse perplexe puisqu'il est renvoyé à une présomption d'innocence comme relevant du statut même de la personne et du principe fondamental. La question se pose de savoir si le texte, indépendamment de la volonté affichée de promouvoir "*un avant dire droit législatif*"<sup>(1307)</sup>, ne confirme pas cette confusion entre ce qui commande le procès pénal, et ce qui relève des seuls droits de l'accusé.

Le titre même de la loi qui entend *renforcer la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* participe de cette confusion, entre

---

<sup>1305</sup> Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes n° 1079, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 1998, p.1.

<sup>1306</sup> Le projet initial du gouvernement procédait d'une rédaction un peu différente. L'article II précisait que "*toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie, dans le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire*".

<sup>1307</sup> Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence, *Petites affiches*, 29 juin 2000, n°129, p.3.

l'organisation structurelle du procès pénal et la situation procédurale de l'accusé. Il convient de préciser que l'article préliminaire indique, avant d'énoncer les principes directeurs du procès pénal, que "*la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties*". La ligne force qui se dégage de ce préambule consiste dans la nécessaire mesure du pouvoir de coercition dont dispose l'état dans la poursuite des infractions, c'est-à-dire dans un nécessaire rééquilibrage du rapport inégalitaire entre l'Etat et l'accusé. Les limites que s'impose le pouvoir judiciaire dans son champ d'intervention, sont le reflet d'une prise en considération des droits de l'accusé dans son rapport antagoniste avec celui qui accuse, ou plus précisément de l'application des droits de l'homme.

Il s'agissait donc de schématiser toute l'infrastructure du procès pénal, en posant préalablement comme axiome la défense accrue de ces droits. Par voie de conséquence, ce qui se dégage de cette rédaction marque la prépondérance, ou plus exactement, la priorité procédurale que l'on va accorder à l'accusé comme le souligne Christine LAZERGES, rapporteur de projet de loi à l'Assemblée nationale, quand elle précise que, "*la loi du 15 juin 2000 n'est pas une énième tentative d'ajustement de la procédure pénale aux problèmes du moment, mais elle est un grand texte de protection des libertés, même si la lucidité oblige à voir qu'il peut être remis en cause au gré d'un changement de majorité*"<sup>(1308)</sup>. Le droit à la présomption d'innocence constitue le principe, l'organisation du procès pénal n'en est que la conséquence. Il y a donc une subjectivisation de ce principe en ce sens qu'il confère un droit d'agir en justice en cas d'atteinte à ce principe <sup>(1309)</sup>. En consacrant la présomption U'innocence dans le Code de procédure pénale, le législateur renvoie à une

---

<sup>1308</sup> LAZERGES (Christine), Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2001, p.7.

<sup>1309</sup> Hervé HENRION considère ainsi que "*la lettre du paragraphe III de l'article préliminaire adopte, contrairement aux paragraphes I et II, une perspective nettement subjective, parce qu'il vise la personne et non plus la procédure ou l'autorité judiciaire ; il s'agit à présent, d'envisager les droits de l'individu poursuivi ou suspect dans la cadre du procès pénal*", L'article préliminaire du Code de Procédure Pénale : Vers une théorie législative du procès pénal, *Archives de politique criminelle*, 2001, p.34.

finalité individuelle du principe, même si le début de la phrase évoque, quant à lui, une finalité collective.

Une explication peut trouver son origine dans la rédaction faite de la deuxième partie de l'alinéa 1 du paragraphe III de l'article préliminaire, et qui évoque, en parlant de l'accusé, des *atteintes à sa présomption d'innocence* renvoyant expressément à l'article 9-1 du Code civil. La loi du 15 juin 2000 confirmait le droit pour le suspect, et même pour l'accusé de saisir la justice pour sanctionner les atteintes portées à la présomption d'innocence. En réalité, en légiférant de la sorte, les députés considéraient que l'innocence devait être toujours présumée parce qu'il existait un droit à une innocence provisoire. Le principe de portée générale qui s'applique dans un processus répressif procédural s'effaçait devant l'existence d'un droit subjectif. Sa force ne pouvait qu'en être affectée.

## **Section 2. La présomption d'innocence : Un colosse au pied d'argile**

La présomption d'innocence ainsi fixée dans les tables de la loi ne conduit pas à la stabilisation d'une réflexion qui, parce qu'elle demeure en recherche sur le sens véritable qu'il convient de lui donner, en trouble la perception originelle (Paragraphe 1). Toutefois, il faut également souligner que des situations pratiques continuent d'affaiblir ce principe (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Une doctrine en recherche d'une définition : Un principe fragilisé.**

En insérant, dans un article préliminaire, les principes directeurs du procès pénal, et ce, préalablement aux règles procédurales qui organisent précisément les conditions dans lesquels s'inscrit le rapport antagoniste entre la partie poursuivante et l'accusé, le législateur intégrait pas toute la dimension philosophico-politique structurant la démonstration de la culpabilité à savoir de l'enquête préliminaire jusqu'à la décision de

condamnation (<sup>1310</sup>). Il s'agissait, non de consacrer la réalité d'un principe qui se déclinait suivant des normes supra législatives ou supranationales, mais de constater la réappropriation dans le champ procédural du procès pénal, de valeurs intangibles. La présomption d'innocence s'affirme comme une mise à niveau entre les intérêts contradictoires de l'accusé, et ceux de la société ou de la partie civile qui l'accusent (<sup>1311</sup>).

Cette règle ne servira de référence matricielle au juge que si elle est absolue et incontournable, c'est-à-dire que si la perception élaborée sur un plan doctrinal s'appréhende de manière constante et unanime. Sur ce point, il faut ici constater que la variabilité et la disparité des points de vue sur la véritable portée de ce principe, n'a fait que le fragiliser dans son application, à savoir l'organisation de règles juridiques dont la finalité consistait à fixer la démonstration de la vérité judiciaire, c'est-à-dire à préciser les obligations procédurales du demandeur, du défendeur et du juge. L'interrogation constante sur la définition même que recouvre ce principe conduit inévitablement à le fragiliser.

La première problématique consiste à poser la définition de la présomption d'innocence. Certains auteurs se demandent en effet s'il est *"légitime de parler d'une présomption pour expliquer la situation favorable ainsi faite à la personne poursuivie. Une présomption repose sur la vraisemblance d'une situation juridique à partir de l'existence de certains éléments de fait et, en cas de contestations, elle a pour effet d'opérer un déplacement de l'objet de*

---

<sup>1310</sup> Comme le souligne le Président de la commission consultative des droits de l'homme, Pierre TRUCHE, *"la juxtaposition dans un même code de procédure des principes et des règles à suivre a valeur tant de symbole que de programme de conduite en face d'une situation concrète"*, TRUCHE (Pierre), Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale, *Archives de politique criminelle*, 2001, p.9.

<sup>1311</sup> Comme le souligne Hervé HENRION *"La personne suspectée ou poursuivie ne se trouve pas dans un rapport d'égalité vis-à-vis de l'état et la présomption d'innocence permet de rétablir l'équilibre entre la première et le second"*, L'article préliminaire du Code de Procédure Pénale : Vers une théorie législative du procès pénal, *Archives de politique criminelle*, 2001, p.42, idée reprise par Jean PRADEL qui écrit *"la présomption d'innocence permet donc de rétablir un certain équilibre entre l'accusateur et l'accusé"*, *Procédure pénale*, 11<sup>e</sup> édition, 2002, n°367, p. 313.

la preuve"<sup>(1312)</sup>. La réponse que la doctrine apporte, montre que l'on ne peut retenir ce postulat car "*la présomption d'innocence ne repose pas sur la forte probabilité, la vraisemblance, que l'individu est innocent [...] ; elle a pour seul effet de désigner la personne sur qui pèsera la charge de la preuve, c'est-à-dire le ministère public ou, éventuellement la personne qui se dit victime de l'infraction*"<sup>(1313)</sup>. L'argument est ici clairement exposé. Il ne s'agit pas d'assurer un avantage procédural à l'accusé, mais de fixer des règles qui organisent la recherche de la vérité judiciaire dans le procès pénal.

Cette position constitue un point de convergence où se retrouve d'autres auteurs qui considèrent que la présomption d'innocence organise la charge de la preuve, ou plus précisément, désigne celui qui doit démontrer la culpabilité de l'accusé <sup>(1314)</sup>. Cette position emblématique de la doctrine n'en neutralise pas pour autant le fait que la présomption d'innocence ait connu une évolution dans la définition qu'on lui a donnée. On ne peut nier que la préhension juridique du principe passe nécessairement par le sens que l'on affecte au terme qui le désigne. Or, il existe une inadéquation entre la perception que l'on a de ce principe, et la fonction procédurale qu'il recouvre en réalité <sup>(1315)</sup>.

---

<sup>1312</sup> MERLE (Roger) VITU (André), *Traité de droit criminel*, Vol 2 Procédure pénale, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 2001, n°143, 183. Il faut ici noter que dans l'édition précédente de 1979 les auteurs ne posent aucunement cette question.

<sup>1313</sup> MERLE (Roger) VITU (André), *Traité de droit criminel*, Vol 2 , n° 143, p. 183.

<sup>1314</sup> Notamment dans le *Procédure pénale* de STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC, on peut lire "*Aussi, a-t-on pu critiquer la formulation présomption d'innocence pouvant donner à penser qu'il y aurait une sorte de vraisemblance de l'innocence de la personne poursuivie (ce qui est loin d'être avérée)*", STEFANI (Gaston) LEVASSEUR (Georges) BOULOC (Bernard), *Procédure pénale*, 18<sup>e</sup> édition, 2001, n° 123, p.100. Ce questionnement n'apparaissait pas dans les précédentes éditions, ce qui laisse à penser que la subjectivisation du principe n'était pas aussi prégnante.

<sup>1315</sup> Ce constat trouve un écho effectif dans la doctrine. On a pu écrire qu'"aborder le thème de l'innocence revient à s'interroger sur le mot lui-même : est innocent celui qui n'a pas nui, [...] l'on se rend compte que l'innocent est celui qui n'est pas coupable, celui qui n'a pas commis de faute [...] Cette vision de l'innocence conduit à s'interroger sur la relation du juge avec l'ensemble des citoyens et sur sa démarche générale pour établir la culpabilité, puis à étudier ce qui, dans la procédure pénale actuelle fait vaciller le juge de l'innocence à la culpabilité", PANSIER (Frédéric-Jérôme), Le juge et l'innocence, *Gazette du Palais*, 10 aout 1995, p.1002. On peut également lire que la présomption d'innocence constitue un postulat ambigu, cf sur ce point l'article de Claude COHEN, De la présomption d'innocence au secret de l'instruction : la double

La reconnaissance, par la loi du 4 janvier 1993, d'un droit à l'innocence dont la protection se trouvait assuré par le Code civil, puis la consécration législative de la présomption d'innocence par la loi du 15 juin 2000, n'ont fait qu'accentuer cette difficulté de cristalliser ce principe, dans sa seule fonction procédurale.

Cette question, sur l'essence même de ce principe, se veut révélatrice de ce que les conséquences qui en découlent, à savoir que la charge de la preuve s'impose à la partie poursuivante et que le bénéfice du doute bénéficie à l'accusé, ne sont pas effectivement compris dans leur sens procédural. Ceci ne peut que fragiliser toute la portée effective de ce principe. L'évolution législative a enclenché un processus de transformation, ce qui permet de dire que *"la présomption d'innocence est une valeur en mutation : d'un droit processuel relatif à la détermination de la charge de la preuve, elle s'étend aujourd'hui à un droit substantiel de ne pas être présenté publiquement comme coupable"*<sup>(1316)</sup>. La difficulté à reconnaître une intangibilité à une définition qui maintenant se montre invariable, engendre une distorsion entre le fait d'être regardé comme innocent et le droit d'être dispensé de rapporter la preuve de son innocence. La passivité ne peut valoir présomption de culpabilité.

La traduction se fait alors sentir dans l'approche nouvelle que l'on a de la présomption d'innocence, c'est-à-dire dans la définition que l'on pose actuellement. Ainsi, énonce-t-on que *"la présomption d'innocence a une double fonction : non seulement elle consacre une règle de preuve, mais elle est porteuse de droits subjectifs pour la personne mise en cause tout au long du procès pénal"*<sup>(1317)</sup>. Une telle définition participe, selon nous, d'une

---

impasse, *Gazette du Palais*, 1995, Chronique p. 951. De même, Coralie AMBROISE CASTEROT définissant la présomption d'innocence, précise que *"cette notion est en réalité ambivalente"*, pour constater quelques développements après que *"l'expression présomption d'innocence est donc inappropriée"*, *Présomption d'innocence, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2003, p.2.

<sup>1316</sup> FOURMENT (François), *Procédure pénale*, 2002, p.29.

<sup>1317</sup> JACOPIN (Sylvain), *Procédure pénale*, Paris, 2005, p. 174.

confusion entre la règle structurante de la démonstration de la culpabilité, et le droit inhérent de chacun à pouvoir bénéficier de droits et moyens de défense, dès lors que l'on est accusé ; ce qui explique le fait que cette double déclinaison s'éloigne de l'orthodoxie procédurale pourtant maintes fois rappelée (<sup>1318</sup>).

Il convient de faire le constat que la philosophie de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen reste toujours prégnante. La liberté demeure, consciemment ou inconsciemment, le référent de ce principe. Ceci est souligné de façon récurrente, aussi bien avant toutes les réformes initiées sur ce sujet, notamment en 1970, quand certains auteurs énonçaient qu'"en matière pénale l'accusé est couvert par une présomption d'innocence qui constitue une garantie de la liberté individuelle"(<sup>1319</sup>), mais également de façon plus récente, lorsque l'on écrit, non sans force, que "*ce principe directeur a un fondement politique. Il garantit les libertés individuelles*"(<sup>1320</sup>). Se trouve ici affirmé la renaissance d'un droit fondamental à la présomption d'innocence, et non l'affirmation effective d'un principe normatif et directeur du procès pénal.

Il n'est donc pas étonnant de constater que certains auteurs se montrent particulièrement pessimistes sur la réalité d'un principe que l'on prétend

---

<sup>1318</sup> Comme le souligne Michèle Laure RASSAT "*l'objectif poursuivi par la procédure est d'aboutir à un degré raisonnable de certitude eu égard aux faits et à la personne qu'on juge ce qui passe par un recueil et un examen de preuves pénales*", *Traité de procédure pénale*, Paris, 2001, p. 297.

<sup>1319</sup> BOUZAT (PIERRE) PINATEL (Jean), *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1970, p.1128. On retrouve également, dans le traité de Roger MERLE et André VITU, une position identique quand ils écrivent, que "*le principe actori incumbit probatio est imposé par la raison et la sûreté des individus*", MERLE (Roger) VITU (André), *Traité de droit criminel*, Vol 2 Procédure pénale, Paris, 4<sup>ème</sup> édition, 1979, p. 156-157, n°125.

<sup>1320</sup> CONTE (Philippe) MAISTRE du CHAMBON (Patrick), *Procédure pénale*, Paris, 2002, p.28. On retrouve une position identique chez Caroline AMBROISE-CASTEROT qui indique qu' "*En effet, la particularité de la présomption d'innocence vient de la répartition différente de la charge de la preuve. [...] Il est donc nécessaire, au nom de la protection des libertés individuelles et de la garantie des droits fondamentaux des individus, de mettre toutes les preuves à la charge du ministère public*", AMBROISE-CASTEROT (Caroline), *Présomption d'innocence, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2003, p. 4.

séculaire. Ainsi faut-il prendre en considération une chronique de Wilfrid JEANDIDIER, certes ancienne, mais suffisamment topique pour être souvent rappelée par nombre de commentateurs d'arrêts. A la suite de deux arrêt rendus par la Chambre Criminelle de la Cour de cassation (<sup>1321</sup>), ce dernier soulignait *"combien peut être vulnérable un grand principe comme la présomption d'innocence"*(<sup>1322</sup>). Le ton est ainsi donné, sur l'inadéquation entre la démarche consistant à rechercher les éléments à charge pour l'accusé, et l'existence d'indices de culpabilité (<sup>1323</sup>).

La conclusion n'est pas en reste puisqu'il est fait le constat que, *"la présomption d'innocence est bien malade. Certes elle est gênante. Mais d'un autre côté c'est une conquête révolutionnaire, un des plus beaux fleurons des droits de l'homme. Proclamé, puis contourné et méconnu, le principe évoque un mort-vivant. Rien pour l'instant n'a pu remédier à cette grande hypocrisie du droit pénal. Le salut est pourtant à portée de main. Il faut une profonde transformation des mentalités, une prise de conscience"*(<sup>1324</sup>). Sans pourtant analyser ces propos comme une sorte de cri d'alarme sur l'ineffectivité d'un principe acquis depuis longtemps, il faut leur reconnaître une certaine pertinence, en ce qu'ils mettent en valeur toute la complexité qu'il y a à mettre

---

<sup>1321</sup> Cass. Crim., 4 janvier 1990, *Bull. Crim.* n°5, arrêt Cisse, Cass. Crim., 6 mars 1990, inédit, pourvoi n° 89/86874, arrêt Rondet. Dans ces deux espèces, la haute juridiction statuait sur la compatibilité de la présomption d'innocence avec la notion d'*indices sérieux de culpabilité* pour le premier et d'*indices graves et concordants de culpabilité* pour le second. Ce dernier paraissant comme le précise le rédacteur de l'article *plus étoffé, ce qui permet de conclure à la consolidation de cette jurisprudence*, JEANDIDIER (Wilfrid), *La présomption d'innocence ou le poids des mots, Revue de sciences criminelles*, 1991, p. 49.

<sup>1322</sup> JEANDIDIER (Wilfrid), *La présomption d'innocence ou le poids des mots, Revue de sciences criminelles*, 1991, p. 49.

<sup>1323</sup> L'auteur souligne ainsi que *"le bilan est plutôt sombre si l'on évoque les dix dernières années. Outre les deux arrêts de la Cour de cassation relatifs aux indices de culpabilité, deux autres décisions portent des coups bas à la présomption d'innocence"*, et celui de renvoyer aux arrêts rendus respectivement les 27 avril 1984, *Bull. crim.* , n° 149 et 30 janvier 1989, *Bull. crim.* n° 33. JEANDIDIER (Wilfrid), *La présomption d'innocence ou le poids des mots, Revue de sciences criminelles*, 1991, p. 51.

<sup>1324</sup> JEANDIDIER (Wilfrid), *La présomption d'innocence ou le poids des mots, Revue de sciences criminelles*, 1991, p.52.



en adéquation un principe qui se veut être un présupposé, avec une réalité matérielle qui viendrait à affirmer le contraire.

Ce pessimisme ambiant trouve encore un écho malgré les modifications intervenues. Il est possible de lire dans une doctrine récente, que la présomption d'innocence n'aurait pas de réalité juridique, ou plus précisément, se définirait par son inexistence à raison d'une déclinaison de statuts différents conférés à celui qui est accusé. En effet, l'auteur de l'article précise que *"la procédure pénale, réfractaire à l'idée de preuve stricto sensu, se nourrit des apparences, du soupçon, des présomptions. Il s'agit d'aménager le sort de l'individu qui en fait l'objet [...] conformément à cette théorie : telle est la fonction de la présomption d'innocence, qui, on le comprend place l'intéressé dans un statut intermédiaire entre ceux d'innocent et de coupable"*<sup>(1325)</sup>. Poursuivant son raisonnement, ce dernier estime pouvoir considérer que la présomption d'innocence *"telle qu'on est instinctivement conduit à la présenter, est inexistante"*<sup>(1326)</sup>. L'auteur concentre son raisonnement sur l'usage qui est fait du mot présomption.

Selon lui, il ne se trouve pas en adéquation avec cette situation particulière que l'accusé connaît avant le jugement définitif ; bien plus elle ne pourrait être considérée comme telle, car *"elle ne repose aucunement sur l'opération intellectuelle selon laquelle un fait non prouvé directement peut s'acquérir l'établissement d'un autre"*<sup>(1327)</sup>. Parce que la présomption constitue une technique qui permet de tirer une conséquence d'un fait connu, il semble *"étrange d'affirmer que l'on tire de l'existence de soupçons la preuve de l'innocence de l'intéressé"*<sup>(1328)</sup>. Le préjugé favorable à l'accusé posé par le

---

<sup>1325</sup> DETRAZ (Stéphane), La prétendue présomption d'innocence, *Droit pénal*, mars 2004, n°3 p.4.

<sup>1326</sup> DETRAZ (Stéphane), La prétendue présomption d'innocence, *Droit pénal*, mars 2004, n°3, p.4.

<sup>1327</sup> DETRAZ (Stéphane), La prétendue présomption d'innocence, *Droit pénal*, mars 2004, n°3, p.4-5.

<sup>1328</sup> DETRAZ (Stéphane), La prétendue présomption d'innocence, *Droit pénal*, mars 2004, n°3, p.5.

principe de la présomption d'innocence, est bien fragile au regard d'une réalité judiciaire qui commande de ne pas laisser sans réponse une accusation.

Ces développements montrent l'évolution et la transformation, tant de l'écriture de ce principe, que de sa perception. Manifestement, si les mécanismes qui sous tendent la présomption d'innocence sont décrits de façon unanime dans leur fonctionnement, leur finalité se voudrait commandée par le seul intérêt de l'accusé, et non comme le schéma directeur de l'enquête, de l'instruction et du procès pénal. De fait, la présomption d'innocence *"résulte d'un choix législatif de favoriser l'une des parties au litige : elle est une règle de protection de la liberté"*<sup>(1329)</sup>. On en revient donc à une constante qui traduit toute l'histoire de ce principe né de la volonté de protéger la liberté de l'individu des mesures arbitraires du pouvoir, et non de l'impérieuse nécessité, parce que l'on entendait rompre avec un passé judiciaire contraignant, de formuler les conditions dans lesquelles il convenait de parvenir à la vérité judiciaire. Il faut ici souligner que le poids de l'histoire, ou plus précisément des circonstances qui présidèrent à la naissance de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ne constitue aucunement l'unique explication d'un affaiblissement de ce principe. La pratique procédurale a, également, renforcé ce sentiment.

## **Paragraphe 2 : Des situations procédurales et doctrinales corrosives qui altèrent la portée effective de la présomption d'innocence**

Le processus procédural, qui tend à parvenir à la vérité judiciaire intègre la règle que veut que l'innocence soit tenue pour vraie tant qu'une décision définitive n'a décidé du sort de l'accusé. Cependant, le conflit patent entre les intérêts procéduraux de l'accusé et celui de la société qui l'accuse, conduit à une certaine atonie de la présomption d'innocence (A) paralysée par la reconnaissance d'une présomption contraire (B).

---

<sup>1329</sup> DETRAZ (Stéphane), La prétendue présomption d'innocence, *Droit pénal*, mars 2004, n°3, p.5.

## A Une procédure pénale qui affaiblit la présomption d'innocence

Dans cette recherche de la vérité judiciaire en matière pénale, le postulat repose sur le principe qu'il appartient au Ministère public, ou à la partie civile, quand cette dernière engage la procédure, de rapporter la preuve de la culpabilité, c'est-à-dire d'établir l'existence qu'une infraction a bien été commise, et que la personne poursuivie a effectivement participé, en connaissance de cause, à la réalisation des faits criminel, objet des poursuites pénales. L'accusé se voit dispensé de prouver son innocence. Il n'a donc pas à fournir la preuve de son absence d'implication dans la commission des faits. Sa situation personnelle, qui oscille entre simple éventualité et certitude affirmée, crée une certaine ambivalence dans la mesure où son innocence ne se trouve que supposée. En fonction de cette problématique, les règles édictées pour le fonctionnement de la procédure pénale, assurent un point d'équilibre entre les droits de l'accusé et les droits de la société, et notamment par l'application du principe de la présomption d'innocence dans ses développements procéduraux sur la charge de la preuve et le bénéfice du doute.

Ce cadre structurant peut toutefois se révéler défaillant dans ses applications. La procédure d'instruction, qui participe de cette construction, peut avoir pour conséquence de dilater la portée juridique de la présomption d'innocence. Dans ce cadre d'intervention des différentes parties au procès pénal, il se trouve établi que l'on donne à celui qui poursuit, une plus grande aisance dans l'administration de la preuve judiciaire. L'accusé voit sa situation amoindrie. Plus précisément, en favorisant, grâce à la sémantique, l'action du demandeur, c'est-à-dire du ministère public, on programme de fait une anticipation de la culpabilité. Ainsi, l'article 80 alinéa 3 du Code de procédure pénale, dans sa version de 1990, précise-t-il que "*le juge d'instruction a le pouvoir d'inculper toute personne ayant pris part comme auteur ou complice, aux faits qui lui sont déférés*". Outre cette omnipotence qui transpire de la rédaction de cet article, et qui confère au juge d'instruction le sentiment de pouvoir disposer d'une autonomie de puissance, il faut noter que l'inculpation résulte d'un préjugement particulièrement explicite. Au regard de cette rédaction, il apparaît

que lorsque le juge prend sa décision l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction sont parfaitement réunis. La présomption d'innocence est immédiatement ignorée, lors même qu'elle doit s'appliquer.

Cette attitude d'une culpabilité en devenir se retrouve également à l'article 80-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 24 août 1993. Il est énoncé que *"le juge d'instruction a le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé, comme auteur ou comme complice, aux faits dont il est saisi"*. C'est parce qu'il apprécie souverainement les éléments, fondement des poursuites pénales, que le juge prend une décision de faire du suspect un accusé. Ce dernier tire de faits connus, et à la valeur indéfinie, le postulat que vraisemblablement l'accusé ne peut être que l'auteur des faits poursuivis. Le juge d'instruction présuppose, dans le cadre d'une démarche intellectuelle, que celui-ci a, selon toute vraisemblance, participé à l'infraction dont il est saisi. La présomption d'innocence connaît, dès les premières mesures d'instruction, un affadissement dans le cadre de cette rédaction qui pourtant était censée favoriser l'accusé.

Le poids de ce qui apparaît, non comme une présomption de culpabilité, mais comme une suspicion avérée, ne peut être déniée puisque la loi du 15 juillet 2000 modifiait la rédaction de cet article. Il est ainsi précisé que *"le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elle ait participé comme auteur ou comme complice, à la commission de l'infraction dont il est saisi"*. La mesure prise par le juge d'instruction laisse apparaître une intensité effective sur les soupçons recueillis à l'encontre de la personne déférée. La culpabilité potentielle se dégage des indices collationnés, ce qui a pour conséquence d'étouffer l'innocence potentielle. Le texte renvoie à la vraisemblance, c'est-à-dire à un examen *in abstracto* de ces indices. En prenant une position au regard de ceux-ci, ce qui s'apparente à une *juridictio* ou plus précisément à un pré-jugement, le juge d'instruction estime donc qu'il a en sa présence un auteur probable.

Cette appréciation de la culpabilité par le magistrat instructeur, et qui se fait préalablement à tout jugement, s'exprime également dans un autre cadre procédural dont la particularité repose sur le fait qu'une personne puisse, sans être mis en examen, bénéficier de certains droits attachés à cette situation. La procédure de témoin assisté, prévue à l'article 113-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale, énonce ainsi que la personne "*contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendu comme témoins assisté*". On retrouve ici cette notion de vraisemblance, ou plutôt cette apparence d'une culpabilité supposée que le juge va constater à partir d'éléments dont la valeur, bien qu'inférieure à celle évoquée dans la mise en examen, recèle l'image d'un déséquilibre qui se fait au détriment d'une innocence supposée.

Ce qui est mis en évidence dans la décision du juge d'instruction, c'est le fait que celui-ci puisse se décider en fonction d'un présumé, non sur la culpabilité, mais sur le fait que le suspect ait, à quelque degré que ce soit, participé aux infractions dont il est saisi. Elle inscrit cette idée que la personne n'est plus en conformité avec les règles de droit et rend difficile la démarche spécifique d'un présumé favorable à la personne qui lui est présentée. Elle se retrouve également lorsque le juge, après avoir été rendu destinataire des réquisitions du ministère public, doit décider des suites procédurales du dossier conformément aux articles 176 et 177 du Code de procédure pénale. Si le premier de ces articles indique que "*le juge d'instruction examine s'il existe contre la personne mis en examen des charges constitutives d'infraction, dont il détermine la qualification juridique*"<sup>1330</sup>), le second quant à lui énonce que "*si le juge estime que les faits ne constituent ni un crime, ni un délit, ni une contravention [...], ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen, il déclare par une ordonnance, qu'il n'y a lieu à suivre*". Le juge s'inscrit, dans

---

<sup>1330</sup> La philosophie demeure identique s'agissant d'une ordonnance de mise en accusation, puisque l'article 181 du Code de Procédure pénale dispose que "*Si le juge d'instruction estime que les fait retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi*".

les deux cas dans une phase pré-décisionnelle, sur laquelle il sera possible de revenir parce qu'elle n'est pas définitive, mais qui se fonde sur les éléments factuels du dossier. Mais surtout, elle traduit l'impossibilité d'une réelle mise en application de ce présupposé juridique, et ce d'autant plus que la décision de ne pas poursuivre s'inscrit dans une dualité, l'absence ou l'existence de charge, l'absence ou l'existence d'une infraction. Le doute n'étant pas expressément inscrit dans ces critères, la présomption d'innocence s'en trouve altérée dans son application.

Cette modulation d'un principe pourtant inflexible se fait par ailleurs sentir dans les nouvelles mesures procédurales que le législateur a élaboré pour tenter d'apporter une réponse plus rapide aux infractions pénales. Ainsi, la convocation par procès verbal, prévue aux articles 393 et 394 du Code de procédure pénale, et instituée par la loi du 10 juin 1983 et la procédure de comparution immédiate de l'article 395 du même code érodent-ils l'effectivité du principe de la présomption d'innocence et ce parce que le débat judiciaire est éludé. Comme l'indique l'article 395, c'est parce que "*les charges réunies sont suffisantes*" que le parquet estime devoir renvoyer devant la juridiction de jugement. Celui-ci ne se contente pas uniquement de rapporter simplement la preuve que l'auteur des faits les a effectivement commis, il en détermine sa valeur au regard d'une éventuelle culpabilité. En préjugant de son efficience, ce dernier adopte une position procédurale qui dépasse son cadre d'intervention parce qu'elle se définit comme pré-décisionnelle.

Cette approche différenciée de ce qui permet de fixer la vérité judiciaire, comme le précise dernièrement un haut magistrat (<sup>1331</sup>), constitue les contours d'une pratique qui écarte l'application de la présomption d'innocence. Les

---

<sup>1331</sup> Un article de Dominique CHARVET, Premier Président de la Cour d'Appel de Bastia, expose ce point de vue puisque, selon ce magistrat, cette procédure "*vient s'ajouter à une série de mesures déjà existantes destinées à ne pas avoir recours à l'audience pénale classique*", CHARVET (Dominique), Réflexions autour du plaider coupable, *Recueil Dalloz*, Chronique 2004, n°35, p. 2517. Cette position, qui tend à faire échapper certaines infractions du champ que pose le principe de la présomption d'innocence, se trouve confirmé quelques lignes après quand il précise que "*La nouvelle procédure s'inscrit aussi dans la recherche d'une accélération de la réponse de la justice [...] Elle participe enfin de l'évolution d'une justice imposée vers une justice négociée*", Ibidem, p.2517.

dispositions prises lors du vote de la loi du 9 mars 2004, et qui porte *adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, ont introduit une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité (<sup>1332</sup>), dite procédure du *plaider coupable*, dont l'objectif est de rationaliser le temps judiciaire, mais surtout d'apporter une réponse immédiate aux faits transgressifs. Se trouve créé, un mécanisme dont la finalité repose sur une anticipation préalable de la culpabilité de l'accusé. Cette procédure permet au parquet d'exercer rapidement des poursuites (<sup>1333</sup>) et de proposer aussi rapidement un certain nombre de sanctions (<sup>1334</sup>). Il dispose et propose parce que la personne poursuivie a simplement avoué.

Sans revenir à ce qui pourrait être synonyme d'une forme de preuve légale qui se substituerait, certes dans un cadre restreint, à la preuve de conviction, il faut néanmoins constater que la reconnaissance préalable de culpabilité constitue, de fait, cette *probatio probatissima* de la doctrine savante du Moyen âge. Le jugement de condamnation ne se construit pas sur le principe d'une culpabilité démontrée conformément aux règles induites du principe de la présomption d'innocence. Il n'est que la conséquence d'une culpabilité préalablement acceptée par celui qui comparaît devant le ministère public, et qui sera confirmée ultérieurement par le juge destinataire de la requête en homologation des peines proposée par le Procureur de la république.

---

<sup>1332</sup> Les dispositions sur cette nouvelle procédure sont fixées aux articles 495-7 à 501-1 du Code de Procédure Pénale.

<sup>1333</sup> L'article 495-7 du Code de Procédure Pénale dispose que "*Pour les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, le procureur de la république peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application des dispositions de l'article 393, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés*".

<sup>1334</sup> L'article 495-8 du Code de Procédure Pénale énonce sur ce point que "*le procureur de la république peut proposer à la personne d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues ; la nature et le quantum de la ou des peines sont déterminés conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal*".

Nous estimons que cette construction procédurale annihile la portée de la présomption d'innocence parce que le juge ne fait, comme l'indique l'article 495-9, que *"vérifier la réalité des faits et leur qualification juridique"*. La circulaire d'application CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004 précise sur ce point, en son article 2.3.3.1.1, qu'il s'agit d'une *vérification de la culpabilité de la personne et de la qualification juridique*. Le glissement sémantique, certes infime, marque donc une rupture avec le mécanisme même de la présomption d'innocence. Même si ce texte, applicable à des affaires simples et en état d'être jugées, explique que cette *"homologation ne pourra intervenir que si ce magistrat a l'intime conviction de la culpabilité de la personne, indépendamment du fait que celle-ci reconnaît cette culpabilité"*, le fait que le parquet soit dispensé d'en rapporter la preuve, ou plus précisément se contente de faire coïncider l'aveu et la culpabilité, retire au principe de la présomption d'innocence sa véritable portée.

Il faut rappeler que le doute ne peut se concevoir dans un processus de vérification, mais s'articule dans un mécanisme réflexif autonome où les éléments de preuve sont discutés et non figés. Par ailleurs, le fait que l'accusé puisse interjeter appel de l'ordonnance ainsi rendue (<sup>1335</sup>) ne constitue pas non plus le gage que ce principe soit toujours effectif, et ce, d'autant plus, que la Cour d'Appel ne dispose pas de pouvoir supplémentaire par rapport à ceux dont disposent les premier juge. Manifestement, les réformes que connaît la procédure pénale ont organisé, de manière indirecte, une réduction de la portée du principe de présomption d'innocence. Une telle situation n'est en réalité pas nouvelle, puisque certaines situations pénales ont imposés à l'accusé de justifier de son innocence. La présomption de culpabilité demeure une constante de notre droit pénal quand il s'agit d'assurer une répression et efficace.

---

<sup>1335</sup> L'article 495-11 précise que *"Dans tous les cas, elle peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné conformément aux dispositions des articles 498, 500, 502 et 505. Le ministère public peut faire appel incident dans les mêmes conditions"*.



## **B Une présomption d'innocence paralysée par la nécessité de l'efficacité judiciaire.**

La règle civile *reus in excipiendo fit actor*, qui pose le principe que le défendeur doit rapporter la preuve de son moyen de défense, n'a pas à être appliquée en droit pénal. La présomption d'innocence dispense l'accusé de démontrer son absence de participation aux faits, objets des poursuites pénales (<sup>1336</sup>). Ce droit à la passivité, demeure toutefois relatif. Il faut faire ici un premier constat relatif à la terminologie que le législateur devait employer pour définir un inculpé ou un prévenu. Ainsi, relève-t-on dans un décret du 20 mai 1903 portant sur l'organisation et le service de la gendarmerie, un article 126 qui énonce les différences sémantiques entre l'inculpé, le prévenu et l'accusé.

S'agissant des deux dernières catégories, il est ainsi précisé que *le prévenu est l'individu poursuivi comme présumé coupable d'un fait qualifié délit par la loi*, tandis que *l'accusé est l'individu poursuivi comme présumé coupable d'un fait qualifié crime par la loi*. Certes, le qualificatif ainsi retenu constitue une présomption de culpabilité mais elle ne concerne que le fait poursuivi. Il s'agit donc d'une présomption de fait, non d'une présomption légale et encore moins d'une présomption de principe comme la présomption d'innocence. Il faut cependant admettre que la liberté prise avec le vocabulaire juridique ne fait qu'affaiblir la réalité de ce principe. En figeant juridiquement une situation factuelle avant toute procédure, celui qui sera initialement en charge de l'enquête va ainsi imprimer à la procédure un cours qui modifiera le regard porté sur l'accusé.

---

<sup>1336</sup> Sur ce point la doctrine reste partagée. Un premier courant, dont l'écho semble se tarir, estime que la règle civiliste doit recevoir application à l'instance pénale puisque les principes dégagés en procédure civile constituent le droit commun de la preuve. Une seconde théorie considère, quant à elle, que le principe d'autonomie du droit pénal ne permet pas l'application de cette règle. Enfin une position intermédiaire consacre la distinction entre la charge de la preuve et la charge de l'allégation. Les faits justificatifs ou les excuses doivent être invoqués par l'accusé, à charge pour le ministère public d'en démontrer l'inexistence, cf sur ce point l'article de Caroline AMBROISE-CASTEROT, *Présomption d'innocence*, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2001, et plus spécifiquement p. 5, n°25 -28.

Une telle situation sémantique complète en réalité une atmosphère où l'accusé se retrouve, sur le plan procédural, dans une situation où le présumé est négatif. Il faut relever, qu'au sortir de la Révolution de 1789, le législateur impérial, pour prévenir des troubles éventuels qui pouvaient porter atteinte aux intérêts de l'état et des citoyens (<sup>1337</sup>), envisagea des solutions juridiques assurant une répression immédiate. Elles supposaient que la personne poursuivie réunissait les conditions matérielles faisant de lui l'auteur de l'infraction. La charge de la preuve, supportée normalement par la partie poursuivante, se déplaçait sur la personne poursuivie. Cette dernière devait justifier de son innocence, à savoir son absence de participation aux faits qui lui étaient reprochés. Il était ainsi créé une culpabilité supposée qui imposait un renversement de la charge de la preuve.

Inscrites dans le code pénal de 1810, ces présomptions de culpabilité n'avaient d'autre finalité que d'assurer une paix intérieure mais aussi de préserver un ordre social nouvellement instauré. Ainsi l'article 277 du Code Pénal énonçait-il que *"tout mendiant ou tout vagabond qui aura été saisi travesti d'une manière quelconque, ou porteur d'armes, bien qu'il n'en ait usé ni menacé, ou muni de limes, crochets ou autres instruments propres, soit à commettre des vols ou autres délits, soit à lui procurer les moyens de pénétrer dans les maisons sera puni de deux à cinq ans d'emprisonnement"*. De même, l'article 278 du même Code confirmait-il cette suspicion qui se voulait légitime à l'égard des gens au domicile incertain en précisant de façon plus topique que, *"tout mendiant ou vagabond qui sera trouvé porteur d'un ou plusieurs effets d'une valeur supérieure à 1F, et qui ne justifiera point d'où ils lui proviennent, sera puni de la peine portée en l'article 276"*. En présence de ces textes, certes anecdotiques, mais qui perdurèrent néanmoins jusqu'en

---

<sup>1337</sup> Dans le projet de Code criminel, Guy Jean Baptiste TARGET membre de la Commission en charge de la rédaction du nouveau Code, précise dans ses observations préalables que *"les vices sont la racine des crimes ; s'il était possible de l'arracher, la loi n'aurait plus à punir. [...] Chaque jour cependant la société doit être conservée ; et à des calamités présentes, il faut opposer des remèdes rapides : tel est le but des lois criminelles et du Code Pénal [...] La vraie sagesse respecte l'humanité, mais ne lui sacrifie pas la sûreté publique ; elle veut que les peines, aussi douces qu'il sera possible, soient en même temps efficaces"*, LOCRE, *La législation, Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, Paris, 1831, Tome XXIX, p.7.

1994 (<sup>1338</sup>), il faut reconnaître que le Code Pénal de 1810 avait, de fait, consacré une présomption de culpabilité qui portait sur l'intention criminelle, s'agissant de l'article 277 du Code pénal, et sur l'élément matériel pour l'article 278 du même code.

Les infractions décrites par ces dispositions légales posaient donc le postulat d'un comportement dangereux lié à la possession d'un ou de plusieurs objets mobiliers dont la valeur était préalablement fixée et à son silence sur leur origine. Le vagabond ou le mendiant se trouvait suspecté d'avoir une intention malveillante, indépendamment d'indices laissant supposer qu'il ait commis une infraction. Il lui était reproché d'avoir frauduleusement obtenu ces objets, compte tenu de son état d'indigence, c'est-à-dire eu égard à sa situation personnelle. Faisant abstraction de la recherche de l'intention frauduleuse, ce cumul, qui ne peut s'analyser que comme une simple opération mécaniste, suffisait non seulement à constituer l'infraction mais aussi à poser le principe d'une culpabilité avérée. La finalité était inscrite en filigrane. Il ne s'agissait, pour le législateur, que de favoriser dans le procès répressif, la position du Ministère public en le dispensant de rapporter la preuve que celui qui était poursuivi avait commis une infraction. Cela permettait dans ces conditions d'assurer une répression plus rapide et plus efficace.

En instaurant pour certaines infractions une imputabilité présumée à l'encontre de l'accusé, le législateur s'inscrivait dans une politique criminelle spécifique et contingente. Il estimait nécessaire d'apporter une réponse judiciaire rapide alors que le principe, pourtant fondamental, voulait qu'un accusé ne puisse être regardé préalablement comme susceptible d'avoir commis les faits objet des poursuites. L'hypothèse d'une culpabilité supposée trouvait une traduction effective à l'article 357-1 du Code pénal qui permettait de poursuivre pénalement " *le père ou la mère de famille qui abandonne sans motif grave pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se*

---

<sup>1338</sup> Le nouveau Code Pénal, promulgué par 4 lois du 22 juillet 1992, et dont l'entrée en vigueur fixée au 1<sup>er</sup> mars 1994 marquait la disparition du Code Napoléon de 1810, ne devait pas reprendre ces infractions spécifiques.

*soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de l'autorité parentale ou de la tutelle légale*". Ce texte, créé par la loi du 23 juillet 1942, et repris par l'Ordonnance du 23 décembre 1958 (<sup>1339</sup>) s'inscrivait dans la volonté du législateur de l'époque de renforcer le respect d'obligations civiles découlant des rapports de famille (<sup>1340</sup>). Il posait comme principe que l'absence effective du domicile familial, sans raison valable et au delà du délai de deux mois, constituait de fait une faute pénale que le prévenu devait combattre en rapportant la preuve de sa non-culpabilité.

De même, et parce qu'il s'agissait ici de punir les infractions dirigées contre l'autorité de la justice, l'article 357-2 de l'ancien Code pénal présumait-il comme volontaire le défaut de paiement d'une pension alimentaire, ou de subsides, fixés par une décision de justice (<sup>1341</sup>). Autre exemple, non moins significatif, de présumer la mauvaise foi comme constitutive d'une infraction pénale, l'article 334 alinéa 4 qui punit celui *"qui en relation habituelle avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie"* (<sup>1342</sup>). L'évocation des ces

---

<sup>1339</sup> Cette incrimination spécifique ne sera pas maintenue dans le nouveau Code pénal issu de la loi du 22 juillet et appliqué le 1<sup>er</sup> mars 1994. L'abandon de famille est donc maintenant réservé au seul cas d'abandon pécuniaire.

<sup>1340</sup> Créée par la loi du 23 juillet 1942, cette incrimination spécifique entendait participer du retour à un ordre moral voulu par le gouvernement de Vichy et ce au même titre que la répression de l'adultère, de l'homosexualité, ou de la lutte contre l'alcoolisme ou l'avortement, sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage Marc BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, Paris, 2005.

<sup>1341</sup> "Sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 300 F à 8 000 F, toute personne qui, au mépris, soit d'une décision de justice, soit d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamné à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants, à ses descendants soit d'un jugement l'ayant condamné à verser des subsides à un enfant [...] sera volontairement demeuré plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides fixés par le juge". Si l'incrimination est reprise dans le nouveau Code Pénal sous l'article 227-3, il faut cependant préciser que la présomption du défaut volontaire de paiement n'existe plus suivant un arrêt de la Cour de Cassation du 28 juin 1995, l'un des commentateurs n'hésitant pas à préciser que *"cette décision est susceptible d'entraîner des effets beaucoup plus importants si elle est lue par les magistrats comme une invitation à appliquer ce reflet de la présomption d'innocence qu'est l'adage in dubio pro reo"*, Cass. crim., 28 juin 1995, JCP, G, 1996, 22576, note DEKEUWER, p.61.

<sup>1342</sup> Cette incrimination a été reprise dans le nouveau Code Pénal sous l'article 225-6 3°.

quelques textes qui présupposent l'intention délictuelle (<sup>1343</sup>), et qui pour certains ne furent pas reconduits lors de la rédaction du nouveau Code Pénal, sont topiques de l'érosion dont peut être victime la présomption d'innocence dans son acception procédurale, dès lors qu'elle se heurte à une situation pénale qui fragilise incontestablement la portée de ce principe.

Indépendamment des circonstances socio-historiques, ou des raisons liées à une politique criminelle contingente, et qui expliquent l'émergence de ces textes, il faut cependant relever que ce mécanisme, validé au demeurant par le Conseil Constitutionnel, perdure puisque le Nouveau Code Pénal reprenait cette pratique. Ainsi l'article 222-39-1 qui réprime, au titre du trafic de stupéfiants *"le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec [...] plusieurs personnes se livrant à l'usage de stupéfiants"*, constitue-t-il à nouveau une négation de la présomption d'innocence. La volonté du législateur qui entendait redonner une certaine prééminence au principe de légalité par l'adoption de l'article 121-3 du Code Pénal qui énonçait qu'*"il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre"* (<sup>1344</sup>), se trouve mise en échec par la persistance de ces présomptions de culpabilité ou ces présomptions de mauvaise foi. A considérer ce mécanisme fictif qui se fait à rebours de la présomption d'innocence et qui inverse au seul profit de l'accusation la charge de la preuve, ne peut que paralyser, voire même,

---

<sup>1343</sup> Ainsi on peut également relever l'article 1 de la loi du 15 septembre 1948 qui créait une présomption de culpabilité individuelle à la charge des membres des organisations déclarées criminelles par le Tribunal militaire international et coupables d'avoir commis des crimes de guerre prévues par l'Ordonnance du 28 août 1994. De même l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui répute de mauvaise foi l'imputation d'un fait jugé diffamatoire.

<sup>1344</sup> On aurait pu penser que cette rédaction allait sonner le glas des délits matériels, c'est-à-dire des délits où l'élément moral était présumé. Il n'en fut rien puisque l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 allait préciser que *"Tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas"*. Ce texte, qui allait devenir l'article 121 alinéa 3 du Code pénal, sera modifié par la loi du 10 juillet 2000. Il faut cependant préciser que la Cour de Cassation, par deux arrêts du 25 mai 1994, avait ouvert la voie au législateur en précisant que *"la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du nouveau Code pénal"*, Cass. crim., Bull. Crim., 1994, n°203, p. 474.

mettre en échec la présomption d'innocence. Il constitue un déséquilibre certain, au profit de la partie poursuivante et au détriment de la personne accusée, et ce d'autant plus qu'elle s'inscrit dans un phénomène de permanence nullement remis question, indépendamment des interventions législatives qui s'inscrivaient dans une volonté permanente consistant à reconnaître enfin la réelle portée de ce principe.

En réalité, se dévoile ici un "*double débat : celui du choix entre liberté et sécurité, qui n'est que le reflet d'un autre débat entre justice et efficacité*"<sup>(1345)</sup>, et que l'on voit se cristalliser aux premiers moments de l'enquête diligentée par les services de police. La fiction juridique que constitue la présomption d'innocence, et qui traduit un a priori favorable sur la personne interpellée, se trouve en contradiction avec le but poursuivi par les enquêteurs, puisque ces derniers "*fonctionnent sur un mode d'efficacité. Cette exigence professionnelle va avoir pour effet soit d'effacer, soit au moins de réduire la présomption d'innocence*"<sup>(1346)</sup>. Durant cette courte phase d'investigation, l'interrogatoire va occuper le centre d'un dispositif procédural entièrement tourné, non sur la recherche de la vérité, mais sur la nécessaire collecte d'éléments qui permettent d'accréditer la participation de l'accusé aux faits poursuivis. "*L'interrogatoire tient une place essentielle dans la démarche d'investigation policière, et la garde à vue le structure*"<sup>(1347)</sup>. Il s'agit de recueillir les aveux de celui qui est soupçonné, ce qui implique une démarche réflexive dans la conduite de l'interrogatoire qui "*repose sur un a*

---

<sup>1345</sup> FOURNIER (Georges), L'aveu et la présomption d'innocence : Procédure inquisitoire ou procédure accusatoire, *La garde à vue en question : l'aveu reine des preuves*, actes du colloque organisé par l'action des chrétiens pour l'abolition de la torture, Bordeaux, 3 et 4 décembre 1994, Paris, ACAT, 1995.

<sup>1346</sup> FOURNIER (Georges), L'aveu et la présomption d'innocence : Procédure inquisitoire ou procédure accusatoire, *La garde à vue en question : l'aveu reine des preuves*, actes du colloque organisé par l'action des chrétiens pour l'abolition de la torture, Bordeaux, 3 et 4 décembre 1994, L'aveu et la présomption d'innocence, p. 19.

<sup>1347</sup> FOURNIER (Georges), L'aveu et la présomption d'innocence : Procédure inquisitoire ou procédure accusatoire, *La garde à vue en question : l'aveu reine des preuves*, actes du colloque organisé par l'action des chrétiens pour l'abolition de la torture, Bordeaux, 3 et 4 décembre 1994, p. 20.

*priori, celui de la culpabilité de la personne en cause*"<sup>1348</sup>), et qui, par voie de conséquence, efface temporairement la présomption d'innocence. Le constat peut donc être fait de ce que ce principe n'a qu'une amplitude mesurée indépendamment de la réalité principielle qu'on lui reconnaît.

---

<sup>1348</sup> FOURNIER (Georges), L'aveu et la présomption d'innocence : Procédure inquisitoire ou procédure accusatoire, *La garde à vue en question : l'aveu reine des preuves*, actes du colloque organisé par l'action des chrétiens pour l'abolition de la torture, Bordeaux, 3 et 4 décembre 1994, p. 20.

## CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La consécration d'un droit à être protégé des mesures arbitraires que la royauté pouvait prendre à l'encontre de toute personne que l'on soupçonnait, résultait de la rédaction de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La reconnaissance implicite d'un principe de procédure pénale, qui entendait organiser différemment la démonstration de la culpabilité, ne fut jamais envisagée par les Constituants. La volonté de rompre avec la justice de l'Ancien régime était réelle, mais l'attachement au système de la preuve légale demeurait. La présomption d'innocence se trouvait ainsi construite sur une antinomie puisque demeurait un mécanisme probatoire qui ne pouvait techniquement l'admettre, même si des mesures immédiates prises pour faire disparaître les aspects inhumains de la justice criminelle de l'Ancien régime.

L'instauration de la procédure du jury par la loi des 16-29 septembre 1791 ouvrait cette possibilité de promouvoir le questionnement du juge sur sa certitude et donc de l'obliger à se décider autrement que suivant des règles probatoires rigides. La raison, le bon sens et la conviction intime allaient servir de viatique à la réflexion du juge. Toutefois, la transformation du procès pénal n'inscrivait pas la présomption d'innocence tirée de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen comme règle organisant le rapport antagoniste entre l'accusé et l'accusateur au profit du premier.

Le silence qui allait recouvrir, par la suite, ce principe dans l'élaboration d'une nouvelle procédure criminelle, pourtant héritière en partie de l'Ancien régime et de la Révolution, mais aussi le fait que l'intime conviction devienne le seul vecteur du processus décisionnel, paralysa une approche différenciée de la preuve pénale. L'article 372 du Code Délits et des Peines du 3 Brumaire an IV repris sous l'article 342 du Code d'Instruction Criminelle, tout en traduisant *"toute la foi de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et du début du XIX<sup>e</sup> siècle en*



*l'homme*"<sup>1349</sup>), confirme ce silence sur la présomption d'innocence, ou plus précisément continue d'ignorer la réelle dimension procédurale de ce principe.

Cette attitude, indépendamment d'une renaissance de l'intérêt retrouvé pour la preuve pénale dans son acception propre, c'est-à-dire détachée du contexte civiliste, persiste durant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle même si le droit criminel s'affranchit de l'emprise tutélaire du seul droit civil. Parallèlement à cette évolution de la science du droit, l'évolution des sciences sociales et des découvertes scientifiques modifiait sensiblement le regard posé sur l'accusé. Compte tenu des mesures législatives adoptées tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle sur le système pénitentiaire, sur le renforcement des droits de la défense, les mécanismes, présidant à la démonstration de la culpabilité, ne pouvaient que se transformer. Le principe de la présomption d'innocence comme principe directeur du procès pénal pouvait émerger, bien que certains considèrent qu'il ne s'agissait pas d'un principe de portée générale et absolue.

Toutefois, l'empreinte laissée par la Révolution demeure vivace, et indépendamment d'une structuration des rapports antagonistes entre l'accusé et celui qui accuse, la notion d'une présomption d'innocence s'inscrivait dans cette sphère plus générale des droits de la défense, c'est-à-dire de ces droits individuels reconnus aux accusés, même si la question de l'efficience pouvait se poser, compte tenu du problème de la détention provisoire. Parce que le trouble existait, et que la préhension du principe demeurait difficile, le législateur devait nécessairement consacrer ce qui de fait existait depuis le 22 août 1789.

En réalité, l'inscription de la présomption d'innocence au panthéon des principes directeurs du procès pénal n'a pas véritablement permis à ce principe d'exister de manière ferme et intangible. Bien au contraire, la loi a ouvert le champ à un questionnement doctrinal mais surtout a permis la

---

<sup>1349</sup> RANOUIL (Pierre Charles), Aux origines de l'intime conviction : un malentendu, *Les épisodiques*, n°3, 1989, p. 61.

coexistence de ce principe avec des situations pénales qui se trouvaient en totale contradiction avec celui-ci. Une corrosion s'est donc installée sur cette présomption d'innocence qui de fait a des difficultés à être effectivement reconnue.

## **CONCLUSION GENERALE**

Au terme de ces développements il convient de formaliser dans un regard transversal la présomption d'innocence. Définie par la doctrine actuelle comme le principe procédural qui gouverne l'enquête, l'instruction puis le procès pénal, il signifie que les acteurs judiciaires se trouvent soumis à des règles probatoires auxquelles ils ne peuvent déroger. Plus précisément, la présomption d'innocence fait peser sur celui qui accuse, la démonstration irréfutable que l'accusé a effectivement participé aux faits qui lui sont reprochés. Cependant, s'il existe une incertitude qui fera douter le juge, aussi minime soit-elle, celui-ci devra le renvoyer des fins de la poursuite. Cette démarche s'explique par le fait que celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation personnelle sur les moyens de preuve qui sont débattues devant lui. De fait, la preuve pénale participe donc étroitement de la construction de ce principe. Pourtant, ces lignes de force maintenant acceptées ont une histoire relativement récente.

En effet, il nous est permis, à la suite de ce travail, de poser certaines conclusions qui montrent que l'histoire du principe procédural de la présomption d'innocence n'est pas le produit d'une lente maturation qui aurait accompagné la transformation, au cours des siècles, de la procédure criminelle. Par ailleurs, et indépendamment de la reconnaissance législative de ce principe qui impose au juge de manière explicite le postulat d'une innocence supposée de l'accusé dès le début de l'enquête, il nous faut préciser que ce principe demeure fragile parce que consubstantiel du système probatoire.

\*

\*\*

Si le droit pénal romain laisse au juge le soin de se décider en fonction de sa conscience, c'est-à-dire de la conviction qu'il s'est faite à partir des éléments de preuve rapportés devant lui, il faut cependant noter que l'accusé ne bénéficie nullement d'un a priori favorable, plus précisément on ne lui reconnaît pas un droit à une innocence supposée. A l'époque du roi carolingien, le débat judiciaire s'inscrit dans une démarche différente où le

juge "*arbitre les débats mais ne juge pas le litige*"<sup>(1350)</sup>. Il n'a d'autre mission que de pacifier les conflits, et donc mettre un terme à la violence qui émaille la société. Toutefois, l'affaiblissement du droit romain et l'existence de coutumes germaniques transformèrent les conditions qui fixaient la recherche de la vérité judiciaire. Inscrite dans une démarche externalisée parce que les signes probatoires l'emportaient sur une introspection personnelle du juge, la culpabilité dépendait de l'irrationnel ou d'une intervention divine.

Qu'il s'agisse d'un serment purgatoire par lequel l'accusé jurait qu'il n'avait pas commis les faits qui lui étaient reprochés ou qu'il s'agisse de faire subir à ce dernier, ou à son champion, des épreuves physiques, la justice ne décidait aucunement du sort de l'accusé dans le cadre d'un examen rationnel des charges retenues contre lui et des preuves qui en justifiaient. Elle s'en remettait à la divinité, ou à Dieu, pour désigner celui qui était dans son bon droit. Supposer l'innocence, dès qu'une accusation est portée, n'a donc pas de place dans ce type de procédure. La charge de la preuve ne pèse pas sur celui qui a été victime, ou dont les intérêts furent lésés, pas plus que l'accusé ne bénéficie d'un a priori favorable puisqu'il doit démontrer son innocence. Le jugement n'a d'autre finalité que de constater ce que le hasard a décidé ou ce que la divinité a signifié.

La renaissance du droit romain à partir du XI<sup>e</sup> siècle, la reconstruction de l'état royal, l'existence d'une procédure canonique mais aussi l'abolition des preuves irrationnelles par le 8<sup>e</sup> canon du IV<sup>e</sup> Concile de Latran ont pour conséquence de transformer le procès pénal et le système probatoire. D'une procédure exposée aux yeux de tous, on passe à une procédure gérée par le juge seul et à l'abri des regards du public. Du jugement de Dieu, on passe au jugement des hommes car l'ordalie disparaît au profit d'une preuve normalisée qui remet en honneur ce que le droit romain connaissait, à savoir, l'aveu et le témoignage. Pour la doctrine médiévale du XII<sup>e</sup>, l'aveu constituait une preuve absolue, la *probatio probatissima*, c'est-à-dire la reconnaissance explicite par l'accusé des faits qui lui étaient reprochés mais résultant aussi de

---

<sup>1350</sup> SALAS (Denis), *Du procès pénal*, p.63.

sa fuite ou de son évasion ; ce qui permettait au juge de condamner immédiatement. A défaut d'aveu, le juge pouvait recourir au témoignage, dont les critères d'admission, strictement définis (<sup>1351</sup>), autorisaient le juge, lorsque les déclarations au nombre de deux étaient concordantes, à prononcer une condamnation. La culpabilité était ainsi fondée sur une preuve objective ou légale qui ne dépendait pas de l'opinion du juge ou d'événements extérieurs.

A partir de là s'opère une transformation dans la démonstration de la culpabilité concomitamment à une mutation procédurale où, dans le cadre d'une enquête, le juge concentrera entre ses mains un pouvoir certain puisque l'accusé se retrouve seul face à lui, sans avocat (<sup>1352</sup>), ignorant tout des charges qui pèsent sur lui, et "*dans un dénuement total*"(<sup>1353</sup>). Réalisée par deux Ordonnances prises successivement à Blois en 1498 puis à Villers-Cotterêts en 1539, cette nouvelle forme d'instruire, qui se veut secrète et écrite, sera finalisée par l'Ordonnance criminelle d'août 1670. Instrument d'une répression immédiate des crimes, voulu et recherché par le pouvoir royal (<sup>1354</sup>), il isole l'accusé face au juge qui n'a pas d'autre objectif que de recueillir une *preuve pleine et entière* qui lui permettra de condamner.

Ainsi, l'essence même de cette procédure particulièrement précise dans son fonctionnement, aboutit à éteindre le débat, et par voie de conséquence toute forme de questionnement personnel du juge sur la culpabilité éventuelle de

---

<sup>1351</sup> Sur les conditions dans lesquelles les témoignages peuvent être reçus, nous renvoyons aux longs développements que Daniel JOUSSE a entrepris, en cette matière dans son *Traité de la justice criminelle*, et plus spécifiquement au Tome premier, Partie III, Livre I, Titre III, Chapitre III, p.694 et sqq.

<sup>1352</sup> L'article 8 du Titre XIV de l'Ordonnance criminelle de 1670 précise que "*Les accusés, de quelque qualité qu'ils soient, seront tenus de répondre par leur bouche, sans le ministère d'un avocat qui ne pourra leur être donné...*".

<sup>1353</sup> SALAS (Denis), *Du procès pénal*, p.76

<sup>1354</sup> Comme le souligne Colbert lors des conférences sur l'établissement de l'Ordonnance criminelle qui estime nécessaire d', "*Examiner tout ce qui concerne la justice criminelle du royaume, comme la plus importante, en retrancher toute chicane, et prendre garde d'établir des moyens assurés, pour, en conservant et en assurant les innocents, parvenir promptement à la punition des criminels*", cité par Adhémar ESMEIN dans son *Histoire de la procédure criminelle et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours*, p.193.

l'accusé (<sup>1355</sup>). Dès lors, l'innocence supposée ne peut occuper un quelconque espace, tant durant l'instruction que lors du procès. A regarder les conditions dans lesquelles se déroulait l'audience, c'est-à-dire le moment où se déroulait le dernier interrogatoire de l'accusé, tout conduisait à faire de ce dernier, un coupable en devenir (<sup>1356</sup>). Une telle conception du procès pénal, inscrite dans une recherche obsessionnelle de la culpabilité contraignait les magistrats dans leur pouvoir décisionnel. Dès lors que la preuve parfaite était obtenue, même si elle résultait de l'emploi de la contrainte physique, il fallait condamner. Ce travail montre ainsi que sur une période qui s'étend du haut Moyen-âge à la Révolution, le principe d'une innocence présumée ne peut s'intégrer dans le procès pénal. Le juge n'a d'autre perspective que de constater la culpabilité

Toutefois, les idées diffusées par la philosophie des Lumières, mais aussi la position de certains magistrats conquis par ces nouvelles idées, consacrent une nouvelle réflexion sur la justice criminelle, et par la même une transformation de la situation procédurale de l'accusé, sans que lui soit pour autant reconnu un statut plus favorable. La disparition de la question préparatoire qui annihile le système de la preuve légale, aboutit à ce que les juges condamnent alors qu'ils auraient du relâcher celui-ci, faute d'une *preuve pleine et entière*. Ils le font, parce qu'ils sont simplement convaincus de sa culpabilité, et qu'ils ont réservé les preuves. L'intime conviction qui accroît le pouvoir personnel du juge, sans renforcer le sort de l'accusé, se

---

<sup>1355</sup> Denis SALAS souligne que "*Cette exceptionnelle densité des règles uniquement destinée à la construction d'un système de probabilité [...] permet surtout d'inscrire le procès dans un système, qui parce qu'il suppose a priori l'exclusion de tout débat, repose sur une arithmétique judiciaire qui interdit même la possibilité du doute*", *Du procès pénal*, p.78.

<sup>1356</sup> Ce que décrit Denis SALAS quand il écrit, s'agissant du sort de l'accusé lorsque la procédure s'achève, que "*Le seul moment où il paraît lors d'une audience, en présence d'une formation collégiale, n'est que l'épisode terminal de l'instruction écrite, celui du dernier interrogatoire : face au tribunal assemblé sur l'estrade, il écoute pour la première fois devant le tribunal assemblé la lecture par le greffier de toutes les pièces du dossier ( la visite du procès), où domine le rapport final du juge rapporteur la plus souvent également juge instructeur. Il subit ensuite un interrogatoire sur la sellette, petit tabouret de bois, éloigné et peu visible par ses juges. Là, du lieu qui lui est assigné en contrebas du tribunal, où s'accomplit manifestement la dégradation de son statut, il peut encore saisir une faible chance d'échapper à la peine capitale : citer des témoins, invoquer un incident de procédure, un argument de dernière minute. En toute hypothèse, sa culpabilité est acquise aux débats*", *Du procès pénal*, p.76.

trouve être le fondement d'un nouveau système de certitude. La preuve pénale, telle que façonnée par la doctrine médiévale, demeure.

La Révolution qui proclame le primat de la liberté du citoyen ne va pas, dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, même si le droit pénal occupe de manière directe ou indirecte une place non négligeable parmi les dix sept articles (<sup>1357</sup>), consacrer la présomption d'innocence comme un principe procédural. L'article 9 affirme que le citoyen poursuivi par la justice ne pourra être atteint dans l'exercice de sa liberté. La sureté de ce dernier prime sur la reconnaissance d'un principe procédural qui, organisant le procès pénal, accorderait au citoyen le droit d'être reconnu innocent dès le début de sa mise en cause. Les premières mesures prises par les Constituants les 8 et 9 octobre et 3 novembre 1789, si elles mettent fin aux formes procédurales les plus décriées de l'Ordonnance criminelle de 1670, maintiennent pour le surplus ce cadre procédural ainsi que le système de la preuve légale. Le mécanisme de la culpabilité supposée demeure, indépendamment d'une évolution des mentalités qui tend à renforcer les droits de l'accusé.

Une rupture s'opère néanmoins quand il s'agit de reconstruire un autre paysage judiciaire notamment lorsque adopté le principe du jury criminel. Les Constituants, pour se rapprocher d'une expression plus populaire donnée à cette forme de jugement, restent cependant partagés entre la volonté d'adopter le système de l'oralité qui imposerait aux jurés de décider, après les débats, en fonction de leur conviction, ou la nécessité de conserver l'écrit s'agissant des témoignages, et ce pour assurer une plus grande sécurité aux décisions qui seraient rendues.

Le mélange entre l'une des règles procédurales issues de l'Ordonnance criminelle et la matrice du procès pénal façonné par le droit anglo-saxon, c'est-à-dire la possible fusion, comme le précise Jean Pierre ROYER, entre

---

<sup>1357</sup> Hormis les articles 7, 8, 9, qui énoncent de manière explicite le principe de légalité des incriminations et des peines, le principe de non rétroactivité de la loi pénale et le principe de la présomption d'innocence, les articles 1, 2, 4, 5, 6, 10, 11, et 16, touchent néanmoins de manière indirecte ou fragmentaire à la matière pénale.



*l'innovation et la tradition* (<sup>1358</sup>), ne trouva aucune transcription législative. L'intime conviction, dans sa forme la plus absolue, triomphait (<sup>1359</sup>). La preuve morale fondée sur la conscience, la perception personnelle et le sentiment intime faisait disparaître le système de la preuve légale issue d'une science doctrinale mais caractérisé par une technicité par trop rigide (<sup>1360</sup>). La confiance résidait dans le jury sans qu'il soit besoin de prédéterminer un *a priori* favorable pour l'accusé. La décision rendue s'inscrivait à la suite d'un débat qui reposait sur la réflexion mesurée d'hommes ayant, en toute conscience, apprécié les éléments de preuve développés lors des débats. La foi dans la raison l'emportait sur la crainte d'une éventuelle erreur judiciaire. La présomption d'innocence ne pouvait s'intégrer dans un système judiciaire qui avait libéré le juge, puisque c'était lui fixer un préalable à toute décision.

La période qui suit l'adoption du jury criminel voit une France révolutionnaire, sous la contrainte d'événements intérieurs et extérieurs, voiler les droits fondamentaux qu'elle avait solennellement proclamés puis altérer les principes d'une justice criminelle qu'elle avait créés. Il fallait se montrer implacable face aux ennemis de la République. Si la conviction constituait le ressort des jugements rendus, la condamnation quasi inéluctable étouffait le principe de la présomption d'innocence bien que les accusés jouissent des prérogatives reconnues par la loi des 16-29 septembre 1791. La Convention Thermidorienne, rompant avec une législation d'exception, renouait avec la reconnaissance effective des droits de la défense et le principe de l'intime conviction qui, dans le cadre de l'article 372 du Code des

---

<sup>1358</sup> Nous renvoyons sur ce point à l'ouvrage de Jean Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France*, et plus précisément p. 309 et sqq.

<sup>1359</sup> L'article V du titre VII de la *loi sur la police de sûreté, la justice criminelle, et l'institution des jurés* précise que "*l'examen des témoins sera toujours fait de vive voix et sans que leurs dépositions soient écrites*".

<sup>1360</sup> Pour reprendre la description d'Adrien DUPORT "*les jurés sont une institution primitive qui sent encore les bois dont elle est sortie, et qui respire fortement la nature et l'instinct. [...] Ce qui plait dans l'établissement des jurés, c'est que tout s'y décide par la droiture et la bonne foi, simplicité bien préférable à ce vain étalage de science, à cet amas inutile et funeste de subtilités et de formes, que l'on a jusqu'à ce jour, appelé la justice*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 59.

Délits et des Peines du 3 Brumaire an IV, précisait aux jurés les conditions dans lesquelles un jugement se devait d'être rendu. En reprenant ce viatique réflexif, l'article 342 du Code d'Instruction Criminelle posait de façon définitive l'exclusion d'un principe présomption d'innocence.

Le système de la preuve légale a définitivement disparu au profit d'une libération du juge. Il est fait confiance à sa raison éclairée qui ne peut trahir les intérêts de l'accusé. Le silence, dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, s'abat sur ce que pouvait être la preuve pénale, et plus précisément sur la situation procédurale de l'accusé. Il faut se rendre à l'évidence que la présomption d'innocence, principe procédural ou droit fondamental, ne fut pas intégrée, dans la mécanique du procès pénal. Néanmoins, la renaissance d'un intérêt pour la preuve pénale liée aux travaux de criminalistes étrangers, permit de remodeler l'approche du juge dans sa préhension de la culpabilité. Mais elle demeura sans conséquence sur la situation procédurale de l'accusé. Ce dernier ne bénéficiait d'aucun a priori favorable, tant devant le juge d'instruction, que lorsqu'il comparaissait devant la juridiction de jugement.

La fin du XIX<sup>ème</sup> siècle voit l'émergence d'une véritable définition du principe procédural de la présomption d'innocence mais aussi de sa conceptualisation. Défini essentiellement par Jean René GARRAUD, dans son *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, le mécanisme, qui dirige et conduit le procès pénal, trouve sa véritable expression moderne. Il s'agit non seulement de préciser le rôle du demandeur dans le procès pénal, ministère public ou partie civile, dans la démonstration de la culpabilité, mais surtout de considérer toutes les conséquences d'une incertitude sur cette démonstration. L'accusé se trouve repositionné dans le jeu procédural, en étant dispensé de participer à la recherche de la vérité judiciaire. Le principe procédural de la présomption d'innocence disposait ainsi de son acte de naissance.

Cette acception, dans son sens général et sans exclusive possible, sera reprise par la doctrine du XX<sup>ème</sup> siècle, même s'il se trouvait quelques criminalistes, notamment italiens, à relativiser la portée de ce principe lorsque certains

éléments objectifs, comme le passé pénal ou le flagrant délit, démontraient l'inadéquation de ce présupposé avec une réalité judiciaire effective. L'incidence d'une relativisation de ce principe s'inscrivait, dans une approche où il paraissait difficile de l'appliquer à ceux qui, consciemment, s'étaient mis dans une situation légalement critiquable. Usant de leur liberté, ils ne pouvaient bénéficier d'un regard favorable de la part du juge.

C'est cette même idée de liberté qui va troubler la réflexion développée sur la présomption d'innocence. Les nécessités de l'enquête et de l'instruction conduisent à prendre des mesures coercitives qui privent l'accusé de cette liberté. Se pose la question d'une conciliation entre un emprisonnement, qui se veut préventif, et le postulat d'une innocence supposée. La réponse consiste alors à considérer que, s'agissant de la recherche d'un nécessaire équilibre entre la quiétude de la société et le sort de l'accusé, la reconnaissance de ce qui constitue un droit fondamental permettrait la fixation de cette présomption d'innocence. Le trouble entre un principe procédural et un droit subjectif attaché à la personne trouvait ici un terrain favorable pour prospérer.

La loi du 4 janvier 1993 concrétisa cette situation. Cherchant à renforcer le principe de la présomption d'innocence par rapport à un système d'inculpation qui alourdissait la charge négative sur l'accusé, le texte marquait la volonté de rendre effectif ce principe en organisant différemment la procédure d'instruction. Neutraliser la phase de déclenchement de saisine du juge, en supprimant l'inculpation pour la remplacer par une procédure progressive de mise en cause puis de mise en examen, allait permettre de concrétiser effectivement un droit à la présomption d'innocence.

Cette confusion, entre droit de la personne et principe procédural, fut accentuée lorsque le gouvernement décida de rajouter au texte initial un article 9-1 qui imposait le respect de la présomption d'innocence. Insérée dans le Code civil, et plus précisément au Titre I relatif à la jouissance des droits civils, cette nouvelle disposition législative consacrait effectivement un droit subjectif spécifique relatif à la seule matière pénale, mais surtout

maintenait une confusion certaine sur le sens véritable qui devait être donné à l'article 9 de la Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen. Elle ne devait plus quitter la réflexion doctrinale ou la pratique judiciaire, certes dans une moindre mesure, jusqu'à l'adoption de la loi du 15 juin 2000.

Ce texte, pour la première fois, énonçait de façon effective que la présomption d'innocence se définissait comme un principe de procédure pénale, c'est-à-dire comme un cadre qui régule le conflit antagoniste entre celui qui est suspecté ou accusé et l'autorité judiciaire qui décide d'engager des poursuites. Inscrit simplement en tête du Code de procédure pénale, il devait revêtir une amplitude qui semblait lui avoir fait défaut. Néanmoins, la réalité judiciaire auxquels les juges se trouvaient confrontée érodait l'effectivité de cette inscription solennelle. La nécessité d'apporter une réponse immédiate à la commission d'une infraction, c'est-à-dire de réduire le temps judiciaire pour décider du sort judiciaire de l'accusé, conduit à repositionner sa situation par rapport à l'application qui doit être faite de ce principe. Il s'amenuise, et disparaît même par la mise en place, soit de qualifications pénales, certes déduites des circonstances politiques de certaines époques mais qui posent le préalable d'une culpabilité supposée, soit de procédures de jugement qui considèrent l'aveu comme le fondement de la condamnation.

Ce qu'il convient de souligner, c'est qu'il existe une dichotomie entre la définition procédurale de la présomption d'innocence et son application pratique. Il y a manifestement une difficulté pour le juge de mettre en œuvre l'ensemble des mécanismes qui la définissent, et sans doute plus précisément le bénéfice du doute, c'est-à-dire d'accepter que la simple perception d'un trouble dans la recherche de la vérité judiciaire doit obligatoirement et nécessairement bénéficier à l'accusé. Comme l'ont précisé, non sans gravité, les deux avocats de Denis SEZNEC *"Il est vrai que le doute n'appartient pas à notre culture judiciaire, et même que qu'une vieille tradition de nos tribunaux a fait du doute un élément probable de la culpabilité et non de*

*l'innocence* "(<sup>1361</sup>). Indépendamment de l'émotion qui entoure une affaire, toujours aussi prégnante dans la mémoire collective, il faut relever que le propos, tenu par ceux qui côtoient la justice pénale de près, tend à exprimer une réflexion plus ancienne et à démontrer toute la fragilité du principe procédural qu'est la présomption d'innocence. Il ne s'agit pas de faire montre de pessimisme mais il paraît certain que poser un a priori favorable, pour celui qui est suspecté ou pour celui qui se voit accusé, demeure difficilement compréhensible. Cependant, son inscription récente comme le principe fondamental de la procédure qui fixe le cadre de conduite du juge, permettra sans doute de renverser ce sentiment. L'avenir seul pourra nous le préciser.

---

<sup>1361</sup> BAUDELLOT (Yves) BREDIN (Jean Denis), Guillaume Seznec restera donc coupable, *Le Monde*, samedi 16 décembre 2006, p.22.

## **BIBLIOGRAPHIE**

## DICTIONNAIRES, REPERTOIRES, RECUEILS et STILES

*Arrest de la Cour de Parlement du 11 Aoust 1708. Qui deffend à tous Libraires & Imprimeurs de Paris, d'imprimer & faire imprimer aucuns Factums, Requestes ou Memoires, si les copies qu'on leur met entre les mains pour cet effet, ne sont signés d'un Avocat ou d'un Procureur : Enjoint ausdits Libraires & Imprimeurs de mettre leurs noms & demeures au commencement ou à la fin desdits Factums & Memoires qu'il auront imprimez ou fait imprimer.*

*Biographie universelle, ancienne et moderne, ou histoire, par ordre alphabétique, de la vie de publique et privée de tous les hommes qui se sont fait remarquer par leurs écrits, leurs actions, leurs talents, leurs vertus ou leurs crimes. Ouvrage entièrement neuf, rédigé par une société de gens de lettres et de savants. Paris, chez L. G. MICHAUD, imprimeur du Roi, 1814, 87 vol.*

*Biographie universelle et portative des contemporains, ou Dictionnaire historique des hommes vivants et des hommes morts depuis 1788 jusqu'à nos jours ; publié sous la direction de MM. RABBE, DE BOISJOLIN et SAINTE PREUVE. Paris, Raymond-Bocquet, éditeur, 1838, 4 vol.*

*Bulletin de l'Assemblée nationale (1789-1791).*

*BRILLON (Pierre Jacques), Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire de Brillon connu sous le titre de Dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle de France et autres tribunaux ; augmentée des matières de police, d'agriculture et de commerce, de manufactures, de finance, de marine et de guerre dans le rapport qu'elles ont avec l'administration par M. Prost de Royer, ancien lieutenant général de police de Lyon. A Lyon. De l'imprimerie d'Aimé de la Roche, Imprimeur du gouvernement et de la ville, 1781-1788, 7 vol.*

*Correspondance de MM. Les députés des communes de la Province d'Anjou avec leurs commettants relativement à l'assemblée constituante. A Angers de l'imprimerie de Pavie rue, S. Laudi, 1789.*

DALLOZ aîné (D.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrines et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Nouvelle édition considérablement augmentée d'un essai sur l'histoire générale du droit français par M.D.DALLOZ aîné et par M. Armand DALLOZ son frère, Paris au bureau de la Jurisprudence générale, 1845-1870, 44 vol.

DENISART (Jean Baptiste), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle ; Par Me J-B DENISART, Procureur au Châtelet du roi, Sixième édition, corrigée et augmentée*, A Paris, chez Desaint, rue du foin, la première porte cochère à droite, en entrant par la rue St Jacques, 1768, 3 Vol.

DIDEROT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers par une Société de gens de lettres mis en ordre et publié par Monsieur DIDEROT*. 3<sup>ème</sup> édition Genève et Neufchâtel 1778, 1779.

DUMONT, *Nouveau Style Criminel, contenant 1°Une instruction sur la procédure criminelle ; 2°les formules de tous les actes qui ont lieu en cette matière ; 3°des procédures entières sur le petit et grand criminel, le faux principal, le faux incident, la reconnoissance des écritures, et l'instruction conjointe*. Par M. Dumont, Avocat. Nouvelle édition, corrigée et augmentée par l'auteur. A Paris chez la veuve DESAINT, libraire, rue du foin S.Jacques, 1778.

DUPORT (Adrien), *Projet d'une déclaration des droits. Par M.DUPORT, Député à l'Assemblée Nationale*, A Paris, chez Le Cler, Libraire, rue Saint Martin, n° 254, 1789.

DUQUESNOY (Adrien), *Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar le Duc, sur l'Assemblée constituante*, 3 mai 1789-3 avril 1790.

DUVERGIER J.D, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Paris, 1824.



FERRIERE (Claude Joseph de ), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique avec les juridictions de France par Monsieur Claude-Joseph de FERRIERE, Doyen des Docteur-Régens de la Faculté des Droits de Paris, et ancien Avocat en Parlement. Nouvelle édition, Revue, corrigée et augmentée par Mr\*\*\*\*, Toulouse, chez J. DUPLEIX, 1779, (2 Vol).*

GAURET (Jacques), *Stile universel de toutes les Cours et Juridictions du royaume, pour l'instruction des matières criminelles, suivant l'Ordonnance de Louis XIV Roy de France et de Navarre du mois d'Août 1670. Par Mr Gauret, secrétaire de Monsieur LE CAMUS, conseiller du roy en tous ses conseils, Maître des requêtes et lieutenant civil. A Paris chez les Associés choisis par ordre de sa majesté pour l'impression des Stiles et formules, suivant les nouvelles ordonnances, 1687.*

*Gazette nationale ou Le Moniteur universel, Réimpression de l'Ancien Moniteur depuis la réunion des Etats généraux jusqu'au consulat, (Mai 1789-Novembre 1799), avec des notes explicatives par M. Léonard GALLOIS, Paris, Au bureau central, Quai Malaquais, 13, 1840.*

GORSAS (Antoine Joseph), *Le courrier de Versailles à Paris et de Paris à Versailles par M. GORSAS citoyen de Paris*

GOUGES CARTOU (Arnaud), *Projet de déclaration de droits ; par M. GOUGES-CARTOU, Député des six sénéchaussées du Quercy, A Versailles, chez Baudoin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Avenue de S.Cloud, n°69, 1789*

GUYOT (Nicolas Joseph), *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs Jurisconsultes : publié et mis en ordre par Mr G\*\*\*\*\* écuyer, ancien magistrat, à Paris, chez J.DOREZ, libraire, rue Saint Jacques, près St Yves, 1775*

ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'An 420 jusqu'à la Révolution de 1789 par Messieurs JOURDAN, DECRUSSY et ISAMBERT, Paris 1821-1832, 29 Vol.*

*Journal des Etats généraux, convoqués par Louis XVI, le 27 Avril 1789; aujourd'hui Assemblée nationale permanente. Ouvrage dont l'accueil favorable a nécessité une seconde édition, augmentée de plusieurs anecdotes intéressantes, relatives aux trois ordres. Par M. LE HODEY. Seconde édition. A Paris, chez le rédacteur, Place du Palais-Royal, au coin de la rue Fromenteau, 1790.*

*Journal des débats et des décrets, ou récit de ce qui s'est passé aux séances de l'assemblée nationale depuis le 17 juin 1789 jusqu'au premier septembre de la même année, Paris, Imprimerie nationale, 1791.*

*La grande encyclopédie inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts par une société de savants et de gens de lettres, Paris, H. Lamirault et Cie ,Editeurs, 61 rue de Rennes, 1885-1902.*

LAROUSSE (Pierre), *Grand dictionnaire universel du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1866-1876, 17 vol.

LE CHAPLAIN (J) ROBINET (Jean François) ROBERT (Adolphe), *Dictionnaire historique et biographique de la Révolution et de l'Empire, 1789-1815.*

*Le courrier de Provence pour servir de suite aux lettres du Comte de Mirabeau à ses commettants, Paris, de l'imprimerie du patriote françois, Place du théâtre italien, 1789.*

LEGRAND DE BOISLANDRY, *Divers articles pour entrer dans la déclaration des droits*, A Versailles, chez Baudoin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Avenue de S. Cloud, n° 69, 1789.

*Le point du jour, Nouveau Journal des Etats généraux ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'assemblée nationale, à PARIS chez CUSSAC, libraire, au palais royal, et à TOULOUSE chez J.B. BROULHIET, libraire, rue St rouie. De l'imprimerie de la veuve DOULADOURE, 1789.*

LOCRE, *La législation, Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, Paris, 1831.

MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *Archives parlementaires de 1780, 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises reprises par ordre du sénat et de la Chambre des députés sous la direction de M. J. MAVIDAL et M.E. LAURENT*, Paris, 1879.

MARAT (Jean Paul), *Projet de déclaration des droits de l'homme suivi d'un plan de constitution*, Paris, 1789.

MERLIN (Philippe Antoine), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Ouvrage de plusieurs jurisconsultes réduits aux objets dont la connaissance peut encore être utile et augmentée des changements apportés aux lois anciennes par les lois nouvelles tant avant que depuis l'année 1814, de dissertations, de plaidoyers et de réquisitoires sur les unes et les autres*, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 1828, 19 vol.

MERLIN (Philippe Antoine), *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 1827-1830, 8 Vol.

PETION DE VILLENEUVE (Jérôme), *Déclaration des droits de l'homme, remise dans les bureaux de l'Assemblée nationale, par M. Peytion de Villeneuve, Député de Chartres*, CH DESAINT, Imprimeur du Châtelet, rue de la Harpe, au dessus de Saint-Côme, n° 133.

PISON DU GALLAND (Alexis François), *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Par A.F. PISON DU GALLAND, Membre de l'Assemblée Nationale*.

*Procès verbal de l'assemblée nationale imprimée par son ordre, à Paris chez Baudoin, imprimeur de l'assemblée nationale, rue du Foin-Saint Jacques.*

*Projet de déclaration des droits de l'homme en société. Présenté le 17 août 1789 par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits, A Versailles, chez Baudoin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Avenue de St.-Cloud, n°69.*

*Répertoire général alphabétique du droit français.*

ROBERT (Adolphe), BOURLOTON (Edgar), COUGNY (Gaston), (publiés sous la direction de), *Dictionnaire des parlementaires français comprenant tous les membres des Assemblées françaises et tous les ministres français depuis le 1<sup>er</sup> mai 1789 jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 1889, avec leur nom, état civil, état des services, actes politiques, votes parlementaires, etc.*, Paris, 1891, 5 Vol.

SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Projet de Déclaration proposé aux députés des communes aux Etats-Généraux de France ; Par M. SERVAN, ancien Avocat-Général au Parlement de Grenoble*, 1789.

SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Projet d'une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Par M. SERVAN, A Lausanne, chez Jean Mourer, libraire*, 24 août 1789.

THOURET (Jacques Guillaume), *Projet de déclaration des droits de l'homme en société. Par M. Thouret, Député de Rouen A Versailles*, chez Baudoin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Avenue de S. Cloud, 1789.

## AUTEURS ANCIENS

### A

AGUESSAU, *Œuvres choisies de D'AGUESSAU, Chancelier de France*, Paris, 1819, 6 vol.

AGUESSAU, *Œuvres complètes du Chancelier d'AGUESSAU*. Nouvelle édition, augmentée de pièces échappées aux premiers éditeurs, et d'un discours préliminaire par M. Pardessus, Paris, 1819, 16 Vol.

AYRAUT (Pierre), *L'ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, A Paris Chez Michel SONNIUS, rue Saint Jacques, à l'enseigne de l'escu de Basle, 1588.

### B

BEAUMANOIR (Philippe de), *Coutumes de Beauvaisis*, texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique par AM. SALMON, Paris, Alphonse PICARD et Fils, Paris, 1900, 2 Vol.

BECCARIA (Cesare), *Du traité des délits et des peines*, Traduction de l'Abbé MORELLET, E. Amsterdam, VAN HANEVELT, 1771.

BECCARIA (Cesare), *Des Délits et des Peines*, Deuxième édition avec une introduction et un commentaire revu et augmenté de notes nouvelles par M. Faustin HELIE, Paris, Guillaumin et Cies, Libraires, 1870.

BECCARIA (Cesare), *Des Délits et des Peines*, Traduit de l'italien par Maurice CHEVALLIER Introductions et notes par Franco VENTURI, Librairie DROZ, Genève, 1965.

BECCARIA (Cesare), *Des Délits et des Peines*, Traduction par Maurice CHEVALLIER, Préface de Robert BADINTER, Paris, GF Flammarion, 1991.

BERGASSE (Nicolas), *Discours sur l'humanité des juges dans l'administration de la Justice criminelle*, par M.Bergasse.

BERNARDI (Joseph Elzéar Dominique de), *Les moyens d'adoucir la rigueur des lois pénales en France, sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l'Académie de Châlons sur Marne en 1780, suivis de celui qui a obtenu l'accessit & des extraits de quelques autres mémoires présentés à la même Académie*, A CHALON-SUR-MARNE chez Senzuze, Imprimeur du Roi & de l'Académie et se vend à PARIS chez Desauges, Libraire rue Saint Louis du Palais, 1781.

BLONDEL, *Discussion des principaux objets de la législation criminelle*, Par M.B...l, Paris, chez Baudouin imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789.

BOUCHER D'ARGIS (André Jean Baptiste), *Observations sur les lois criminelles de France* par M.Boucher d'Argis, Conseiller au Châtelet, chez LEBOUCHER libraire, Amsterdam et Paris, 1781.

BOUTARIC (François de), *Explication de l'ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, sur les matières criminelles, par feu noble François de Boutaric, Professeur du droit françois en l'université de Toulouse. Avec les Edits, déclarations et arretz donnez en interprétation des ordonnances et de plusieurs réglemens du Conseil*, Gaspard HENAUT, Jean François FOREST, Toulouse, 1743, 2 Vol.

BORNIER (Philippe), *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, Paris, chez la Veuve Savoie, rue Saint-Jacques, 1776.

BRISSOT DE WARVILLE (Jacques-Pierre), *Théorie des lois criminelles* par Brissot de Warville. Nouvelle édition revue, rectifiée et améliorée d'après les travaux subséquents de l'auteur, augmenté de notes, de remarques, d'appendices, etc .Précédé d'une lettre sur l'ouvrage par le Président DUPATY et suivie du sang innocent vengé, ou discours sur les réparations

*dues aux accusés innocents*, Paris, à la librairie diplomatique française et étrangère, de JP Aillaud, Quai Voltaire, 1836.

BRISSOT DE WARVILLE (Jacques-Pierre), *Bibliothèque philosophique du Législateur, du Politique, du Jurisconsulte ou choix des meilleurs discours, dissertations, essais, composés sur la législation criminelle par les plus célèbres Ecrivains en françois, anglois, italien, allemand, espagnol, etc, pour parvenir à la réforme des lois pénales dans tous les pays, traduits et accompagnés de notes et d'observations philosophiques. Par J.P.Brissot de Warville*. A Berlin et se vend A Paris, chez Desanges, libraire, rue S. Louis du Palais. Belin, Libraire, rue S. Jacques. A Lyon, chez Grabit et Rosset, Libraires, rue Mercière, 1782, 10 Vol.

BRUNEAU (Anthoine), *Observations et maximes sur les matières criminelles, avec des remarques tirées des auteurs conformes aux édits, ordonnances, arrêts et règlements de Cours Souveraines*, Paris 1716.

## C

CHARONDAS LE CARON (Louis), *Œuvres de Me Louis CHARONDAS LE CARON, jurisconsulte parisien. Tome premier. Contenant les Quatre Livres des Pandectes ou Digestes du Droit François et les Commentaires sur la Coustume de Paris*. Paris, Etienne RICHER, rue S.Iean de Latran, à l'arbre verdoyant, et au Palais sur le Perron Royal, 1637.

CHARONDAS LE CARON (Louis), *Œuvres de Me Louis CHARONDAS LE CARON, jurisconsulte parisien. Tome second. Contenant les responses et décisions du Droict François :Résolutions de plusieurs questions de Droict, autres que celles traittées aux responses :Mémorables observations du Droict François, rapporté au civil et canonic et le Commentaire sur l'Edict des Tailles*. Paris, Etienne RICHER, rue S. Iean de Latran, à l'arbre verdoyant, et au Palais sur le Perron Royal, 1637.

CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), *CONDORCET Arithmétique politique Textes rares et inédits (1767-1789)*,

Edition critique et commentée par Bernard BRU et Pierre CREPEL, Institut National d'Etudes Démographiques, P.U.F, Paris, 1994.

COMÉYRAS (Pierre Jacques Bonhomme de), *Essai sue les réformes à faire dans notre procédure criminelle, M. de Comeyras, Avocat au Parlement, ci devant l'un des membres du Comité de législation*, A Paris, chez Desenne, Libraire, au Palis Royal, 1789.

## D

DAMHOUDERE (Joost de), *La pratique et enchridiction des causes criminelles, illustrées par plusieurs élégantes figures, rédigée en escript par Josse de Damhoudere docteur es droictz, conseiller & commis des domaines & finances de l'empereur Charles le V fort utile & nécessaire à tous souverains baillisz, escoutestes, mayeurs, & autres iusticiers & officiers*, Louvain, imprimé par Estienne Wauters & Iehan Bathen, 1555.

DESPEISSES (Antoine), *Œuvres de M. Antoine D'espeisses, Avocat et Jurisconsulte de Montpellier, où toutes les plus importantes matières du droit Romain sont méthodiquement expliquées et accomodées au droit françois. Confirmées par les arrêts des Cours Souveraines et enrichies des plus utiles Doctrines des Auteurs anciens et modernes. Nouvelle édition, revue, corrigée et considérablement augmentée par Me Guy Du Rousseaud de la Combe. Avocat au Parlement de Paris*. Lyon, chez les frères Bruyset, rue Merciere, au soleil et à la Croix d'Or. 1750. 3 Vol. in-fol. La pratique criminelle se trouve dans le volume 2.

DIGESTE, *Les cinquante livres du DIGESTE ou DES PANDECTES de l'Empereur Justinien, Traduits en français par feu M.HULOT, Docteur-agrégé de Droit de Paris et Avocat au Parlement, pour les quarante quatre premiers livres, et par M.BERTHELOT, ancien Docteur agrégé de la même Faculté, Avocat au Parlement, censeur royal pour la Jurisprudence, et maintenant professeur de législation à l'école centrale du Gard ; sur un exemplaire des Pandectes florentines, conféré avec l'édition originale de Contins, celle de Denis Godefroy par Elzévir et plusieurs autres*, A METZ chez BEHMER et LAMORT, Imprimeurs libraires, A PARIS chez



RONDONNEAU au dépôt des Lois, An XII, Réimprimé en 1979 par Scienta Verlag, AALEN, Allemagne.

DUPLESSIS (Claude), *Œuvres de M. DUPLESSIS*, Ancien Avocat au Parlement, divisées en 2 volumes, Nicolas Gosselin, Paris, 1726-1728 .

DUPATY. (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Lettres sur la procédure criminelle de la France, dans lesquelles on montre sa conformité avec celle de l'inquisition et les abus qui en résultent*, Paris, 1788.

DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*. A Paris, de l'imprimerie de Philippe-Denys Pierres, Premier imprimeur du roi, etc, et se trouve à Avignon chez J.Guichard, imp libraire, vis à vis St Omer, 1786.

## F

FRAIN DE LA TREMBLAYE, *Essais sur l'idée du parfait magistrat, où l'on fait voir une partie des obligations des juges*, A Paris chez Pierre Emery. Quay des Augustins, 1701.

## G

GODART, *Réhabilitation de la mémoire de deux accusés, et justification des trois autres*, A Paris, chez N. H. Nyon, imprimeur du parlement, rue Noyon Saint andré des arts, 1787.

## I

IMBERT (Jean), *La Pratique iudiciaire tant civile que criminelle, receve et observée par tout le Royaume de France : composée M. Iean Imbert, Lieutenant criminel au siège royal de Fontenay le Comte illustrée et enrichie de plusieurs doctes commentaires, interprétations & annotations, extraictes tant du mesme autheur, que des Docteurs & practiciens, tant anciens que modernes, Edicts, Ordonnances, & Arrests des Cours de Parlements. Par M. Pierre Guenois, Conseiller du Roy, & Lieutenant particulier au siège &*

*ressort d'Issoudun en Berry & B. automne. A Genève, Pour Pierre & Jacques Chouët, 1625.*

## J

JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France, Où l'on examine tout ce qui concerne les Crimes et les Peines en général et en particulier ; les Juges établis pour décider les Affaires Criminelles ; les Parties publiques et privées ; les Accusés ; les Ministres de la Justice Criminelle ; les experts ; les Témoins ; et les autres Personnes nécessaires pour l'instruction des Procès-criminels ; et aussi tout ce qui regarde la manière de procéder dans la poursuite des Crimes*, Paris, Chez Debure Pere, libraire, Quai des Augustins, à l'image S.Paul, 1771, 4 vol.

JOUSSE (Daniel), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670. Avec un Abrégé de la Justice Criminelle : Par M\*\*\* Conseiller au Présidial d'Orléans. Nouvelle Edition, corrigée et augmentée*. Paris, Chez Debure l'Ainé, Quai des Augustins, à l'image S.Paul, 1756.

## L

LACRETELLE (Pierre Louis) (l'aîné), *Discours sur le préjugé des peines infamantes couronné à l'Académie de Metz. Lettres sur la réparation qui seroit due aux accusés jugés innocents. Dissertation sur le ministère public. Réflexions sur la réforme de la justice criminelle. Par M.Lacretelle, Avocat au Parlement*. A Paris, Chez Cuchet, libraire, rue et hotel Serpente, 1784.

LALLY-TOLLENDAL, (Trophime-Gérard), *Mémoire de M. le comte de Lally-Tollendal, ou seconde lettre à ses commettants*, Paris, Desenne, 1790.

LALLY-TOLLENDAL, (Trophime-Gérard), *Essais sur quelques changemens qu'on pourroit faire dès à présent dans les lois criminelles de France, par un honnête homme, qui depuis qu'il connoît ces lois, n'est pas bien sûr de n'être pas pendu un jour*, Paris, 1786.

LANGE (François), *La Nouvelle Pratique Civile, Criminelle et Bénéficiale ou le Nouveau Praticien François, réformé suivant les nouvelles Ordonnances. Par feu Mr LANGE, Ancien Avocat en Parlement. Avec un traité du Droit d'Indult, et un Traité de la Jurisdiction Ecclésiastique, trouvez dans les manuscrits de l'auteur...*, À Cologne, Chez Pierre Motiens, 1731.

LAVERDY (Clément- Charles- François), *Code pénal ou Recueil des Principales Ordonnances, Edits et Déclarations sur les crimes et délits. Seconde édition, augmentée d'un essai sur l'esprit et les motifs de la Procédure criminelle*, à Paris, chez Desaint et Saillant, rue S. Jean de Beauvais, 1755.

LECAUCHOIS, *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON, par Me Lecauchois, Avocat au Parlement de Rouen*, A Paris, de l'imprimerie de Cailleau, libraire et imprimeur de la prévôté de l'hotel du roi, rue Gallande, n°64, 1786

LETROSNE (Guillaume François), *Vue sur la justice criminelle. Discours prononcé au bailliage d'Orléans par Monsieur LETROSNE, Avocat du Roi du Présidial d'Orléans ;associé de l'Académie Royale des Belles Lettres de Caen ;Honoraire de la Société économique de Berne ; et membre de la Société Royale d'Agriculture d'Orléans*. A Paris, chez les Frères DEBURE, Libraires, Quai des Augustins, 1777.

LOYSEAU (Jean Jacques), *Réflexion sur le plan de constitution judiciaire de M.DUPORT lu à la Société des amis de la constitution le 24 mars 1790*

## M

MARAT (Jean-Paul), *Plan de législation criminelle*, Texte conforme à l'édition de 1790, Introduction et postface de Daniel HAMECHE, Bibliothèque sociale, Paris, Aubier Montaigne, 1974.

MARAT (Jean Paul), *Oeuvres politiques,1789-1793*, Textes et guide de lecture établis par Jacques de COCK et Charlotte GOËTZ, Bruxelles, Pole Nord, 1991, 10 vol.

M.L.T., *L'esprit des cahiers, présentés aux états généraux de l'an 1789, augmentés de vues nouvelles, ou projet complet de la régénération du royaume de France. Le tout en bref.* Par M.L.T.Paris, 1789.

MONTAIGNE (Michel de), *Les Essais*, Préface de Marcel CONCHE, Paris, Edition PUF, 2004.

MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, Texte établi avec une introduction, des notes et des variantes par Gonzague TRUC, Editions classiques Garnier, Paris, 1961,2 Vol .

MONTESQUIEU (publié par le Baron Gaston de MONTESQUIEU), *Pensée et fragments inédits de Montesquieu*, Bordeaux, Imprimerie de Gounouilhou, 2 Vol, Tome 1 1849, Tome 2 1901.

MOREAU (Jacob-Nicolas), *Les devoirs du Prince réduit à un seul principe ou Discours sur la justice dédiée au Roi*, Versailles, de l'impr. du roi depart. des aff. étr., 1775.

MUYART DE VOUGLANS (Pierre François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume divisée en trois parties. Par M. MUYART DE VOUGLANS, Avocat au Parlement. Pour servir de suite aux Institutes au Droit Criminel, et au Traité des Crimes, du même auteur.* A Paris, Chez Louis CELLOT, Imprimeur- Libraire, 1767.

MUYART DE VOUGLANS (Pierre François), *Institutes au droit criminel, ou principes ses principes généraux sur ces matières, suivant le Droit civil, Canonique, et la Jurisprudence du Royaume ; avec un Traité particulier des Crimes*, à PARIS, Chez le Breton, 1768.

MUYART DE VOUGLANS (Pierre François), *Les lois criminelles de France dans leur Ordre naturel. Dédiées au Roi.* Par M. MUYART de VOUGLANS, Conseiller au Grand Conseil Paris, chez MERIGOT le jeune, Libraire, chez CRAPART, Libraire, chez Benoît MORIN, Imprimeur- Libraire, 1780.

NICOLAS (Augustin), *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique avec une préface de Michel COLLEE*, Réimpression de l'édition d'Amsterdam, 1682, Lafitte Reprints, Marseille, 1982.

PASTORET, *Des lois pénales, Par M. de PASTORET, Maître des Requêtes, de l'académie des inscriptions et belles-Lettres, etc. etc.* A Paris, Chez Buisson, Libraire, rue Haute-Feuille, Hôtel de Coctlosquet, N°20, 1790.

PHILPIN DE PIEPAPE (Nicolas-Joseph), *Observations sur les Lois criminelles de France, Par M. Philpin de Piepape, Conseiller d'état, Lieutenant-général honoraire de Langres, Commissaire du Roi, etc.* A Paris, chez Belin, Libraire, rue Saint-Jacques près Saint-Yves, 1789.

POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, Paris, Videcocq père et fils, libraires-éditeurs, Cosse et N. Delamotte, Imprimeurs- éditeurs 1845.

POULLAIN DU PARC (Augustin-Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Chez François VATAR, Imprimeur du Roi, Rennes, 1768.

PREVOST DE LA JANNES (Michel), *Les Principes de la jurisprudence françoise exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice, Par M Prévost de la Jannes, Conseiller au Présidial d'Orléans et professeur en droit françois en l'université de la même ville. Nouvelle édition, revue et, corrigée et augmentée de plusieurs pièces posthumes de l'auteur sur la même matière.* A Paris, chez Briasson, rue Saint Jacques, à la science et à l'ange gardien, 1770.

PROST DU ROYER, Antoine François, *Dictionnaire de jurisprudence et des Arrêts ou Nouvelle édition du Dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle*, par M. Prost du Royer, ancien lieutenant général de police de Lyon, et M. Riolz. A Lyon de l'imprimerie d'Aimé de la Roche, imprimeur du gouvernement et de la ville, 1781-1788, 7 Vol.

PRUDHOMME (L) MEZIERES (Laurent de), *Résumé général ou extrait des cahiers de pouvoirs, instructions, demandes et doléances, remis par les divers bailliages, sénéchaussées et pays d'Etats du royaume à leurs députés à l'assemblée des Etats généraux ouverts à Versailles le 4 mai 1789. Avec une table raisonnée des matières. Publié par le sieur Prudhomme. A Paris, chez l'éditeur, rue des marais, Faubourg St GERMAIN, 1789, 3 Vol in 8°.*

## R

ROUSSEAUD DE LA COMBE (Guy), *Du Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent. Divisé en quatre Parties, Quatrième Edition, Revue et augmentée considérablement, sur les notes manuscrites de l'Auteur, par Me Nicolas Guy DU ROUSSEAU DE LA COMBE, son fils, Avocat au Parlement, à Paris, Au Palais, Chez Théodore LE GRAS, 1751.*

## S

SALLE (Jacques Antoine), *L'Esprit des ordonnances de Louis XIV, ouvrage ou l'on a réuni la théorie et la pratique des ordonnances par M. Salle, Avocat au Parlement, de l'Académie Royales des Sciences et Belles lettres de Berlin. A Paris, chez Samson, Libraire, Quai des Augustins, 2Vol. in-4°.*

SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaires de l'ordonnance de 1670 contenant 1°Les règles présentées par les anciennes et nouvelles ordonnances pour l'instruction des procès criminels. 2°Les réglemens concernant la compétence des juges royaux et subalternes. 3°Les règles pour l'instruction conjointe des juges royaux et ecclésiastiques. 4°Les réglemens concernant les privilèges ecclésiastiques. Un commentaire particulier sur l'Ordonnance de 1731, contenant les cas prévôtaux, avec un traité des fonctions, droits et prérogatives des officiers de Maréchaussée. Les règles pour le jugement des procès criminels. Un recueil des privilèges et immunités de MM. les Officiers de Parlemens, Chambre des Comptes et du Domaine, trésoriers de France, et Officiers des Bailliages et Sénéchaussées et Sièges Présidiaux. Enfin plusieurs réglemens sur les cas royaux, et les Droits*

*concernant les Offices des lieutenans Criminels et autres officiers. Par M. François SERPILLON, Lieutenant Général Criminel, et Conseiller aux Bailliage, Chancellerie et Siège Présidial d'Autun. Nouvelle édition où les supplémens de l'auteur ont été insérés dans le texte. Lyon, 1784, chez les Frères Perisse, Libraire, rue Merciere .2 Vol.*

SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle prononcé par M. S\*\*\*, A Genève, 1768.*

SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Œuvres choisies de SERVAN, Avocat général au Parlement de Grenoble, Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice inédite par X de PORTETS, Avocat, Professeur au collège de France et à la faculté de Droit de Paris, Paris, 1825.*

SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un évènement important. Par M. Servan, ancien magistrat, Genève, 1781.*

## T

TARGET (Guy Jean Baptiste), *L'esprit des cahiers, présentés aux Etats-Généraux de l'An 1789, augmenté de vues nouvelles, ou projet complet de la génération du royaume de France. Le tout en bref, par M.L.T., Paris, juin 1789.*

THORILLON (Antoine Joseph), *Idées sur les lois criminelles, où l'on propose 460 lois nouvelles en place de celles qui existent aujourd'hui, Par M.Thorillon, Ancien procureur au Châtelet, Paris, Belin libraire, Foulle libraire, Petit libraire, 1788, 2 Vol.*

TURGOT (Anne Robert Jacques), *Œuvres de TURGOT et documents le concernant, avec biographie et notes par Gustave SCHELLE, Paris, Librairie Felix Alcan, 1919, 4 vol.*

## V

VERMEIL, *Essai à faire sur les réformes à faire dans notre législation criminelle. Par M. V\*\*\*, Avocat au Parlement de Paris.* A Paris, chez Demonville, Imprimeur-Libraire de l'Académie Française, rue Christine, 1781.

VOLTAIRE (François Marie Arouet dit), *Œuvres complètes de VOLTAIRE.* De l'imprimerie de Fain, Place de l'Odéon. A Paris, Chez Th DESOER, Libraire, Rue Christine, 1817, 24 Vol.

TURGOT (Anne Robert Jacques) (Baron de l'Aulne), *Œuvres de TURGOT et documents le concernant avec biographie et note par Gustave Schelle,* Paris librairie Félix Alcan, 1919, 3Vol.



## AUTEURS MODERNES

### A) MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

#### A

ARABEYRE (Patrick), HALPERIN (Jean Louis), KRYNENE (Jacques), (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, P.U.F, 2007.

ALLARD (Albéric), *histoire de la Justice Criminelle au XVIème siècle*, 2<sup>ème</sup> réimpression de l'édition de Gand 1868, Scienta Verlag Aalen, 1997.

ARNAUD (André-Jean), *Les juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.

AULARD (A), *L'éloquence parlementaire pendant la Révolution française. Les orateurs de l'Assemblée constituante*, Paris, 1886.

AULARD (A), *Histoire politique de la Révolution Française, Origines et développement de la Démocratie et de la République*, Paris, Librairie Armand Colin, 1901.

#### B

BIJAOUÏ (Rémy), *Voltaire avocat, Calas, Sirven et autres affaires*, Paris, Taillandier, 1994.

BADINTER (ROBERT), (sous la direction de), *Une autre justice Contributions à l'histoire de la Justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989.

BADINTER (ROBERT), *La prison républicaine (1871-1914)*, Paris, Fayard, 1992

BAYET (Albert), *Histoire de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 89 politique au 89 économique*, Paris, 1939.

BELY (Lucien), (sous la direction de), *Dictionnaire de l'Ancien régime*, Paris, P.U.F, 1996.

BERGASSE (Louis), *Un défenseur des principes traditionnels sous la Révolution : Nicolas BERGASSE*, introduction par M.Etienne LAMY, Paris, 1910.

BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint-Prix, 4<sup>e</sup> édition, revue, corrigée et augmentée par C. Berriat Saint-Prix*, Paris, 1836.

BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel, par Jacques Berriat-Saint-Prix, 5<sup>e</sup> édition mise au courant de la législation, par Félix Berriat-Saint-Prix*, Paris, 1855.

BLUM (Eugène), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen – texte avec commentaire suivi*, Paris, 1902.

BONGERT (Yvonne), *Le droit pénal français médiéval de la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle à l'ordonnance de 1493*, Cours d'histoire du droit pénal, les cours de Droit, Paris, 1969, 1970.

BONGERT (Yvonne), *Le droit pénal français de la fin du XV<sup>ème</sup> siècle à l'ordonnance criminelle de 1670*, Cours d'histoire du droit pénal, les cours de Droit, Paris, 1972 1973.

BONNIER (Edouard), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et droit criminel*, 5<sup>ème</sup> édition revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Ferdinand LARNAUDE, Paris, 1888.

BONINCHI (Marc), *Vichy et l'ordre moral*, Préface de Gérard Noiriel, Paris P.U.F, 2005.

BOUCHARY J., *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la constitution de 1791*, Paris, 1946.

BOUGEART (Alfred), *Marat l'ami du peuple*, Paris, 1865, 2 Vol.

BOUZAT (PIERRE) PINATEL (Jean), *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1970, p.1128.

BRACONNIER (Martine), *COUTHON De l'Auvergne à la Convention, Georges Couthon, 22 décembre 1755-10 thermidor an II, ou les métamorphoses de la raison*, Les éditions du roure, Neyzac, Saint Julien-Chapteuil, 1966.

BREDIN (Jean Denis), *SIEYES la clé de la Révolution Française*, Paris, Edition de Fallois, 1988.

BUCHÉY (Philippe Joseph Benjamin), *Histoire de l'assemblée constituante précédée d'une histoire abrégée des français depuis l'établissement de la nationalité française jusqu'en 1789 par P.J.B. BUCHEZ*, Deuxième édition, Revue, corrigée et entièrement remaniée par l'auteur en collaboration avec MM Jules BASTIDE, E.S.DE BOIS LE COMTE, et A. OTT. Paris, J. Hetzel Editeur, 1846.

## C

CANTU (César), *BECCARIA et le droit pénal*, Ouvrage traduit, annoté, précédé d'un avant propos et d'une introduction par Jules LACOINTA et C. DELPUECH, Paris, 1885.

CARBASSE (Jean Marie), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, Collection Droit Fondamental.

CARBASSE (Jean Marie), *Introduction historique au droit*, Paris, P.U.F, 1998, Collection Droit Fondamental.

CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, collection Droit Fondamental.

CARBASSE (Jean-Marie), (sous la direction de), *Histoire du Parquet*, Paris, PUF, 2000, collection Droit et justice.

CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, Paris, 1937.

CARBONNIERES (Louis) (de), *La procédure devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Honoré Champion Editeur, 2004.

CASTALDO (André), *Les méthodes de travail de l'Assemblée constituante*, Paris, PUF, 1991.

CHAMPION (Edmé), *La France d'après les Cahiers des Etats Généraux*, deuxième édition, Paris, Librairie Armand Colin, 1904.

CHANTAGREL (Jean), *Manuel de droit criminel*, Paris, 1858.

CHARPENTIER (Paul Louis Henri), *Etudes sur le caractère des preuves en matière criminelle*, Conférence des attachés, Paris, Imprimerie de cosson, 1862.

CHASSIN (Charles Louis), *Le génie de la Révolution*, Paris, 1863, 2 Vol.

CHEVALLIER (Jean-Jacques), *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot, 1979, 3 Vol.

CONAC (Gérard), DEBENE (Marc), TEBOUL (Gérard), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Histoire, analyse et commentaires sous la direction de Gérard CONAC, Marc DEBENE, Gérard TEBOUL, Paris, Economica, 1993.

CONTE (Philippe), MAISTRE de CHAMBON (Patrick), *Procédure pénale*, Paris, Masson- Armand Colin, 2<sup>ème</sup> édition, 1997.

CONTE (Philippe), MAISTRE de CHAMBON (Patrick), *Procédure pénale*, Paris, Masson- Armand Colin, 4<sup>ème</sup> édition, 2002.

CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF,

## D

DE BAECQUE (Antoine de), (textes réunis par), (présentés par Antoine de Baecque, Wolfgang Schmale et Michel Vovelle), *L'An I des droits de l'homme*, presse du C.N.R.S, Paris 1988.

DEFFERRARD (Fabrice), *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J, Paris, 2005.

DELBEKE (Baron Francis), *L'action politique et sociale des avocats au XVIIIe siècle ; leur part dans la préparation de la Révolution française*, Paris, Société anonyme du recueil Sirey, 1927

DELMAS-MARTY (Mireille), *La mise en état des affaires pénales : rapports de la Commission Justice pénale et Droit de l'homme*, Paris, la documentation française, 1991

DESJARDINS (Albert), *Les cahiers des états généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, 1883.

DETOURBET (Edmond), *La Procédure criminelle au XVIIe siècle. Histoire de l'ordonnance du 28 août 1670, son influence sur les législations qui l'ont servie et notamment sur celle qui nous régit actuellement*. Paris, 1881.

DU BOYS (Albert), *Histoire du droit criminel de la France depuis le XVIe jusqu'au XIXe siècle, comparé avec celui de l'France, de l'France et de l'Angleterre*. Paris, 1874, 2 Vol.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, 1943.

DUPRAT (Pascal), *Les encyclopédistes, leurs travaux, leurs doctrines et leur influence*, Paris, 1866.

## E

ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. LAROSE et FORCEL, 1882.

## F

FARCY (Jean-Claude), *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX<sup>e</sup> XX<sup>e</sup> siècles)*, CNRS Editions, Paris, 1988.

FAURE (Christine), *Les Déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, 1988.

FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, traduit de l'italien par Léon TERRIER, Paris, Felix Alcan, 1905.

FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, traduction de l'auteur sur la 3<sup>e</sup> édition italienne complètement refondue et mise au courant des progrès de la science du droit pénal et de la procédure criminelle, présentation de Raymond Cassin, Paris, Dalloz, 2004.

FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in œuvres de G. FILANGIERI accompagnées d'un commentaire de Benjamin CONSTANT*, Paris, 1840.

FOURMENT (François), *Procédure pénale*, Paradigme, 2002.

FOURNIER (Paul), *Les Officialités au Moyen Age, Etude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, Paris, E. PLON et Cie, Imprimeurs- Editeurs, 1880.

FOVIAUX (Jacques), *De l'empire romain à la féodalité*. Préface de Jean IMBERT, Paris, Edition Economica, 1994, 2 Vol.

FURET (François), HALEVI (Ran), *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.

## G

GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Librairie de la Société du Recueil J-B SIREY et du Journal du Palais, 1907, 6 Vol.

GARRAUD (René), *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du C.P. et C.I.C. en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, Paris 1881.

GAUCHET (Marcel), *La révolution des droits de l'homme*, Paris, 1989.

GAUDEMET (Jean), *Institutions de l'Antiquité*, Paris, SIREY, 2<sup>ème</sup> édition, 1982.

GAUDEMET (Jean), *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service droit*, Paris, Montchrestien, 3<sup>e</sup> édition, 2001.

GEMBICKI (Dieter), *Histoire et politique à la fin de l'Ancien régime, Jacob Nicolas MOREAU, 1717-1803*, Paris, 1979.

GIRAULT de COURSAC (Pierrette), *L'éducation d'un roi : Louis XVI*, Paris, Gallimard, 1972.

GODECHOT (Jacques), *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, P.U.F, 1989.

GOUBERT (Pierre) et DENIS (Michel), *1789 les Français ont la parole, cahiers des Etats généraux présentés par Pierre Goubert et Michel Denis*, Paris, Collection Archives Gallimard\Julliard, 1973.

GUINCHARD (Serge) BUISSON (Jacques), *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2002.

## H

HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle par M. Faustin HELIE*, deuxième édition, entièrement revue et considérablement augmentée. Paris, Henri PLON, Imprimeur-Editeur, 1866, 8 Vol.

## I

IMBERT (Jean), *Le pouvoir, le juge et les bourreaux, 25 siècles de répression*, Paris, 1972.

## J

JACOPIN (Sylvain), *Procédure pénale*, Paris, Montchrestien, 2005.

## L

LANGBEIN (John H.), *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*. University of Chicago press. Chicago and London.1977.

LAGARDE (Xavier), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préface de Jacques GHESTIN, L.G.D.J, 1994.

LAMY (Georges), *Les principes de 1789, commentaire historique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par Georges Lamy*, Paris, librairie d'éducation nationale, Alcide Picard et Kaan, 1903.

LAINGUI (André), LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, Paris Ed. Cujas, 1981, 2 Vol.

LANIER (Jacques François), *Michel Joseph Antoine SERVAN ou de SERVAN (1737-1807), avocat général de l'humanité*, Romans, 1995.

LANIER (Jacques François), *Servan ou l'art de survivre*, Romans, 1997.



LARGUIER (Jean) CONTE (Philippe), *Procédure pénale*, Mémento Dalloz, 21<sup>e</sup> édition, Paris, 2006.

LEBIGRE (Arlette), *La justice du Roi : la vie judiciaire de l'ancienne France*, Paris, Albin Michel, 1988.

LEBIGRE (Arlette), *1679-1682, L'affaire des poisons*, Paris, Editon complexe, 2006.

LEMAY (Edna Hundie), *Dictionnaire des Constituants, 1789-1791*, Préface de François FURET, Paris, Universitas, 1991, 2 Vol.

LE POITEVIN G., *Dictionnaires et formulaires des parquets de police judiciaire*, Paris, 1951.

LEVASSEUR (Georges) CHAVANNE (Albert) MONTREUIL (Jean), *Droit pénal général et Procédure pénale*, Paris, Edition Sirey, 11<sup>ème</sup> édition, 1994.

LEVY (Jean Philippe), *La hiérarchie des preuves dans le Droit savant du Moyen-Age depuis la renaissance du Droit romain jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle*, Annales de l'université de Lyon, librairie du recueil Sirey, Paris, 1939.

LEVY (Thierry), *Justice sans Dieu*, Paris Editions Odile Jacob, 2000.

LEVY BRUHL (Henri), *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964.

LUCCHINI (Luigi), *Le droit pénal et les nouvelles théories* par M. Luigi LUCCHINI traduit par M. Henri PRUDHOMME précédée d'une introduction par M. Jules LACOINTA, Paris, 1892.

## M

MAESTRO (Marcello T), *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*, New York, Columbia University press, 1942.

MALAPERT (P.A.F), *Etude historique sur les principes de 1789 en matière de procédure criminelle*, Paris, Imprimerie Renou et Maulde, 1865.

MARION (Albert), *Le garde des sceaux LAMOIGNON et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, 1905.

MARCAGGI (Vincent), *Les origines de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1904.

MARIE (Jean François), *Eléments de droit pénal et d'instruction criminelle*, Paris, 1896.

MARTUCCI (Roberto), *La Costituente ed il problema penale in Franci. Alle origini del processo accusatorio, i decreti Beaumetz*, Milan, 1984.

MASSIN (Jean), *Marat, Le club français du livre*, Paris, 1960.

MERLE (Philippe), *Les présomptions légales en droit pénal*, Paris, 1970.

MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> édition, 1979, 2 Vol.

MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> édition, 2001, 2 Vol.

METAIRIE (Guillaume), *Des juges de proximité : Les juges de paix Biographies parisiennes (1790-1838)*, Paris, 2002.

MICHAUD (J. Fr.), *Biographie Universelle ancienne et moderne*. Nouvelle édition, réimpression Schmidts Periodicals GmbH, D83075, Bald Feilnbach, Allemagne, 1998, 45 vol.

MITTERMAIER (Carl Joseph Anton), *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle, etc., de ses applications diverses en France, en France, en*

*Angleterre, etc., traduit par C.-A. ALEXANDRE*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1848.

MOMMSEN (Théodore), *Le droit pénal romain*, traduit de l'allemand par J.DUQUESNE, Paris, Albert Fontemoing, Editeur, 1907, 3 Vol.

MORNET (Daniel), *Les origines intellectuelles de la Révolution française, 1715-1787*, Préface de René POMEAU, La Manufacture, Lyon, 1989.

## N

NORMAND (Victor Albert), *Traité élémentaire de droit criminel, comprenant une introduction philosophique et une introduction historique, l'explication des principes généraux du Code pénal, du Code d'instruction criminelle, et l'analyse des lois les plus importantes qui ont modifié ou complété ces deux codes depuis leur promulgation jusqu'en 1896*, Paris, 1896.

## O

ORTOLAN (Joseph Louis Ezear), *Eléments de droit pénal*, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 1886.

## P

PIEPAPE (Léonce de), Nicolas Joseph Philpin de Piepape, Jurisconsulte et conseiller d'Etat (17331-1793), Paris, 1924.

PLESSIX BUISSET (Christiane), *Le criminel devant ses juges en Bretagne aux XVIème et XVIIème siècles*, préface de Jean IMBERT, Editeur MALOINE, Paris, 1988.

POMEAU (René), *Voltaire en son temps*, Fayard /Voltaire Foundation, 1995, 2 Vol.

PONSIN (Léon de), *Les cahiers de 89 ou les vrais principes libéraux*, Paris, 1887.

PRADEL (Jean), *Procédure Pénale*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, Cujas, 1993.

PRADEL (Jean), *Procédure Pénale*, 11<sup>ème</sup> édition, Paris, Cujas, 2002.

PRADEL (Jean), *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, collection *Que sais-je*, 2<sup>ème</sup> édition, 1991.

PROUTEAU (Jean L), *Charles Dupaty : un magistrat philosophe du siècle des lumières*, Rochefort, impr. Lafon, 1989.

## R

RADENAC (Louis), *Manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires contenant le commentaire de la législation la plus récente suivi d'un recueil méthodique de questions d'examen*, Paris, 1898.

RADENAC (Louis), *Manuel élémentaire de droit criminel à l'usage des étudiants en droit de deuxième année, suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*, 2<sup>e</sup> édition, Paris 1903.

Rapport de la commission de réflexion sur la Justice. Annexes. Commission présidée par Pierre TRUCHE, Premier président de la Cour de Cassation, Paris, la Documentation française, 1997.

RASSAT (Michèle-Laure), *Procédure Pénale*, Paris, P.U.F, 2<sup>ème</sup> édition, 1995, Collection Droit fondamental.

RASSAT (Michèle-Laure), *Traité de procédure Pénale*, Paris, P.U.F,

RAUTER (Jacques Frédéric), *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou cours de législation criminelle*, Paris, Charles HINGRAY Editeur, 1836, 2 Vol.

RENAULT (Léon Charles), *De l'influence de la Philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle sur les réformes de la procédure Criminelle*, Discours prononcé à l'ouverture

de la Conférence des avocats le 6 Décembre 1862 par M.L.C Renault, Paris, Imprimerie de W. Reinquet, Goupy et Cie, 1862.

RIALS (Stéphane, présentée par), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988.

ROCHE (Daniel), *Le siècle des lumières en province Académies et académiciens provinciaux , 1680-1789*, Ecole des hautes études en sciences sociales, Mouton éditeur, Paris, La Haye, 1978, 2 Vol.

RODIERE, (Aimé Bernard Yves Honoré), *Eléments de procédure criminelle*, Paris, 1844.

ROLAND (Henri), ROYER (Laurent), *Adages du Droit français*, 3<sup>ème</sup> édition Paris, LITEC 1992.

ROSSE (Raoul), *Règles pratiques sur la direction et l'instruction des procédures criminelles*, Paris, 1887.

ROYER (Jean- Pierre), *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 3<sup>ème</sup> édition revue et mise à jour, 2001.

## S

SABATIE (A.C), *La justice pendant la révolution*, Paris 1914.

SCHELLE (Gustave), *Œuvres de TURGOT et documents le concernant avec biographie et notes*, Paris, Librairie Felix alcan, 1919, 5 Vol.

SELIGMAN (Edmond), *La justice en France pendant la révolution (1789-1792)*, Paris, Librairie Plon, Plon Nourrit et Cie, Imprimeurs Editeurs, rue Garancière, 8, 1901.

SOBOUL (Albert), *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Paris, P.U.F., 1989.

SOYER (Jean Claude), *Droit Pénal et Procédure Pénale*, Paris, L.G.D.J, 13<sup>ème</sup> édition, 1997.

STEPHANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure Pénale*, Paris, Dalloz, 15<sup>ème</sup> édition, 1993.

STEPHANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure Pénale*, Paris, Dalloz, 16<sup>ème</sup> édition, 1996.

STEPHANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure Pénale*, Paris, Dalloz, 17<sup>ème</sup> édition, 2000.

STEPHANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure Pénale*, Paris, Dalloz, 18<sup>ème</sup> édition, 2001.

STEPHANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure Pénale*, Paris, Dalloz, 19<sup>ème</sup> édition, 2004.

## T

TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, réimpression de la 4<sup>ème</sup> édition de la philosophie pénale et précédée d'une note introductive et d'une bibliographie rédigée par Jean PINATEL Président de la commission scientifique de la Société internationale de criminologie, Paris, Cujas, 1972.

TARDIF (Alphonse), *La procédure civile et criminelle aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles ou procédure de transition*, Paris, Alphonse PICARD, L. LAROSE et FORCEL, 1885.

TOCQUEVILLE (Alexis de), *L'Ancien régime et la Révolution*, préface, notes, biographie, chronologie par Françoise MELONIO, Paris, GF Flammarion, 1988.

TREBUTIEN (Eugène), *Cours élémentaire de droit criminel comprenant le commentaire des deux premiers livres du C.P. et du C.I.C. en entier et des lois nouvelles qui les ont modifiés*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris 1884 (Tome 1 & 2).

## V

VAQUETTE (Théodule Henri), *Mémento de droit criminel*, Paris, 1928.

VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, 2<sup>ème</sup> édition entièrement refondue et considérablement augmentée, Paris, 1902.

VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, 5<sup>ème</sup> édition refondue et mise au courant de la législation et de la J.P. par Joseph MAGNOL, Paris, 1915.

VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, 7<sup>ème</sup> édition refondue et mise au courant de la législation et de la J.P. par Joseph MAGNOL, Paris, 1928.

## B) THESES MEMOIRES ET MONOGRAPHIES

## A

AÏT OUARET (Anissa), *La présomption d'innocence et la preuve pénale*, Mémoire de DEA, Droit pénal et Sciences criminelles, Bordeaux IV, 2003-2004.

ANCEL (Jacqueline), *La politique criminelle de l'assemblée constituante*, Thèse, Paris, 1966.

AUBIN (Raoul), *L'organisation judiciaire d'après les cahiers de 1789*, Thèse Droit, Paris, 1928.

ASTAING (Antoine), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel de l'Ancien régime : audace et pusillanimité de la doctrine française*, Thèse Droit, Montpellier, 1996.

AUZAS (Julie), *Les présomptions de culpabilité en droit pénal*, Mémoire de DEA, Justice et droit du procès, Paris II, 2005

## B

BAKAS (Christos), *Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie*, Thèse, Paris, 1982.

BALLANDIER (Pierre), *Pour une défense de la présomption d'innocence*, Thèse Droit, Aix-Marseille, 1996.

BARDY (Jacques), *Recherche sur la pensée juridique dans les dictionnaires d'encyclopédie du XVII<sup>ème</sup> siècle*, Thèse, Paris, 1954.

BARRUE (Jean-Michel), *VOLTAIRE et le droit pénal*, Thèse, Paris, 1966.

BLOT (Stéphanie), *La défense dans le procès pénal de l'Ancien Régime : Etude de la pratique judiciaire Angevine*, Thèse Droit, Paris II, 2002.

BREBION (Estelle), VANDENBERGUE (Nadège), *Faustin HELIE et ses idées en matière pénale*, Mémoire Théorie du Droit, Lille II, 1993.

## C

CADENE (Jean), *La preuve en matière pénale : Essai d'une théorie générale*, Thèse Droit, Montpellier, 1963.

## D

DAOULAS (Hélène), *Présomption d'innocence et preuve pénale. Etude comparée des droits français, anglais et canadien*, Thèse Droit, Poitiers, 1999.

DAUTRICOURT (Pierre), *La criminalité et la répression au parlement de Flandres au XVIII<sup>ème</sup> siècle (1721-1790)*, Thèse Droit, Lille, 1912.

DERASSE (Nicolas), *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le Premier Empire (1789-1810): les mutations d'une fonction et d'une procédure*, Thèse Droit, Lille II, 1998.



DESILLE (Jean), *Les cahiers de doléances dans la réforme pénale de la révolution française*, Mémoire DEA, Paris I, 1976.

DELVAUX (Paul), *La controverse des droits de l'homme de 1789*, Thèse, Paris, 1988.

DENIZART (Jean), *La charge de la preuve en matière pénale*, Thèse Droit, Lille, 1956.

## E

ESSAID (Mohammed-Jalal), *La Présomption d'innocence*, Thèse droit, Paris, 1969.

## F

FOROUTANI (Djavad), *Le fardeau de la preuve en matière pénale : essai d'une théorie générale*, Thèse droit, Paris, 1977.

## G

GRELEWSKI (S), *La réaction contre les ordalies en France depuis le IX<sup>e</sup> siècle jusqu'au décret de Gratien. Agobard archevêque de Lyon, et Yves évêque de Chartres*, Thèse droit canonique, Strasbourg, 1924.

## H

HENRION (Hervé), *La nature juridique de la présomption d'innocence*, Thèse droit, Montpellier, 2004.

## L

LEVEQUE (Paul Jacques), *L'anglomanie dans les cahiers de doléance*, Thèse, Lille, 1962.

## M

MASMONTEIL (Ernest), *La législation criminelle dans l'œuvre de VOLTAIRE*, Thèse droit, Paris, 1901.

MASSON (Louis), *La révolution pénale en 1791 et ses précurseurs*, Thèse, droit, Nancy, 1899.

MEDAN (Lucien), *La justice criminelle en Roussillon de 1660 à 1790*, Thèse Droit, Toulouse, 1908.

MICHON (Georges), *Essai sur l'histoire du parti Feuillant Adrien DUPORT*, Thèse Lettres, Paris, 1924.

## P

PRUD'HOMME (Charles), *Michel de Servan (1737-1807), un magistrat réformateur*, Thèse droit, Paris, 1905

## R

RACHED (Aly A), *De l'intime conviction du juge, Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Thèse droit, Paris, 1942.

RIGOT (Ernest), *Examen de quelques immunités accordées au coupable, Réformes possibles*, Thèse droit, Lyon, 1902.

ROBLOT (René), *La justice criminelle en France sous la terreur*, Thèse droit, Paris, 1937.

## S

SAUBION (Séverine), *La présomption d'innocence*, Mémoire de DEA et de Sciences criminelles, Bordeaux IV, 2000.

## T

TONGLET (Alexandra), *La présomption d'innocence et les présomptions en droit pénal*, Thèse droit, Paris XIII, 1999.

TAISNE (Jean-Jacques), *La présomption d'innocence mythe ou réalité*, Mémoire DES de Sciences Criminelles, Lille II, 1973.

THIERY (Vincent), *La présomption d'innocence*, Mémoire D.E.A. Droit privé Lille II, 2000.

## V

VERHAEST (Johann), *Faustin HELIE (1799-1884), un pénaliste républicain et humaniste*, Thèse droit, Lille II, 1998.

## W

WALCH (Emile), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'assemblée constituante*, Thèse droit, Paris, 1903.

## C) ARTICLES ET MEMOIRES

## A

ALLIX (Dominique), La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable, *Justices*, Revue générale de droit processuel, Avril- Juin 1998, n°10, La Justice pénale, pp.33-51.

AUVRET (Patrick), Le droit au respect de la présomption d'innocence, *La Semaine Juridique*, Doctrine, I, 3802, 1994, pp.497-506.

AMBROISE CASTEROT (Coralie), Présomption d'innocence, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2003, pp.1-13.

ASTAING (Antoine), Le refus du dogmatisme ou du pyrrhonisme : La preuve pénale dans le *Traité de la justice criminelle de France (1771)*, Daniel JOUSSE, *un juriste au temps des lumières (1704-1781)*, Textes réunis par Corinne LEVELEUX-TEXEIRA, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 16, Presses universitaires de Limoges, 2007, pp. 71-83.

## B

BADINTER (Robert), La présomption d'innocence, Histoire et modernité, *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 133-149.

BAUZON (Elodie), La présomption d'innocence et la charge de la preuve en droit romain, *La Présomption d'innocence. Essai de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, Vol 4, 2003.2004, Paris Ed. Eska, 2004, pp.25-32.

BAYET (Albert), Les origines de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *La Révolution française*, Revue d'histoire contemporaine publiée par la Société de l'histoire de la Révolution, 1939, Nouvelle série n°18, pp.136-141.

BEAUNE (Henri), Les Réformes judiciaires dans les cahiers de 1789, *La Gazette des tribunaux, Journal de jurisprudence et des débats judiciaires*, 8 et 9 novembre 1867.

BERGASSE (Louis), La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la Constituante, *La Réforme Sociale*, Bulletin de la Société d'Economie Sociale et des Unions de la Paix Sociale fondées par P.F. LE PLAY, 1905, Tome XLX de la Collection, pp.473-496 .

BERRIAT SAINT PRIX, La question sous Louis XVI, *Revue rétrospective*, pp.161-183.

BERNARD (Guillaume), Les critères de la présomption d'innocence au XVIII<sup>e</sup> siècle : De l'objectivité des preuves à la subjectivité du juge, *La*

*Présomption d'innocence. Essai de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, Vol 4, 2003.2004, Paris Ed. Eska, 2004, pp.33-57.

BERNASCONI (Pino), BECCARIA et la réforme de la justice pénale, *Revue pénale Suisse*, 1939, pp.332-335.

BETTIOL (Guiseppe), La Régola « in dubio proreo » nel diritto e nel processo penale, *Rivista italiana di diritto penale*, 1937, pp.241-254.

BONGERT (Yvonne), Le juste et l'utile dans la doctrine pénale de l'ancien régime, *Archives de philosophie du droit*, 1982, pp.291-347.

BONGERT (Yvonne), Le "pro modo probationum" : intime conviction avant la lettre ? *Revue historique de droit français et étranger*, 2000, pp.13-39.

BONNEFONT (Antoine), La présomption d'innocence, *La vie judiciaire*, 1995.

BONNIER (Edouard), De la preuve légale devant les tribunaux criminels, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, pp.330-354.

BOUINEAU (Jacques), Charles Giraud (1802-1881), *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, n°20, pp.121-145.

BOULET-SAUTEL (Marguerite), *Colbert et la législation*, Un nouveau Colbert, Actes du colloque pour le tricentenaire de la mort de Colbert organisé par le ministre délégué à la culture représenté par M. le Professeur Jean FAVIER, Paris 1981, pp.119-132.

BOULET-SAUTEL (Marguerite), Aperçu sur le système des preuves dans la France coutumière du Moyen Age, *Recueil de la société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions*, Tome XVII, La Preuve, Deuxième partie Moyen Age et Temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp. 275-325.

BOULOC (Bernard), Présomption d'innocence et droit pénal des affaires, *Revue de Science criminelle et de Droit comparé*, 1995, pp.465-473.

BOURDON (Jean), Un grand jurisconsulte vosgien : J.-N. Guyot, et quelques recueils biographiques ou bibliographiques, *Annales de l'est*, 1955, pp. 363-367.

BOSCH (Jan Willem), Un projet de réforme de la procédure criminelle par A.J. Fontaine en 1784, *Revue d'histoire du droit*, 1966, pp.227-237.

BRAUN (Pierre), TURGOT et la réforme de la procédure pénale, *Turgot économiste et administrateur*, Actes d'un séminaire organisé par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges pour le bicentenaire de la mort de TURGOT, Publication de la faculté de droit de Limoges, 1981, pp.169-177.

BREDIN (Jean-Denis), Le doute et l'intime conviction, *Droits*, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, 1996, n°23, La Preuve, pp.21-29.

BRETHER DE LA GRESSAYE (Jean), L'histoire de l'Esprit des lois, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948, Recueil Sirey, Paris 1952, pp.69-96.

BRETTE (Armand), Les Cahiers de 1789 et les "Archives parlementaires", *La révolution française*, revue d'histoire moderne et contemporaine publiée par la Société de l'histoire de la Révolution, Paris, 1904, Vol 47, pp.5-27

BULLIER (Antoine J.) PANSIER (Frédéric-Jérôme), Proof and evidence La preuve pénale en droit français et anglais, *Gazette du Palais*, 1993, pp.886-892.

## C

CADIET (Loïc), Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, *Justices et droits fondamentaux*, Etudes offertes à Jacques NORMAND, Paris, Litec, 2003, pp.71-110.

CARBASSE (Jean-Marie), Malesherbes et la réforme de la justice criminelle, *Actes du colloque Malesherbes*, Colloque Malesherbes, 6 avril 1994, Grand Amphi de la Sorbonne, Centre culturel du Panthéon, Paris, 1995, pp.89-103.

CARBASSE (Jean-Marie), Le droit pénal dans la déclaration des droits de l'homme, *Droits, Revue française de théorie juridique*, n°8, La déclaration de 1789, P.U.F, 1988, pp.123-134.

CARBASSE (Jean-Marie), Secret et justice, les fondements historiques de l'instruction, *Cles pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp.1243-1269.

CARBASSE (Jean-Marie), Loi et Justice chez Jacob-Nicolas MOREAU : Les leçons du *Discours sur la justice* à l'usage du Dauphin (1767), *Pensée politique et Loi*, actes du colloque d'Aix en Provence, 25-26 mars 1998, Aix en Provence, P.U.A.M, 2000, pp. 67-81.

CARBASSE (Jean-Marie), Les origines de la torture judiciaire du XII<sup>e</sup> au début du XIV<sup>e</sup>, *La torture judiciaire, Approches historiques et juridiques*, (sous la direction de Bernard DURAND avec la collaboration de Leach OTIS-COUR), Centre d'Histoire Judiciaire Editeur, Lille, 2002, pp.381-419.

CARBONNIER (Jean), Le problème de la détention préventive, *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 1937, pp.113-

CARDOT (Charles-Antoine), Regards sur le droit en France au temps de Louis XVI : Le répertoire universel et raisonné de jurisprudence (1776-1785), *Annales de la Faculté de droit et de science politique*, Université de Clermont Ferrand, 1974, Fascicule 11, pp.197-268.

CASTAN (Nicole), La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime, *Déviance et société*, 1983, Vol 7, N°1, pp.23-34.

CASTAN (Nicole), La réforme pénale en France à la fin de l'Ancien Régime : Tentatives et Echecs, *La Leopoldina. Criminalita e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo*, Vol 11, *Le politiche criminali in Italia e negli stati europei nel XVII secolo*, Milan 1990, pp.315-325.

CAULLET (Marc), Terminologie criminelle et droit d'inculpation, *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1954, pp.329-353.

CHARVET (Dominique), Réflexions autour du plaider-coupable, *Recueil Dalloz*, 2004, n°35, Doctrine, pp.2517-2519.

CHASSAING (Jean-François), Jalons pour une histoire de la présomption d'innocence, *Juger les juges : du Moyen Age au conseil supérieur de la magistrature*, Paris, La documentation française, 2003, pp. 232-242.

CLERE (Jean- Jacques), Les constituants et l'organisation de la procédure pénale, *La Révolution et l'Ordre Juridique Privé Rationalité ou Scandale*, acte du colloque d'Orléans du 11 au 13 septembre 1986, P.U.F, 1988, pp.441-456.

CLERO (Jean Pierre), Une pesée utilitariste de la présomption d'innocence, *La Présomption d'innocence. Essai de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, Vol 4, 2003.2004, Paris Ed. Eska, 2004, pp.69-75.

COHEN (Claude), De la présomption d'innocence au secret de l'instruction : La double impasse, *Gazette du Palais*, 1995, pp.951-953.

COMBALDIEU (Raoul), Le Juge et la Vérité Aspects de droit pénal, *Annales de l'université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVI, 1978, pp.315-324.

CONAC (Gérard), La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ses origines, son adoption, *alti dille gonare bologno nationes francia*, 1991, pp.3-23.

CONSTANT (Jean), VOLTAIRE et la réforme des lois pénales, *Revue du droit pénal et de criminologie*, 39ème Année, 1958-1959, pp.535-546.



CONTE (Philippe), Pour en finir avec une présomption caricaturale de la présomption d'innocence, *Gazette du Palais*, Tribune libre, 2-3 juin 1995, pp.21-23.

CREPIN (Marie-Yvonne), Le jugement de plus amplement informé, un moyen de continuer la procédure ?, *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit pas d'action ?*, Textes réunis par Jacqueline Hoareau-Dodinau, Guillaume Métairie et Pascal Texier, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 2006, n°13, Presses Universitaires de Limoges, pp.201-208.

## D

DAWSON (Ph), Le sixième Bureau de l'assemblée nationale et son projet de Déclaration des Droits de l'Homme juillet 1789, *Annales historiques de la Révolution française*, 1978, pp.161-179.

DELMAS-MARTY (Mireille), La preuve pénale, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, La Preuve, P.U.F, 1996, pp.53-65.

DELMAS-MARTY (Mireille), La jurisprudence du conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la déclaration de 1789, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque au Conseil Constitutionnel des 25 et 26 mai 1989, Paris, P.U.F, 1989, pp.151-169.

DELMAS-MARTY (Mireille), Le rayonnement international de la pensée de Cesare BECCARIA, *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1989, pp.252-260.

DEMOGUE (René), *La criminalité et la répression en champagne au XVIIIème siècle*, Travaux de l'Académie nationale de Reims, 1908-1909, pp.103-193.

DERATHE (Robert), Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire, *Atti del convegno internazionale su CESARE BECCARIA*, Torino 4-6 Ottobre 1966, Torino, Academia delle Scienze, pp.85-100.

DE SMEDT (C), Les origines du duel judiciaire, *Etudes religieuses, philosophiques, historiques et littéraires*, Paris, 1894, Tome LXIII, p. 336-362.

DETRAZ (Stéphane), la prétendue présomption d'innocence, *Droit pénal*, mars 2004, chronique n°3, pp.4-7.

DOUMERGUE (E), Les origines historiques de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *Revue de droit public*, 1904.

DURAND (Bernard), Arbitraire du juge et droit de la torture l'exemple du conseil souverain du Roussillon, *Recueil de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit des anciens pays de droit écrit*, 1979, pp.139-179.

DURAND (Bernard), Déontologie du Juge et Droits de la défense : Quelques pistes dans la Procédure criminelle d'Ancien Régime, *Mélanges Henri VIDAL*, n°16, 1994, pp.213-237.

## F

FARCY (Jean Claude), *Deux siècles d'histoire de la justice (1789 1989), éléments de bibliographie*, Université de Paris X Nanterre, Centre d'histoire de la France contemporaine, 1993.

FAVOREU (Louis), La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, *Mélanges en l'honneur d'André VITU*, 1989, pp.169-209.

FARTHOUAT (Jean-René), La Présomption d'innocence, *Justices*, Revue générale de droit processuel, avril-juin 1998, n°10, La Justice Pénale, pp.53-59.

FORIERS (Paul), La conception de la preuve dans l'école de droit naturel, *Recueils de la société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions*, Tome XVII la Preuve, Deuxième partie, Moyen Age et Temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp.169-192.

FOSSIER (François), Un financier érudit : Clément Charles François de LAVERDY, *Journal des savants*, 1981, pp. 397-421.

FOURNIER (Georges), L'aveu et la présomption d'innocence : Procédure inquisitoire ou procédure accusatoire, *La garde à vue en question. L'aveu reine des preuves ?* actes du colloque organisé par les l'action des chrétiens pour l'abolition de la torture, Bordeaux, 3 et 4 décembre 1994, Paris, 1995, pp. 8-23.

FOURNIER (Paul), Quelques observations sur l'histoire des ordalies au Moyen Age, *Mélanges Gustave Glotz*, Paris, P.U.F., pp.367-376.

## G

GAUCHET (Marcel), Droits de l'homme, *Dictionnaire critique de la révolution française*, Paris, Ed. Flammarion, 1988, pp.685-695.

GAUDEMET (Jean), Les Ordalies au Moyen Age : Doctrine, Législation et Pratiques canoniques, *Recueils de la société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions*, Tome XVII La Preuve, Deuxième partie Moyen Age et temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp.99-113.

GANSHOF (F.L.), La preuve dans le Droit Franc, *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tome XVII, Deuxième partie Moyen Age et Temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp.71-98.

GANZIN (Michel), La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : Droit naturel et Droit positif, *Les principes de 1789*, Préface de Henri MOREL, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp

GAZZANIGA (Jean Louis), Quant les avocats forment les juristes et la doctrine, *Droits*, Revue française de théorie juridique, n°20, Doctrine et recherche en Droit, P.U.F, 1994, pp.31-41.

GILISEN (John), La Preuve en Europe du XVI<sup>e</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle, Rapport de synthèse, *Recueil de la Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions*, Tome XVII, La Preuve, Deuxième partie Moyen Age et Temps Modernes, 1965, pp.755-833.

GILLIERON (Charles), L'évolution de la preuve légale, *Revue pénale suisse*, 1946, pp.197-208.

GIMELLE (Ernest), BECCARIA, Ses idées, leur influence sur la législation criminelle, Cour impériale de DOUAI, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 4 novembre 1867.

GIRAUD (Charles), Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, (Rapport fait par M. GIRAUD à l'Académie des sciences morales et politiques, dans la séance du 15 novembre), *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XII, 1844, janvier 1844, p. 144-146.

GLASER (Stefan), BECCARIA et son influence sur la réforme du droit pénal, *Revue internationale de droit pénal*, 1928, pp.425-440.

GODDART (Jean Christophe), La présomption d'innocence dans le fondement du droit naturel (1796) chez FICHTE, *La Présomption d'innocence. Essai de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, Vol 4, 2003.2004, Paris Ed. Eska, 2004, pp.77-87.

GODECHOT (Jacques), BECCARIA et la France, *Atti del convegno internazionale su CESARE BECCARIA*, Torino, 4-6 Ottobre 1964, Torino, Accademia delle Scienze, 1966, pp.67-83.

GODECHOT (Jacques), Les influences étrangères sur le droit pénal de la Révolution française, *La Révolution et l'Ordre juridique privé Rationalité ou*

*Scandale ?* Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, P.U.F, 1988, pp.47-53.

GODECHOT (Jacques), Les droits de l'homme et la révolution française, *Diritto e Potere Nella Storia Europa, Atti in onore di Bruno PARIDISI*, Firenze Leo S. Olschki, 1982, pp.979-1006.

GOUSENBERG (Victor), Du principe in dubio pro reo et de quelques difficultés dans son application pratique, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1948-1949, pp.933-956.

GRAVEN (Jean), MONTESQUIEU et le droit pénal, *la Pensée politique et constitutionnelle de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'Esprit des Lois 1748-1948*, Recueil Sirey, Paris, 1952, pp.209-254.

GRAVEN (Jean), BECCARIA et l'avènement du droit pénal moderne, *Grandes Figures et Grandes Œuvres Juridiques*, Genève, Librairie de l'Université, 1948, pp.97-186.

GUILLOT (Olivier), La justice dans le royaume franc à l'époque mérovingienne, *La giustizia nell'alto medioevo (secoli-V-VIII)*, Spoleto, 1995, pp.653-731.

## H

HALPERIN (Jean Louis), L'empire hérite et lègue, *La révolution de la justice, des lois du roi au droit moderne*, Editions Jean Pierre de Monza, 1989, pp. 221-252

HALPHEN (Louis), Les institutions judiciaires en France au XI<sup>ème</sup> siècle. Région angevine, *Revue Historique*, 1901, pp.278-307.

HELIE (Faustin), De la preuve en matière criminelle, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, pp.396-417.

HENRION (Hervé), L'article préliminaire du Code de Procédure Pénale : Vers une théorie législative du procès pénal, *Archives de politique criminelle*, 2001, pp. 13-52.

HENRION (Roger), La preuve en droit romain, *La preuve en droit*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1981, pp.59-76.

HERAIL (Edmond), *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, Cour d'Appel de Montpellier, Audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1871, discours de M.Edmond Herail, Montpellier, Imprimerie Jean Martel aîné, 1871.

HUTIN (Serge), Les sources initiatiques de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *L'Esprit républicain, Colloque d'Orléans*, 4 et 5 septembre 1970.

## I

IMBERT (Jean), Les six jours des droits de l'homme, *L'histoire*, n°113, juillet/août 1988, pp.20-25.

IMBERT (Jean), Principes généraux de la procédure pénale (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>), *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles présentés par un groupe d'étudiants sous la direction de Jean IMBERT*, P.U.F, 1964, pp.1-12.

## J

JEANDIDIER (Wilfrid), La présomption d'innocence ou le poids des mots, *Revue de Science criminelle et de Droit comparé*, 1991, pp.49-52.

JEAN-LUC, De la présomption d'innocence à la présomption de charges ou l'étrange réforme de procédure pénale de Maître VAUZELLE, *Gazette du Palais*, 1993, pp.342-365.

JELLINEK G., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen in Annales des sciences politiques*, 1902.

## K

KIEJMAN (Georges), Les présomptions de fait de culpabilité et la présomption légale d'innocence, *Déviance, Cahiers de l'institut de criminologie de Paris*, L'innocence IV, Journée d'étude de l'institut de criminologie de Paris, 28 et 29 Mai 1975, 1976, n°3-4, pp.14-31.

KOERING-JOULIN (Renée), La présomption d'innocence, Un droit fondamental ? Rapport introductif, *La Présomption d'innocence en Droit comparé*, Colloque organisé par le centre de droit comparé à la Cour de Cassation, Paris le 16 Janvier 1988, Paris, Ed Société de législation comparée, 1998, pp.19-26.

KOENIGSWARTER (Louis-Jean), Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle, *Revue de législation et de Jurisprudence*, 1851, pp.435-436

## L

LABOULAYE (Edouard), De l'administration française sous Louis XVI, *Revue des Cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1865, pp.745-752, 769-775, 778- 785.

LACHOWSKI (Jean), Un jour la révolution Comment fut voté la Déclaration des Droits de l'Homme, *Humanisme*, 1980, pp.30-36.

LAFON (Jacques), La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 26 août 1789, Essai de lecture, *Etudes*, 1987, pp.

LAINGUI (André), P.F MUYART DE VOUGLANS ou l'Anti-BECCARIA, *Revue de la Société Internationale d'Histoire de la Profession d'Avocat*, 1989, n°1, pp.69-80.

LAINGUI (André), La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI-XVIII), *Revue d'histoire des facultés de droit et de la Science juridique*, n°13, 1992, pp.75-89.

LAINGUI (André), Lois, juges et docteurs dans l'ancien droit pénal, *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, 1988, pp.73-89.

LAINGUI (André), Les adages du droit pénal, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1986, pp.25-54.

LAINGUI (André), Accusation et inquisition en pays de coutumes au Moyen Age (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècle), *Etudes offertes à Pierre Jaubert Liber Amirocum*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, pp.411- 429.

LARGUIER (Jean), LARGUIER (Anne-Marie), La protection des droits de l'homme dans le procès pénal, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1966, pp.95-161.

LAZERGES (Christine), Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1999, pp.166-177.

LAZERGES (Christine), Le renforcement de la protection de la présomption et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 2001, pp.7-23.

LE BERQUIER (Jules), Les Juristes à la Constituante et les Droits des sociétés modernes, *Revue des deux Mondes*, 1868, pp.978-1007.

LECA (Antoine), Les principes de la révolution dans les droits civil et criminel, *les Principes de 1789*, P.U.A.M, 1989, pp.

LE CALVEZ (Jacques), Les principes constitutionnels en droit pénal, *Semaine Juridique*, 1985, Doctrine I, n°3198.

LEGEAIS (Raymond), La présomption d'innocence et les juridictions de jugement, Etude comparée du droit français et du droit anglais, *Déviance, cahiers de l'institut de criminologie de Paris*, l'innocence IV, journée d'études de l'institut de criminologie de Paris, 28 et 29 mai 1975, 1976, n°3-4.



LEVASSEUR (Georges), Les grands principes de la Déclaration des Droits de l'Homme et le droit répressif français, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, Paris La documentation française, 1990, pp. 233-245.

LEVASSEUR Georges), La charge de la preuve en procédure pénale française, *Revue juridique et politique Indépendance et Coopération*, 1985, pp. 686-712.

LEVASSEUR (Georges), Le droit de la preuve en droit pénal français, *La Preuve en Droit*, Etudes publiées par Ch PERELMAN et P.FORIER, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1981, pp.175-195.

LEVASSEUR (Georges), Napoléon et l'élaboration des codes répressifs, *Histoire du droit social*, mélanges en Hommage à Jean IMBERT, Paris, P.U.F, 1989, pp.371-384.

LEVY (Jean-Philippe), Cicéron et la preuve judiciaire, *Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri LEVY-BRUHL*, Paris, Ed Sirey, 1959, pp.187-197.

LEVY (Jean- Philippe), Réflexion sur l'importance et l'intérêt des questions de preuves, *Travaux juridiques et économiques de l'université de Rennes*, 1954, Tome XVIII, pp.95-137.

LEVY (Jean-Philippe), L'apport de l'antiquité au droit de la preuve, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 23, La Preuve, 1996, pp.3-11.

LEVY (Jean-Philippe), L'évolution de la preuve des origines à nos jours, *Recueil de la société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions*, Tome XVII, La Preuve, Deuxième partie Moyen-Age et Temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp.9-70.

LEVY (Jean-Philippe), Les classifications des preuves dans l'histoire du droit, *La Preuve en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 1981, pp.27-58.

LEVY (Jean-Philippe), Coup d'œil ensemble sur l'histoire de la preuve, *Revue juridique indépendance et coopération*, Janvier-Mars 1985, pp.564-586.

LEVY (Jean-Philippe), Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age, *Recueils de la Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des Institutions*, La Preuve, Tome XVII, La Preuve, Deuxième partie Moyen-Age et Temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp.137-167.

LOMBOIS (Claude), La présomption d'innocence, *Pouvoirs*, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1990, n°55, Droit pénal Bilan critique, pp.82-94.

LORGNIER (Jacques), MARTINAGE (Renée), Procédure criminelle et répression devant la maréchaussée de Flandres, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1981, pp.183-197.

## M

MAES (Théodore), Empoisonnement, procédure inquisitoriale, torture et peine de mort au XVIIIème siècle, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1977, pp.59-72.

MARGUERAT (Philippe), Lecture de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *Revue suisse d'histoire*, 1983, pp 48-69.

MARTINAGE (Renée), L'Ordonnance de 1670 face aux particularismes flamands, *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit pas d'action ?*, Textes réunis par Jacqueline Hoareau-Dodinau, Guillaume Métairie et Pascal Texier, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 2006, n°13, Presses Universitaires de Limoges, pp.175-184

MARTUCCI (Roberto), Le Parti de la réforme criminelle à la constituante, *La Révolution et l'Ordre juridique privé, Rationalité ou Scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 Septembre 1986, présentation de Michel VOVELLE, P.U.F, 1988, pp.229-239.

MARINELLI (Vincenzo), Structure et fonctions de la Présomption d'innocence, *La Présomption d'innocence en Droit comparé*, Colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de Cassation (Paris, le 16 janvier 1998), Ed Société de législation comparée, Paris, 1998, pp.47-55

MAURY (Alfred), La législation criminelle sous l'ancien régime, *Revue des deux mondes*, 1877, pp.241-278.

MAZA (Sarah), Le tribunal de la nation : Les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien régime, *Annales, économies, sociétés, civilisations*, 1987, pp.73-90.

MER (Louis-Bernard), La procédure criminelle au XVIII<sup>e</sup> siècle : l'enseignement des archives bretonnes, *Revue historique*, 1985, pp.9-42.

MER (Louis-Bernard), Réflexions sur la Jurisprudence criminelle du parlement de Bretagne pour la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, *Droit privé et institutions régionales, Etudes offertes à J. YVERT*, P.U.F, 1976, pp.505-530.

MER (Louis-Bernard), Criminalité et répression en Bretagne, appréciation statistique 1750-1760, *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre BOUZAT*, Paris, Edition, A.Pedone 1980, pp.301-323.

## P

PADOA SCHIOPPA (Antonio), I filosofi e la Giuria penale, *Nuova Rivista Storica*, Vol LXX, Anno 1986, pp.107-146.

PADOA SCHIOPPA (Antonio), Le jury d'Adrien Duport, *La Révolution et l'Ordre Juridique Privé Rationalité ou Scandale*, acte du colloque d'Orléans du 11 au 13 septembre 1986, P.U.F, 1988, pp.609-622.

PANDOLFI (Jean), BECCARIA traduit par MORELLET, *XVIIIème siècle*, Revue publiée par la société française d'étude du XVIIIème siècle, Le Sain et le Malsain 1977, N°9, pp.291-316.

PANSIER (Frédéric Jérôme), le juge et l'innocence, *Gazette du Palais*, 10 aout 1995, p.1002.

PATARIN (Jean), Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de Droit criminel sous la direction et avec une préface de G.STEFANI, Paris, Librairie DALLOZ 1956, pp.7-56.

PERROD (Pierre Antoine), Une contribution de Condorcet à la réforme de la législation pénale, *Condorcet Studies I*, edited by Leonora Cohen Rosenfield, Vol 1, Atlantic Highland, Humanities press, 1984, pp.171.186.

PERTUE (Michel), Note sur la mise hors la loi sous la révolution française, *Bulletin d'histoire de la révolution française*, 1982-1983, pp.103-116.

PISAPIA (Gian Domenico), BECCARIA et la défense sociale, *Revue de science criminelle*, 1964, pp.898-908.

PONCELA (Pierrette), L'intime conviction dans le jugement pénal, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1983, pp.103-120.

PONCELA (Pierrette), Adrien DUPORT, fondateur du droit pénal moderne, *Droits*, Revue française de théorie juridique, n°17, La révolution française et le Droit, P.U.F, 1993, pp.139-147.

PONCELA (Pierrette), LASCOUMES (Pierre), Des délits et des peines sous la constituante, *Archives de politique criminelle*, n°11, Paris, Edition A. Pedone, 1989, pp.11-25.

PORTALIS Comte, De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de la législation et de jurisprudence*, 1840, pp. 174-200.

POUMAREDE (Jacques), Montesquieu, Voltaire, Beccaria, *La Révolution de la Justice, Des lois du roi au droit moderne*, sous la direction de Philippe BOUCHER Avant propos de Pierre ARPAILLANGE, 1989, pp.103-126.

PRIEUR (Léon), La justice sous l'ancien régime : les magistrats *in Revue catholique des institutions et du droit*, 1922.

PUFTIN (Guy), La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Recensement et variantes des textes (août 1789-septembre 1791), *Annales historiques de la Révolution française*, 1978, pp.180-200.

## R

RANOUIL (Pierre-Charles), Aux origines de l'intime conviction : un malentendu *Les épisodiques*, Groupe de recherches sur l'espace juridique, n°3, 1989, pp.61-88.

RANOUIL (Pierre-Charles), L'intime conviction, *Les destinées du jury criminel*, textes réunis et présentés par Renée MARTINAGE et Jean Pierre ROYER, l'espace juridique, Lille, 1990, pp.85-101.

RANOUIL (Pierre-Charles), Ernest Constans, Ami de l'inculpé, *Figures de Justice. Etudes en l'honneur de Jean Pierre ROYER, Mise en scène par Annie Deperchin, Nicolas Derasse, Bruno Dubois*, Centre d'Histoire Judiciaire de Lille, 2004, pp. 359-374.

RIALS (Stéphane), 1689-1989:une lecture de Montesquieu, *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à Jean IMBERT*, Paris, P.U.F, pp.476-482.

RIQUET (Michel SJ), Les sources judéo-chrétiennes de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *Revue des deux mondes*, Février 1981, pp.257-267.

ROBERT (Jacques-Henri), Jouissance des droits civils, protection de la présomption d'innocence, *JCP civil*.

ROUX (Jacques André), note sous Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, pp.352-353.

## S

SALDANA (Quintiliano), Le droit pénal de BECCARIA et de son école, *Etudes criminologiques*, 1927, pp.61-67, pp.89-94.

SAMET (Catherine), La présomption d'innocence, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, pp. 13-19.

SAVOY CASARD (Paul), La mise hors la loi à l'époque révolutionnaire, *Revue historique de droit français et étranger*, 1970, pp. 409-429.

SBRICCOLI (Mario), BECCARIA ou l'Avènement de l'Ordre le Philosophe, les Juristes, et l'émergence de la question pénale, *BECCARIA et la Culture Juridique des Lumières*, (Actes du colloque européen de Genève 25-26 novembre 1995), Etudes historiques éditées et présentées par Michel PORRET, Genève, Librairie DROZ S.A, 1997, pp.177-187.

SCHAZMANN (Paul-Émile), Le traité des délits et des peines en Suisse, *Revue pénale suisse*, 1943, pp.56-69.

SCHNAPPER (Bernard), Les peines arbitraires du XVIème et XVIIIème (Doctrines savantes et usages français), *Tydschrift voor rechsgeschiedens*, 1973, pp.237-277, 1974, pp.81-112.

SCHNAPPER (Bernard), La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'ancien régime, *Voies nouvelles en Histoire du droit, la Justice, la Famille, la Répression pénale (XVIème-XXème siècles)*, Publication de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de POITIERS, P.U.F, 1991, pp.187-205.

SCHNAPPER (Bernard), La répression pénale au XVIème siècle, l'exemple du parlement de Bordeaux, *Voies nouvelles en Histoire du droit, La Justice, La Famille, La Répression pénale (XVIème- XXème siècles)*, Publication de la

Faculté de Droit et des Sciences Sociales de POITIERS, P.U.F, 1991, pp.53-105.

SCHNAPPER (Bernard), *Testes inhabiles*, les témoins reprochables dans l'ancien droit pénal, *Voies nouvelles en Histoire du droit, La Justice, La Famille, La Répression pénale (XVIème- XXème siècles)*, Publication de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de POITIERS, P.U.F, 1991, pp.145-175.

SMOECKEL (Mathias), L'Absolutio ab instantia. Son développement en Europe et ses implications constitutionnelles, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1998, n°19, p. 171-187.

SPENCER (John), DELEUZE (Barbara), VORMS (David), La preuve : une question inclassable, *Archives de politique criminelles*, 1993, pp.37-53.

STOOS (C.), Montesquieu kriminalpolitik. Aus dem « geist der Gesetze » zusammengestellt, *Revue pénale suisse*, 1919, pp.22-31.

## T

THIREAU (Jean-Louis), Le jurisconsulte, *Droits, Revue française de théorie juridique*, n°20, Doctrine et recherche en Droit, P.U.F, 1994, pp.21-30.

TORREBLANCA (R.P.), La relaxe au bénéfice du doute, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1962, pp.222-226.

TOUCHARD (Georges), Un publiciste italien au XVIIIème siècle, Filangieri et la Science de la législation, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1901, pp.319-346.

TRICAUD (François), Le procès de la procédure criminelle à l'âge des lumières, *Archives de philosophie du droit*, 1995, Tome 39, pp.145-167.

TROUSSE (Paul Emile), La preuve des infractions, *Revue du droit pénal et de criminologie*, 1958, pp 731-765.

TRUCHE (Pierre), Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale, *Archives de politique criminelle*, 2001, p.9-11.

## U

ULRICH (D.), La répression en Bourgogne au XVIIIe siècle, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1972, pp.398-437.

## V

VANDERVEEREN (José), Louis XVI criminologue, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1960, pp.183-215.

VENTRE DEBIS (Madeleine), Joseph-Elzear ORTOLAN, un juriste dans son siècle, *Revue d'histoire des facultés du droit et de la science juridique*, 1995, n°16, 173-239.

VILLERS (Robert), Les preuves dans l'ancien droit français du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles, *Recueils de la société Jean BODIN*, Tome XVII, La Preuve, Deuxième Partie Moyen Age et Temps Modernes, Bruxelles, 1965, pp.345-356.

VOVELLE (Michel), La révolution et les droits de l'homme, *les droits de l'homme et la conquête des libertés, des lumières aux révolutions de 1848*, 1986, P.U.G.

## W

WEYL (Monique et Roland), La Déclaration, les Droits de l'Homme et le juriste, *Pensée*, Nov- Dec 1989, n° 272.

WOLODKIEWICZ (Witold), Denis DIDEROT, Antoine GASPARD BOUCHER d'ARGIS, Louis, Chevalier de Jaucourt. Le droit romain et l'encyclopédie 31 articles con una nota de littera di Witold Wolodkiewicz, *Antiqua*, 1986, pp.vii-xliii.



WOLODKIEWICZ (Witold), Antoine GASPARD et André Jean BOUCHER D'ARGIS, deux juristes éclairés devant la révolution, *La révolution et l'ordre juridique privé rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, présentation de Michel VOVELLE, P.U.F, 1988, pp.187-204.

## Z

ZOLLINGER (Louis), L'intime conviction du juge, *Déviance, Cahiers de l'institut de criminologie de Paris*, L'innocence IV, Journée d'étude de l'institut de criminologie de Paris, 28 et 29 Mai 1975, 1976, pp.33-44.

## TABLE DES MATIERES

|                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>                                                                   | <b>4</b>   |
| <b>PARTIE 1.LA PRESOMPTION D’INNOCENCE : UN CONCEPT PROCEDURAL RECENT.....</b>                       | <b>31</b>  |
| <b>Titre 1. L’Ordonnance criminelle de 1670 : L’impossible présomption d’innocence.....</b>          | <b>36</b>  |
| <b>Chapitre 1. L’Ordonnance exclut le concept .....</b>                                              | <b>38</b>  |
| Section 1 La procédure d’instruction annihile le concept.....                                        | 40         |
| Paragraphe 1. Un droit à l’innocence étouffé .....                                                   | 40         |
| A. Une démarche procédurale défavorable à l’accusé .....                                             | 40         |
| B. L’impossible application du concept : la réception en procès ordinaire .....                      | 48         |
| Paragraphe 2. Le recours à la torture : la négation de la présomption d’innocence .....              | 56         |
| A.L’effet pervers de la preuve parfaite .....                                                        | 56         |
| B. Absence d’aveu ou dénégations tardives : deux situations sans effet sur le sort de l’accusé ..... | 61         |
| Section 2. La procédure de jugement interdit le concept .....                                        | 67         |
| Paragraphe 1. Une doctrine qui refuse l’incertitude.....                                             | 67         |
| A. La place du doute chez les criminalistes .....                                                    | 67         |
| B. Une présomption d’innocence partiellement évoquée mais sans conséquence juridique .....           | 75         |
| Paragraphe 2. Des condamnations au bénéfice du doute .....                                           | 84         |
| A. Un texte inappliqué .....                                                                         | 84         |
| B. Une pratique judiciaire défavorable à l’innocence présumée.....                                   | 99         |
| <b>Chapitre 2 Critique de l’Ordonnance : émergence du concept .....</b>                              | <b>105</b> |
| Section 1. Une justice criminelle remise en cause .....                                              | 107        |
| Paragraphe 1. La preuve pénale en question .....                                                     | 107        |
| A. un droit à l’innocence évoqué.....                                                                | 107        |
| B. Pour un système probatoire différent .....                                                        | 117        |
| Paragraphe 2. Une volonté d’humaniser le procès pénal .....                                          | 127        |
| A. Le juge et le doute .....                                                                         | 128        |

|                                                                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. Evocation chaotique du concept .....                                                                     | 137        |
| Section 2. Un milieu judiciaire qui évoque des idées nouvelles .....                                        | 144        |
| Paragraphe 1. Devoirs du Juge, Droits de l'accusé .....                                                     | 145        |
| A. les premiers signes d'un débat : le discours judiciaire .....                                            | 145        |
| B. Un débat qui s'amplifie : le tribunal de l'opinion publique.....                                         | 153        |
| Paragraphe 2. Un droit à l'innocence évoqué .....                                                           | 168        |
| A. Juristes et praticiens en quête d'un autre système probatoire .....                                      | 168        |
| B. Le principe d'un droit à l'innocence .....                                                               | 182        |
| <b>Titre 2. La révolution : l'affirmation conceptuelle de la présomption d'innocence.....</b>               | <b>191</b> |
| <b>Chapitre 1. Du concept procédural au principe procédural : une approche confuse.....</b>                 | <b>193</b> |
| Section 1. Le peuple de France aspire à une autre justice criminelle .....                                  | 195        |
| Paragraphe 1. Cahiers de doléance et droits de la défense .....                                             | 195        |
| A. Exposé des griefs .....                                                                                  | 195        |
| B. Une preuve légale toujours présente .....                                                                | 200        |
| Paragraphe 2. Evocation imparfaite d'une innocence présumée .....                                           | 203        |
| A. Des esquisses certaines.....                                                                             | 203        |
| B. Les premiers promoteurs d'une présomption d'innocence.....                                               | 209        |
| Section 2. Difficile élaboration du principe : les projets de déclaration.....                              | 212        |
| Paragraphe 1. Une liberté au centre des principes .....                                                     | 212        |
| Paragraphe 2. L'esquisse d'un procès pénal rééquilibré mais silencieux sur la présomption d'innocence ..... | 222        |
| <b>Chapitre 2. Une consécration imparfaite.. .....</b>                                                      | <b>230</b> |
| Section 1. Le rapport de Nicolas BERGASSE .....                                                             | 232        |
| Paragraphe 1.L'exposé de nouveaux principes judiciaires.....                                                | 232        |
| A. Une volonté de changement .....                                                                          | 232        |
| B. Les nouveaux principes exposés par cette réforme judiciaire.....                                         | 236        |
| Paragraphe 2.Une justice criminelle différente.....                                                         | 241        |
| A. Une autre procédure .....                                                                                | 241        |
| B. Esquisse d'un autre système de preuve : une présomption d'innocence évanescence.....                     | 244        |

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 2. Le vote de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ..... | 246 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe 1. Prolégomènes .....                                           | 246 |
| A. Cadre de la discussion .....                                            | 246 |
| B. Protéger la liberté .....                                               | 252 |
| Paragraphe 2. Un principe évoqué incidemment.....                          | 255 |
| A. La plume d'Adrien DUPORT.....                                           | 255 |
| B. La consécration collective d'un principe aux conséquences ignorées..... | 260 |

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| Conclusion de la première partie ..... | 266 |
|----------------------------------------|-----|

## **PARTIE 2. LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : UN PRINCIPE PROCEDURAL IGNORE.....269**

|                                                         |            |
|---------------------------------------------------------|------------|
| <b>Titre I. Une prise de conscience difficile .....</b> | <b>275</b> |
|---------------------------------------------------------|------------|

|                                                         |            |
|---------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre 1. Un principe difficilement admis.....</b> | <b>277</b> |
|---------------------------------------------------------|------------|

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Section 1. Un principe compromis..... | 279 |
|---------------------------------------|-----|

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe 1. Des événements qui paralysent l'article 9.....                      | 279 |
| A. L'urgence empêche la compréhension du principe.....                            | 279 |
| B. L'évocation fugace d'une présomption d'innocence.....                          | 285 |
| Paragraphe 2. Une présomption d'innocence que l'on oublie.....                    | 289 |
| A. Les changements effectifs.....                                                 | 290 |
| B. Le maintien de la preuve légale, l'éviction de la présomption d'innocence..... | 293 |

|                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 2. Le jury, l'intime conviction et la présomption d'innocence ..... | 297 |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe 1 Les premières évocations .....                                       | 297 |
| A. Les principes énoncés le 22 septembre 1789 .....                               | 298 |
| B. La discussion sur la réforme judiciaire ignore la présomption d'innocence..... | 303 |
| Paragraphe 2. Une rupture avec les règles judiciaires de l'Ancien régime.....     | 309 |
| A. Le rappel inutile à l'article 9.....                                           | 309 |
| B. L'intime conviction au détriment de la présomption d'innocence.....            | 314 |

|                                                               |            |
|---------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre 2. Un silence généralisé sur ce principe.....</b> | <b>321</b> |
|---------------------------------------------------------------|------------|

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| Section 1. Un principe passé sous silence ..... | 323 |
|-------------------------------------------------|-----|

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe 1 Le constat : Une libération du juge ..... | 323 |
| Paragraphe 2 Le silence législatif .....               | 327 |

|                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Section 2. Un principe décrit mais non exposé explicitement .....                                                                        | 334        |
| Paragraphe 1 La preuve pénale théorisée.....                                                                                             | 334        |
| A. la redécouverte d'une problématique.....                                                                                              | 335        |
| B. Les criminalistes français et la présomption d'innocence.....                                                                         | 341        |
| Paragraphe 2 Une production littéraire muette à ce sujet .....                                                                           | 349        |
| A. Traités et répertoires .....                                                                                                          | 349        |
| B. Autres écrits juridiques.....                                                                                                         | 358        |
| <b>Titre 2. Une prise de conscience tardive.....</b>                                                                                     | <b>368</b> |
| <b>Chapitre 1. Un principe procédural exposé récemment .....</b>                                                                         | <b>370</b> |
| Section 1. Les premières évocations du principe .....                                                                                    | 372        |
| Paragraphe 1. Le tournant du XX <sup>ème</sup> siècle .....                                                                              | 372        |
| Paragraphe 2. Un principe néanmoins critiqué dans son application .....                                                                  | 379        |
| Section 2. Un principe qui ne se concrétise pas .....                                                                                    | 386        |
| Paragraphe 1. Un principe troublé.....                                                                                                   | 386        |
| Paragraphe 2. Une définition confuse.....                                                                                                | 390        |
| <b>Chapitre 2. Un principe procédural reconnu mais fragile.....</b>                                                                      | <b>396</b> |
| Section 1. Une consécration récente .....                                                                                                | 398        |
| Paragraphe 1. Une erreur d'orientation : La loi du 4 janvier 1993.....                                                                   | 398        |
| Paragraphe 2. La loi du 15 juin 2000 : La consécration législative d'un principe procédural pourtant reconnu .....                       | 407        |
| Section 2. La présomption d'innocence : Un colosse au pied d'argile.....                                                                 | 410        |
| Paragraphe 1. Une doctrine en recherche d'une définition : Un principe fragilisé....                                                     | 410        |
| Paragraphe 2. Des situations procédurales et doctrinales corrosives qui altèrent la portée effective de la présomption d'innocence ..... | 417        |
| A Une procédure pénale qui affaiblit la présomption d'innocence .....                                                                    | 418        |
| B Une présomption d'innocence paralysée par la nécessité de l'efficacité judiciaire.....                                                 | 424        |
| <b>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE .....</b>                                                                                            | <b>431</b> |
| <b>CONCLUSION GENERALE.....</b>                                                                                                          | <b>434</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>                                                                                                               | <b>445</b> |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| <b>TABLES DES MATIERES.....</b> | <b>505</b> |
|---------------------------------|------------|

## **LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : ESSAI D'INTERPRETATION HISTORIQUE**

La Présomption d'innocence constitue un principe procédural qui organise le procès pénal, en désignant celle des parties qui aura à supporter la charge de la preuve, et en renvoyant l'accusé des fins de la poursuite dès lors qu'il existe un doute. Consacré sur le plan international, et plus récemment, au plan national, par les lois des 4 janvier 1993 et 15 juin 2000, ce principe, intimement lié au problème de la preuve pénale, connut une émergence lente et laborieuse. En effet, l'Ordonnance criminelle ainsi que le système de la preuve légale qui lui est consubstantiel imposent au juge de condamner dès que la preuve est réunie. Le doute ne peut exister pour un accusé que l'on supposait coupable. La Révolution allait cependant inscrire la présomption d'innocence, dans une Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et qui entendait libérer les hommes des cadres obsolètes de l'Ancien régime, mais aussi le protéger de ses rigueurs. Quand ils votèrent l'article 9 de ce texte, les Constituants en ignorèrent la dimension procédurale. La consécration du jury et de l'intime conviction, tant par la loi du 16-29 septembre 1791 que par le Code d'instruction criminelle, maintient cette cécité. Malgré le renouveau du droit pénal qui s'affranchit du poids représenté par la toute puissance du seul droit civil, le XIX<sup>ème</sup> reste presque silencieux sur ce principe. Il faudra attendre le XX<sup>ème</sup> pour voir clairement exposé le mécanisme procédural de la présomption d'innocence. Toutefois, sa réception demeure imparfaite. Il est critiqué dans son application et la loi pénale créa des présomptions de culpabilité. Les récentes interventions législatives ne permettent pas d'enrayer l'érosion de ce principe puisqu'elles installent une confusion entre le principe procédural et un principe concourant à la liberté de la défense et des droits de la personne. La présomption d'innocence reste donc d'une fragilité certaine malgré sa pleine reconnaissance.

The Presumption of innocence constitutes a procedural principle which organizes the penal lawsuit, by indicating which of the parts will have to support the burden of proof, and by sending back the defendant of the end of the proceedings as soon as there is a doubt. Devoted on the international level, and more recently, on the national level, by the laws of January 4th, 1993, and June 15 th, 2000, this principe, closely related to the problem of the penal proof, went through a slow and difficult emergence. Indeed, the criminal Ordinance as well as the system of the penal proof which is consubstantial with the criminal Ordinance impose on the judge to condemn as soon as the proof is put together. The doubt cannot exist for a defendant who was supposed guilty. The Revolution was going however to register the Presumption of innocence in a Declaration of the Right of and of the Citizen, and who not only intended to release men from the obsolete framework of the Ancient Regime, but also to protect it from its rigours. When they voted the article 9 of this text, the Settiors were not aware of its

procedural dimension. The consecration of the jury and of the intimate conviction, as well by the law of September 16-29 1791 as by the directive of the criminal code, maintains this blindness. In spite of the revival of the criminal law which is freed from the weight represented by the power of the civil law, the 19th century stays almost quiet on this principle. We will have innocence. However, its reception remains imperfect. It is criticized in its application and the criminal law created presumptions of culpability. The recent legislative interventions do not enable to stop the erosion of this principle since they bring a confusion between the procedural principle and a principle contributing to the freedom of the defence and the rights of the person. The presumption of innocence then remains fragile in spite of its recognition.

**MOTS CLES : Accusé, Assemblée Constituante, Bénéfice du doute, Condamnation, Criminaliste, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Intime conviction, Jury, Preuve légale, Preuve pleine et entière, Présomption d'innocence, Principe procédural, Procès pénal, Vérité judiciaire.**

Université de Lille II, 1 place Déliot, BP 629, 59024, LILLE Cedex