

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 (⁴⁴⁹), 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^{ème} 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^{ème} siècle, par la diffusion de

⁴⁴⁹ 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 ⁽⁴⁵⁰⁾, ce monde du droit engage une réflexion sur une autre justice criminelle ⁽⁴⁵¹⁾. Concomitamment, et parce que les scandales judiciaires ⁽⁴⁵²⁾ "*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*"⁽⁴⁵³⁾, ces quelques représentants de la haute magistrature ⁽⁴⁵⁴⁾ 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

⁴⁵⁰ Comme l'écrit Nicole CASTAN "*en dépit de ces carences, le XVIII^e 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.

⁴⁵¹ "*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.

⁴⁵² 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.

⁴⁵³ 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^{ème}-XX^{ème} siècles)*, Paris, PUF, 1991, p.190.

⁴⁵⁴ 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 (⁴⁵⁵). Joseph Michel Antoine SERVAN (⁴⁵⁶), 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 (⁴⁵⁷) qui "*n'entendent pas être en reste de modernité*" (⁴⁵⁸), ce dernier considère comme indispensable de faire évoluer un système pénal toujours régi par

⁴⁵⁵ "*Ne perdons 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

⁴⁵⁶ 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^{er} 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.

⁴⁵⁷ Quand il prononce ce discours, SERVAN a 29 ans.

⁴⁵⁸ 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 ⁽⁴⁵⁹⁾, continuellement admiré par une doctrine très influente ⁽⁴⁶⁰⁾, 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 ⁽⁴⁶¹⁾, 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*"⁽⁴⁶²⁾. Ce texte ne peut qu'enflammer les représentants les plus connus des Lumières ⁽⁴⁶³⁾, ce qui confère de fait à Joseph Michel

⁴⁵⁹ "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.

⁴⁶⁰ 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 POUILLAIN du PARC qui précise que "*des réflexions plus étendues prouvent l'excellence de la loi...*", POUILLAIN du PARC (Augustin-Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, p. 3.

⁴⁶¹ "*Il faut même que je vous l'avoue, je désirerois 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.

⁴⁶² 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*"⁽⁴⁶⁴⁾. 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*"⁽⁴⁶⁵⁾. 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*"⁽⁴⁶⁶⁾, car la recherche et

⁴⁶³ 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.

⁴⁶⁴ ROYER (Jean Pierre), *La société judiciaire depuis le XVIII^{ème} siècle*, Paris, 1979, p. 169.

⁴⁶⁵ 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.

⁴⁶⁶ 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 ⁽⁴⁶⁷⁾ mais peut également se tourner vers sa seule conscience, "*oracle divin pour le magistrat*"⁽⁴⁶⁸⁾ 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*"⁽⁴⁶⁹⁾. 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*"⁽⁴⁷⁰⁾. 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*"⁽⁴⁷¹⁾. 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*"⁽⁴⁷²⁾.

cessons d'être juges", *Discours sur l'administration de la justice criminelle prononcé par M. S****, p. 73

⁴⁶⁷ 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.

⁴⁶⁸ SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S****, p.73.

⁴⁶⁹ SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S****, p. 64.

⁴⁷⁰ ZOLLINGER (Louis), l'intime conviction du juge, *Déviances, cahiers de l'institut de criminologie de Paris*, 1976, p. 41.

⁴⁷¹ SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice prononcé par M. S****, p.66.

⁴⁷² 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 (⁴⁷³). Pour l'avocat général du Parlement dauphinois, le système des preuves légales est faillible et porte en lui des germes potentiels (⁴⁷⁴). 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 (⁴⁷⁵), de la détention préventive (⁴⁷⁶) ou de cette violence rendue nécessaire pour obtenir des aveux (⁴⁷⁷). Ce dernier

⁴⁷³ 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.

⁴⁷⁴ Ainsi écrit-il que lorsque "*le magistrat veut recourir aux règles de la vraisemblance, jamais il ne saura les appliquer ; jamais il ne reconnoitra, 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.

⁴⁷⁵ "*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.

⁴⁷⁶ 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.

⁴⁷⁷ "*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*"⁽⁴⁷⁸⁾. Aussi, ramené à l'aune du jugement, il rappelle une "*des idées que je crois capitales dans les lois criminelles*"⁽⁴⁷⁹⁾, et qui consiste nécessairement dans l'établissement du jury ⁽⁴⁸⁰⁾. 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.*

⁴⁷⁸ 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.

⁴⁷⁹ *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un évènement important. Par M. Servan, ancien magistrat*, p. 213.

⁴⁸⁰ "*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^{ème} 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 (⁴⁸¹) présenter des recours qui, certes, développent les moyens de défense de leurs clients mais qui

⁴⁸¹ 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 (⁴⁸²), "*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*"(⁴⁸³). L'intérêt de cette littérature judiciaire spécifique (⁴⁸⁴) ne se résume pas, en cette fin du XVIII^{ème} 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*"(⁴⁸⁵), ces mémoires constituent, comme le définit Sarah MAZA, "*un phénomène nouveau : la*

⁴⁸² 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.

⁴⁸³ MAZA (Sarah), *Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'ancien régime*, p. 78.

⁴⁸⁴ 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.

⁴⁸⁵ 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"⁽⁴⁸⁶⁾. 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 ⁽⁴⁸⁷⁾ que "*la preuve contre les accusés s'acquiert par écrit, par témoins sans reproche valables, par aveu*"⁽⁴⁸⁸⁾, mais surtout il précise que "*la preuve est nominativement la démonstration de la vérité : la vérité est indivisible : en un mot elle est une*"⁽⁴⁸⁹⁾. 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.

⁴⁸⁶ MAZA (Sarah), *Vies privées, affaires publiques, les causes célèbres de la France révolutionnaire*, Paris, 1997, p. 217.

⁴⁸⁷ 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.

⁴⁸⁸ *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.27.

⁴⁸⁹ *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*"⁽⁴⁹⁰⁾ 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 ?*"⁽⁴⁹¹⁾. En reprenant la diatribe voltairienne sur le danger de la preuve légale ⁽⁴⁹²⁾, 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*"⁽⁴⁹³⁾.

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 ⁽⁴⁹⁴⁾, qui

⁴⁹⁰ *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.27.

⁴⁹¹ *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.28.

⁴⁹² "*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.

⁴⁹³ *Justification de Marie Françoise Victoire SALMON par Me LECAUCHOIS, Avocat au Parlement de ROUEN*, p.33.

⁴⁹⁴ 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 (⁴⁹⁵), 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 (⁴⁹⁶).

Dénonçant l'influence néfaste de la doctrine savante (⁴⁹⁷), il critique également la finalité du procès pénal (⁴⁹⁸) et les quelques règles probatoires qui attentent à l'innocence. Ainsi en est-il des témoins nécessaires (⁴⁹⁹) 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 neuf sœurs.

⁴⁹⁵ 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.

⁴⁹⁶ *"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.

⁴⁹⁷ *" 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'écriera, *"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.

⁴⁹⁸ *"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.

⁴⁹⁹ 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*"⁽⁵⁰⁰⁾. Selon lui, "*condamner sur la foi de témoins suspects ! C'est condamner sans preuve*"⁽⁵⁰¹⁾. 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 ⁽⁵⁰²⁾. 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*" ⁽⁵⁰³⁾. Comme il le souligne par la suite, "*personne ne doit être condamné sur des soupçons*"⁽⁵⁰⁴⁾. L'intérêt de ce mémoire consiste donc, non pas tant dans la critique de la procédure criminelle de l'Ancien régime ⁽⁵⁰⁵⁾, que dans une véritable charge contre certains mécanismes probatoires qui attentent à l'innocence ⁽⁵⁰⁶⁾. En critiquant violemment le poids d'une pratique procédurale qui emprisonne le magistrat, et plus particulièrement les premiers juges ⁽⁵⁰⁷⁾ 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.

⁵⁰⁰ DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 154.

⁵⁰¹ (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 154.

⁵⁰² "*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.

⁵⁰³ DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue.*, p. 177.

⁵⁰⁴ DUPATY (Charles Marguerite Jean Baptiste Mercier), *Mémoire Justificatif Pour trois hommes condamnés à la Roue*, p. 173.

⁵⁰⁵ "*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.

⁵⁰⁶ "*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* (⁵⁰⁸), 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*" (⁵⁰⁹). 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*

⁵⁰⁷ "*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.

⁵⁰⁸ "*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.

⁵⁰⁹ 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"⁽⁵¹⁰⁾. 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*"⁽⁵¹¹⁾ mais publiés pour le public, communiquent ⁽⁵¹²⁾ 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.

⁵¹⁰ GODART (Jacques), *Réhabilitation de la mémoire de deux accusés, et justification des trois autres*, p. 21-22.

⁵¹¹ ROYER (Jean Pierre), *Histoire de la justice en France*, p. 174, n°111.

⁵¹² 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*"⁽⁵¹³⁾. 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*"⁽⁵¹⁴⁾ à vocation réformatrice. Parmi les thèmes abordées⁽⁵¹⁵⁾, 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⁽⁵¹⁶⁾. 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 ;

⁵¹³ ROCHE (Daniel), *Le siècle des Lumières en Province, Académies et académiciens provinciaux, 1680-1789*, Paris, 1978, Vol 1, p. 325.

⁵¹⁴ ROCHE (Daniel), *Le siècle des Lumières en Province, Académies et académiciens provinciaux, 1680-1789*, Vol 1, p. 354.

⁵¹⁵ 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.

⁵¹⁶ 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*"⁽⁵¹⁷⁾.

Bien qu'il suive le plan fixé par *la Gazette de Berne* ⁽⁵¹⁸⁾, le patriarche de FERNEY va, sous la forme d'articles, réécrire sur la justice criminelle en s'intéressant notamment au problème de la preuve ⁽⁵¹⁹⁾. 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 ⁽⁵²⁰⁾. Aussi, malgré un certain scepticisme, convient-il que la conviction du juge est préférable à la loi ⁽⁵²¹⁾.

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 ⁽⁵²²⁾,

⁵¹⁷ POMEAU (René), *Voltaire en son temps*, Vol 2, p. 548

⁵¹⁸ Il fallait en effet traiter des crimes, des peines, des preuves et de la procédure.

⁵¹⁹ C'est à l'article XXII de cet ouvrage intitulé *De la nature et de la force des preuves, et des présomptions*.

⁵²⁰ "*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.

⁵²¹ Nous renvoyons aux développements de notre thèse pp. 115-117.

⁵²² 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* (⁵²³). 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" (⁵²⁴), fut publié en 1780 (⁵²⁵). 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" (⁵²⁶). 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 (⁵²⁷) mais ne rejette pas pour autant le système de la preuve légale (⁵²⁸).

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.

⁵²³ 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

⁵²⁴ 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.

⁵²⁵ 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.

⁵²⁶ MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, p.152.

⁵²⁷ "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*"⁽⁵²⁹⁾. 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 ⁽⁵³⁰⁾, l'un de ces participants, va disserter, eu égard à l'image négative de la justice criminelle du Royaume de France ⁽⁵³¹⁾, 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.

⁵²⁸ "*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.

⁵²⁹ MARAT (Jean Paul), *Plan de législation criminelle*, p.164.

⁵³⁰ 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 *Mercur*, 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

⁵³¹ "**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"⁽⁵³²⁾ 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"⁽⁵³³⁾. Si la démarche se veut prudente⁽⁵³⁴⁾, les circonstances imposent⁽⁵³⁵⁾ de promouvoir une justice criminelle différente qui puisse "contenir & réprimer le crime en ménageant l'honneur & la liberté des citoyens"⁽⁵³⁶⁾. Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE s'attache à décrire les changements qu'il conviendrait d'apporter à l'instruction criminelle⁽⁵³⁷⁾,

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.

⁵³² 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.

⁵³³ 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.

⁵³⁴ "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 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.

⁵³⁵ 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.

⁵³⁶ 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 (⁵³⁸), 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*"(⁵³⁹), 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*"(⁵⁴⁰).

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

⁵³⁷ 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.

⁵³⁸ "*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.

⁵³⁹ 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.

⁵⁴⁰ 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 ⁽⁵⁴¹⁾ 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 ⁽⁵⁴²⁾.

On retrouve également des développements identiques chez un autre participant de ce concours, Joseph-Elzear-Dominique de BERNARDI ⁽⁵⁴³⁾. Ce dernier pose en effet le principe de l'intime conviction du juge ⁽⁵⁴⁴⁾. En se référant alors à Cesare BECCARIA, il estime que cela constitue un moyen sûr pour établir la culpabilité de l'accusé ⁽⁵⁴⁵⁾. Parce qu'ils "*mettent en valeur les*

⁵⁴¹ "*Les juges ne s'égareront 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.

⁵⁴² "*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.

⁵⁴³ 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.

⁵⁴⁴ "*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.

⁵⁴⁵ "*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"⁽⁵⁴⁶⁾, 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'ordonnement 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^{ème} siècle, la position des criminalistes. Pour ces derniers, il ne peut être question de modifier une Ordonnance criminelle qui a franchi le temps ⁽⁵⁴⁷⁾ 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.

⁵⁴⁶ ROCHE (Daniel), *Le siècle des Lumières en province, Académie et académiciens, 1680-1789*, p. 355.

⁵⁴⁷ "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 (⁵⁴⁸). La publication de nombre de traités en cette seconde partie du XVIII^{ème} siècle (⁵⁴⁹) 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 (⁵⁵⁰) 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*"(⁵⁵¹). La crise de confiance dans les institutions judiciaires (⁵⁵²) 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.

⁵⁴⁸ 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.

⁵⁴⁹ 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.

⁵⁵⁰ "*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 chois 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-xxviij.

⁵⁵¹ GODECHOT (Jacques), *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 4^{ème} 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"⁽⁵⁵³⁾. Pour lui, comme pour un autre juriste des Lumières, Pierre Louis de LACRETELLE⁽⁵⁵⁴⁾, il faut penser autrement la justice criminelle, mais surtout la réformer⁽⁵⁵⁵⁾, le constat est en effet sans appel⁽⁵⁵⁶⁾. 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^e 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.

⁵⁵² Comme le souligne Jean Pierre ROYER "la crise de la justice au XVIII^e 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

⁵⁵³ BRISSOT de WARVILLE (Jacques-Pierre), *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte...*, *Discours préliminaire*, Tome I, p. IV.

⁵⁵⁴ 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^{er}. Il sera membre de l'Académie française de 1806 à 1824.

⁵⁵⁵ LACRETELLE (Pierre-louis de), *Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, Par M. Lacretelle, Paris, 1784, p.345.

⁵⁵⁶ "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 continuel, tendu à la simplicité et à l'innocence*"⁽⁵⁵⁷⁾.

Une partie du monde judiciaire ⁽⁵⁵⁸⁾ 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 ⁽⁵⁵⁹⁾ qui considère que son "*plan [...] est bien conçu ; la marche de la procédure est simple, sage, décente*"⁽⁵⁶⁰⁾, ce qui fait que ce texte ne peut guère souffrir le désaveu ⁽⁵⁶¹⁾, et ceux qui au contraire veulent opérer un

⁵⁵⁷ 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.

⁵⁵⁸ 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.

⁵⁵⁹ 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.

⁵⁶⁰ 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*"⁽⁵⁶²⁾ 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 ⁽⁵⁶³⁾.

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 ⁽⁵⁶⁴⁾, il faut nécessairement trouver un point d'équilibre entre des intérêts contradictoires ⁽⁵⁶⁵⁾. 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 ⁽⁵⁶⁶⁾. La rigidité du système de preuve légale montre ses limites dans

⁵⁶¹ "*Elle mérite encore aujourd'hui vos hommages comme elle a mérité ceux des contemporains*" PHILPIN de PIEPAPE (Nicolas-Joseph), *Observations sur les Loix criminelles de France*, p.20.

⁵⁶² VERMEIL (François-Michel), *Essais sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Paris, 1781, p. 1.

⁵⁶³ "*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.

⁵⁶⁴ "*Il semble que le moment approche, où les droits de 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 Loix sur cet objet important de l'administration*", VERMEIL (François-Michel), *Essais sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, p. 2.

⁵⁶⁵ "*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.

⁵⁶⁶ 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*"⁽⁵⁶⁷⁾. 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⁽⁵⁶⁸⁾.

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⁽⁵⁶⁹⁾ 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*"⁽⁵⁷⁰⁾. 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.

⁵⁶⁷ 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.

⁵⁶⁸ "*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.

⁵⁶⁹ "*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"*⁽⁵⁷¹⁾ dont il reconnaît cependant qu'elle *"est bien difficile à obtenir"*⁽⁵⁷²⁾. Il pose ici le principe d'une intime conviction ⁽⁵⁷³⁾ 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"*⁽⁵⁷⁴⁾. 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 confirmée 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"*⁽⁵⁷⁵⁾. Jacques Pierre BRISSOT de WARVILLE tisse, par ces quelques lignes, la trame d'une présomption qui doit protéger l'innocence.

⁵⁷⁰ BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p. 89.

⁵⁷¹ 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.

⁵⁷² BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p.92.

⁵⁷³ 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.

⁵⁷⁴ BRISSOT de WARVILLE (Jacques Pierre), *Théorie des lois criminelles par Brissot de Warville*, p.95.

⁵⁷⁵ 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⁽⁵⁷⁶⁾. Aussi, aux yeux de ces thuriféraires de la procédure anglaise, le jugement par jury constitue t'il alors un modèle⁽⁵⁷⁷⁾ 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⁽⁵⁷⁸⁾.

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⁽⁵⁷⁹⁾. 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*"⁽⁵⁸⁰⁾.

⁵⁷⁶ "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.

⁵⁷⁷ "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.

⁵⁷⁸ 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.

⁵⁷⁹ 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 ⁽⁵⁸¹⁾, écrit quant à lui, en parlant de l'accusé, "*que si on ne le prouve pas criminel, par cela seul il est prouvé innocent*" ⁽⁵⁸²⁾. 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. ⁽⁵⁸³⁾. 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 ⁽⁵⁸⁴⁾

⁵⁸⁰ PHILPIN de PIEPAPE (Nicolas Joseph), *Observations sur les lois criminelles de France*, p. 18.

⁵⁸¹ 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^{er} 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.

⁵⁸² THORILLON (Antoine-Joseph), *Idées sur les lois criminelles ou l'on propose 460 lois nouvelles en place de celles qui existent aujourd'hui*, Paris, 1788, vol 2, p. 169-170.

⁵⁸³ 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.

⁵⁸⁴ 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 (⁵⁸⁵) 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 (⁵⁸⁶) notamment lorsqu'il avait été condamné et exécuté (⁵⁸⁷). 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 SILHOUETTE 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

⁵⁸⁵ 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.

⁵⁸⁶ 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.

⁵⁸⁷ 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*"⁽⁵⁸⁸⁾, ce qui ultérieurement lui donna "*un penchant naturel à la justice*"⁽⁵⁸⁹⁾. Se souvenant de ce qui lui avait été exposé et enseigné⁽⁵⁹⁰⁾, 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⁽⁵⁹¹⁾, la "*Déclaration relative à l'ordonnance criminelle*",

⁵⁸⁸ MOREAU (Jacob Nicolas), *Les devoirs du prince réduit à un seul principe, ou discours sur la justice*, p. 437.

⁵⁸⁹ CARBASSE (Jean Marie), *Malesherbes et la réforme de la justice criminelle, Actes du colloque Malesherbes*, Paris, 1995, p. 101.

⁵⁹⁰ "*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.

⁵⁹¹ 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^{er} mai 1788 (⁵⁹²) 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*"(⁵⁹³). De façon impérative, il s'agissait, dans un premier temps d'en effacer les aspects les plus négatifs (⁵⁹⁴) dont les conséquences s'avéraient irréparables pour les accusés (⁵⁹⁵), et de "*rassurer l'innocence en la protégeant par les formes les plus propres à la manifester*"(⁵⁹⁶). Le pouvoir royal considère que la justice criminelle doit faire l'objet d'une "*révision générale*"(⁵⁹⁷).

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 lieus 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.

⁵⁹² 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 .

⁵⁹³ (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p.527.

⁵⁹⁴ 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.

⁵⁹⁵ 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.

⁵⁹⁶ (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p.528.

⁵⁹⁷ (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 (⁵⁹⁸), il fut décidé de prendre différentes mesures, urgentes et indispensables, qui répondaient aux critiques les plus constantes. Fut ainsi abolie la question préalable (⁵⁹⁹), la question préparatoire l'ayant été en 1780, de même que l'interrogatoire de l'accusé sur la sellette (⁶⁰⁰) entrepris au début de l'audience de jugement (⁶⁰¹).

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*

⁵⁹⁸ 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 pourrons 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.

⁵⁹⁹ La déclaration devait également interdire de dépouiller les accusés de leurs vêtements distinctifs de leurs 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.

⁶⁰⁰ 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.

⁶⁰¹ *"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"⁽⁶⁰²⁾. L'intérêt de ce développement porte sur la reconnaissance sur la finalité initiale que la pratique judiciaire du dernier interrogatoire de l'accusé (⁶⁰³). 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"⁽⁶⁰⁴⁾. Ce qui peut apparaître comme l'évocation d'une nécessaire protection de

⁶⁰² (ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSSY), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vol 28, p. 528-529.

⁶⁰³ 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

⁶⁰⁴ (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 (⁶⁰⁵) 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 (⁶⁰⁶), prononcé au Bailliage d'Orléans et

⁶⁰⁵ 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.

⁶⁰⁶ 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 ⁽⁶⁰⁷⁾ 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 ⁽⁶⁰⁸⁾ 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 ⁽⁶⁰⁹⁾, énonce que l'innocence, dans une société où "*le Souverain a l'avantage de commander à des hommes libres*" ⁽⁶¹⁰⁾, ne serait être sacrifiée au seul intérêt d'une nécessaire et indispensable sanction de l'acte criminel ⁽⁶¹¹⁾. Une autre conception de la procédure criminelle se dessine où il convient d'établir un équilibre entre le droit dont dispose la

⁶⁰⁷ 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

⁶⁰⁸ "*Le souverain [...], ne se montre dans l'administration de la justice que comme législateur ; il n'annonce ses ordres que par des lois ; 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.

⁶⁰⁹ "*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.

⁶¹⁰ LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 30.

⁶¹¹ "*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*"⁽⁶¹²⁾. 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 ⁽⁶¹³⁾. 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*"⁽⁶¹⁴⁾. 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*

⁶¹² LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 31.

⁶¹³ " *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.

⁶¹⁴ 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"⁽⁶¹⁵⁾. 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 ⁽⁶¹⁶⁾. 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 ⁽⁶¹⁷⁾.

Parce que Guillaume-François LETROSNE renvoie à la nécessité pour le juge de parvenir à une conviction ⁽⁶¹⁸⁾, le mécanisme intellectuel qui structure le principe

⁶¹⁵ LETROSNE (Guillaume-François), *Vues sur la justice criminelle, Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 31.

⁶¹⁶ "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.

⁶¹⁷ "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.

⁶¹⁸ *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*" (⁶¹⁹) 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*" (⁶²⁰). 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*" (⁶²¹). 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 (⁶²²), 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.

⁶¹⁹ LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 46, Note a.

⁶²⁰ LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 41.

⁶²¹ LETROSNE (François-Guillaume), *Vues sur la justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p.43.

⁶²² "*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 (⁶²³), 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*"(⁶²⁴). 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*"(⁶²⁵). 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

⁶²³ 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 doit-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.

⁶²⁴ LETROSNE (Guillaume François), *Vues sur la Justice criminelle Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, p. 41-42.

⁶²⁵ 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*"⁽⁶²⁶⁾. 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 des 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 ⁽⁶²⁷⁾, plutôt qu'un catalogue complet de mesures.

⁶²⁶ 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^{ème} 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

⁶²⁷ "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 demeurait. La Révolution qui suivit la convocation des Etats Généraux ne consacrait pas véritablement le principe procédural.