

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 ⁽⁸⁸⁾, 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* ⁽⁸⁹⁾, 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,

⁸⁸ "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.

⁸⁹ 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 ⁽⁹⁰⁾, 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

⁹⁰ Cf sur ce point Antoine ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI^e XVIII^e 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 prompt répression dès la découverte d’un fait criminel. Pour assurer, non seulement la perpétuité des institutions monarchiques mais aussi la tranquillité du royaume (⁹¹), 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 (⁹²), va servir de cadre à

⁹¹ 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.

⁹² "*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 (⁹³). 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 (⁹⁴), cherche impérativement à démontrer la réalité objective de la culpabilité. Sitôt l'action publique déclenchée (⁹⁵), 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.

⁹³ 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.*

⁹⁴ 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^e XVIII^e siècle), Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française.*

⁹⁵ 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 ⁽⁹⁶⁾. Il se fait communiquer les rapports techniques ainsi que les expertises imposées par les nécessités de l'enquête ⁽⁹⁷⁾. 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*"⁽⁹⁸⁾, cette information se caractérise avant tout par le secret ⁽⁹⁹⁾ et constitue un moment important dans le déroulement de l'instruction préparatoire confiée alors à un juge ⁽¹⁰⁰⁾. Elle "*est de toute la procédure criminelle, l'acte le plus essentiel, & qui demande le plus de formalités*" ⁽¹⁰¹⁾. Première étape d'une construction intellectuelle patiente qui

⁹⁶ "*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.

⁹⁷ 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.

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

⁹⁹ "*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.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹, 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 (¹⁰²).

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 (¹⁰³) et de prendre, en toute liberté, une ordonnance *décrétant l'accusé* (¹⁰⁴). Le constat peut ainsi être posé d'un tropisme procédural (¹⁰⁵), 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.

¹⁰² 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.

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

¹⁰⁴ "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.

¹⁰⁵ 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 (¹⁰⁶).

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 (¹⁰⁷), mais aussi du procès pénal, fige l'attitude du juge. Ce dernier entend démontrer la culpabilité de celui qui est accusé (¹⁰⁸).

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

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ "*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.

¹⁰⁸ Augustin Marie POUILLAIN 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 (¹⁰⁹), ne poursuit en réalité d'autres objectifs que de recueillir les aveux de ce dernier (¹¹⁰). 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 (¹¹¹) grâce notamment aux règles déontologiques (¹¹²) et procédurales (¹¹³) qui s'imposaient au juge, aux conditions dans lesquelles se déroulait

¹⁰⁹ "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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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^e XVIII^e siècle)*, *Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*.

¹¹² 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.

¹¹³ 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^e XVIII^e siècle)*, *Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, plus précisément les pages 71 et sqq.

l'interrogatoire de l'accusé (¹¹⁴), au principe selon lequel l'accusé n'avait pas à faire la preuve de son innocence (¹¹⁵) et que les dénonciateurs téméraires étaient sévèrement sanctionnés (¹¹⁶), 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 (¹¹⁷).

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*"(¹¹⁸). Mais surtout,

¹¹⁴ "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.

¹¹⁵ 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.

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

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIII, article 17.

lorsqu'il aura prêté serment (¹¹⁹), 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*" (¹²⁰). 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 (¹²¹), 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 châtement. 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

¹¹⁹ "*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.

¹²⁰ Ordonnance criminelle de 1670, Titre XIV, article 7.

¹²¹ 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*"⁽¹²²⁾. 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 (¹²³), de recevoir l'accusé en procès ordinaire, le juge (¹²⁴) modifie la procédure initialement

¹²² 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.

¹²³ "*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.

¹²⁴ 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^{er} 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 ⁽¹²⁵⁾. Elle permet à l'accusé "*d'en faire de sa part dans les formes prescrites pour les enquêtes*"⁽¹²⁶⁾. 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*" ⁽¹²⁷⁾. 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.

¹²⁵ Comme le note Daniel JOUSSE "*la connaissance 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.

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

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

procureur du roi (¹²⁸) n'aurait du concerner que les causes qualifiées de légères, c'est à dire celles qui ne risquaient que des peines pécuniaires (¹²⁹). 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 (¹³⁰) 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*

¹²⁸ "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.

¹²⁹ 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 oyes en jugement, l'on deust ordonner qu'elles seroient receuës 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.

¹³⁰ 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"(¹³¹). 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 (¹³²). 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*.

¹³¹ *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.

¹³² 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 accoutumé 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 (¹³³) 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*"(¹³⁴). 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 (¹³⁵) 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*

¹³³ 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.

¹³⁴ *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.

¹³⁵ 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"⁽¹³⁶⁾.

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 ⁽¹³⁷⁾, 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

¹³⁶ *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.

¹³⁷ "*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 (¹³⁸). Cependant, on trouvera sous la plume de Claude DUPLESSIS (¹³⁹), 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*"(¹⁴⁰). 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*

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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.

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

importance"⁽¹⁴¹⁾, 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*"⁽¹⁴²⁾, ou par "*la qualité des parties comme en fait de recellés et spoliation d'hoirie fait par une veuve ou des héritiers*"⁽¹⁴³⁾, 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*"⁽¹⁴⁴⁾.

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*

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

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

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

¹⁴⁴ 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 ⁽¹⁴⁵⁾ malgré les réticences prudentes du Premier Président Guillaume de

¹⁴⁵ "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 (¹⁴⁶) ou les questionnements d'Henri PUSSORT (¹⁴⁷) sur ce sujet précis (¹⁴⁸), le législateur, consacrant la pratique de la torture (¹⁴⁹), confirmait "*une conséquence -paradoxale, mais terriblement logique- du système de preuves légales*"(¹⁵⁰). Trouvant sa légitimité dans le principe que la justice ne pouvait laisser un crime sans réponse (¹⁵¹) et qu'elle se devait aussi d'assurer

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ 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

¹⁴⁹ 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^{ème} siècle, se généralisa au XIV^{ème} 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^è au début du XIV^è 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

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

¹⁵¹ 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 (¹⁵²), par le fait que le juge ne se décidait pas suivant ses sentiments personnels (¹⁵³), le recours à la violence ou à la menace de cette violence s'imposait pour obtenir les aveux de l'accusé (¹⁵⁴). Certes, l'Ordonnance criminelle de 1670 en encadrait son usage. Soumise aux Parlements par la voie de l'appel obligatoire (¹⁵⁵), la question n'était appliquée que si les juges disposaient d'indices importants (¹⁵⁶) contre un

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ "*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.

¹⁵⁶ 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 (¹⁵⁷).

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 (¹⁵⁸). 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*" (¹⁵⁹), il faut néanmoins reconnaître que la doctrine, dans son ensemble, en justifie son usage car,

¹⁵⁷ 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*.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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*"⁽¹⁶⁰⁾. La torture interdit au juge de laisser la moindre place au doute, ce qui évite de relâcher des accusés "*véhétement soupçonnés*"⁽¹⁶¹⁾.

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

¹⁶⁰ LANGE (François), *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, 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.

¹⁶¹ 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 (¹⁶²), 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 (¹⁶³). Evitant de

¹⁶² 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.

¹⁶³ "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 (¹⁶⁴). Ce mécanisme, appelé *réserve des preuves*, et consacré par l'article 2 du Titre XIX de l'Ordonnance de 1670 (¹⁶⁵), trouve son origine dans une pratique judiciaire des tribunaux et des Cours (¹⁶⁶) qui permettait au juge de prononcer une peine moindre fondée en réalité sur une intime conviction (¹⁶⁷). 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.

¹⁶⁴ 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 POUILLAIN 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.

¹⁶⁵ "*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*".

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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 (¹⁶⁸), 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 (¹⁶⁹). 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

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ 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 (¹⁷⁰). 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 (¹⁷¹), 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 (¹⁷²), 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

¹⁷⁰ "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 arrêté 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.

¹⁷¹ "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.

¹⁷² "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 (¹⁷³). 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 (¹⁷⁴). 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 (¹⁷⁵). 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 (¹⁷⁶), des présomptions ou des

¹⁷³ "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.

¹⁷⁴ "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.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ 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 (¹⁷⁷). 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*" (¹⁷⁸), 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.

¹⁷⁷ 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^e-XVIII^e siècle. Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, p.361, n°621.

¹⁷⁸ POUILLAIN du PARC (Auguste-Marie), *Principes du Droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome 12, p.575.