

Un silence généralisé sur ce principe

Les débats qui se déroulèrent à l'Assemblée Constituante, de mars 1790 jusqu'à l'adoption de la loi des 16-29 septembre 1791, constituent l'acte de naissance d'une autre justice plus respectueuse des droits de l'accusé. Mais cette reconnaissance du statut procédural de l'accusé se fait, sans que soit institué un principe directeur du procès pénal. La Révolution ne conçoit pas le principe que l'accusé puisse être regardé comme innocent dès l'enquête car intellectuellement elle ne possède pas ce schéma de pensée. Si l'adoption de la preuve par intime conviction libère le juge du formalisme probatoire, l'attachement que montrent cependant certains députés au système de la preuve légale brouille la perception de ce principe.

L'avènement des Codes napoléoniens ne va pas changer ce point de vue, même si cela constitue le point de départ d'une nouvelle organisation juridique et judiciaire. Il faut ici considérer que "*La législation confirme le règne du privatisme, c'est à dire la conception selon laquelle le Droit a par essence mission de régler les rapports des particuliers entre eux ; que les relations des individus avec le corps social, ou celles qui les lient dans des circonstances particulières, commerce, contrat et conditions de travail, ne sont que des excroissances du droit privé*"⁽¹⁰²³⁾. La prééminence du droit privé sur le droit pénal n'a d'autre conséquence que de voir les règles qui régissent le système de preuve se rapprocher. Aussi, la grande codification qui s'étend de 1804 à 1810 voit-elle les autres matières lui être directement soumises, ou même connaître un effacement certain. C'est le cas pour le droit criminel mais aussi pour la procédure qui lui était subséquente.

L'Empire modifie profondément l'organisation judiciaire mais aussi la procédure criminelle en remplaçant le Code de Brumaire An IV, non par un code unique ⁽¹⁰²⁴⁾ comme cela avait été souhaité mais par deux codes

¹⁰²³ ARNAUD (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Paris, 1975, p. 33.

¹⁰²⁴ Il avait pris le nom de *Code criminel, correctionnel et de police*

distincts, l'un pour le droit pénal l'autre pour la procédure. Néanmoins, la commission chargée de leur élaboration (¹⁰²⁵) ne s'intéressa pas à la preuve pénale. Plus précisément elle ne fit pas l'objet d'une formulation autonome par rapport aux règles générales décrites et précisés par le Code civil. Le mouvement qui se dessine consiste donc dans le silence législatif sur la reconnaissance du principe de présomption d'innocence (Section 1) puis dans la redécouverte de l'intérêt certain que constitue la preuve pénale et qui, par voie de conséquence, amène à une description de celui-ci (Section 2).

Section 1 Un principe passé sous silence

Section 2 Un principe décrit mais non exposé explicitement

¹⁰²⁵ Elle est composée de cinq juristes, VIELLART, TARGET, OUDART, TREILHARD et BONDEL

Section 1. Un principe passé sous silence

La présomption d'innocence, telle que fixée par l'article de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, demeure sans incidence sur le plan procédural, en ce sens qu'elle ne crée aucun présupposé favorable à l'accusé. Les premières modifications législatives n'évoquent aucunement ce principe (Paragraphe 1). La codification napoléonienne qui fixe pour longtemps le cadre du procès pénal maintiendra un silence certain sur la présomption d'innocence (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Le constat : une libération du juge

En instaurant la double procédure du jury d'accusation et du jury de jugement, la loi des 16-29 septembre 1791 consacre un autre moyen pour parvenir à la vérité judiciaire. La culpabilité repose uniquement sur la seule conviction des juges (¹⁰²⁶). Le système de la preuve légale se trouvait ainsi définitivement rejeté. La Constitution du 3 septembre 1791 qui reprend au Chapitre V du Titre III, et plus précisément aux articles 9 à 16, l'organisation du système pénal élaboré précédemment par les députés, donnait une valeur constitutionnelle aux principes juridiques posés par cette loi. Ce texte sacramentel reconnaissait implicitement que la preuve pénale ne pouvait résulter que de l'intime conviction. La preuve morale, sans qu'il y soit expressément fait référence, recouvrait une valeur constitutionnelle. Concomitamment, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, qui coiffait cette nouvelle constitution acquérait une valeur supra législative en ce sens qu'elle se situait hors d'atteinte du pouvoir politique.

¹⁰²⁶ Comme le rappelle le serment des jurés énoncé à l'article 24 du Titre VI du décret des 16-29 septembre 1791 et dont les termes sont les suivants, "*vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges portées contre un tel... de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre*", DUVERGIER, (J.B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome, p.296.

Aussi, lorsque la Convention décide de rédiger une nouvelle constitution, adoptée le 24 juin 1793, il est décidé d'y inclure une autre Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Celle-ci comprenait des développements plus conséquents par rapport à la déclaration de 1789 (¹⁰²⁷). Le principe de la présomption d'innocence était simplement confirmé dans sa rédaction initiale. De même, le silence demeurerait-il sur la situation procédurale de l'accusé durant la marche du procès pénal. Le regard du juge, porté durant le temps de l'instruction puis durant le temps du jugement, n'allait aucunement changer. Dans ces nouvelles dispositions constitutionnelles, l'accusé ne bénéficiait nullement d'un a priori favorable.

Les députés conceptualisent donc un nouveau procès pénal en consacrant la procédure par jury et le principe de l'intime conviction, plus précisément ils rompent avec un processus judiciaire qui enfermait le regard que le juge posait sur l'accusé et qui surtout lui imposait de constater la culpabilité dès lors que la preuve pleine et entière était acquise. L'abandon progressif de la question (¹⁰²⁸) qui en était le corollaire, fait que l'accusé n'est plus un coupable en devenir. Le changement qui s'opère, consiste dans un repositionnement procédural de l'accusé, tant durant l'instruction que durant le procès. On lui reconnaît un droit à la passivité, c'est-à-dire le fait de ne pas devoir démontrer son innocence. Cette nouvelle posture de l'accusé se trouve garantie par des droits, dont celui de ne plus être un coupable supposé. L'innocence doit être préservée (¹⁰²⁹). Cette présomption d'innocence ne peut

¹⁰²⁷ Cette déclaration comprenait 35 articles alors que celle de 1789 n'en comptait que 17.

¹⁰²⁸ Nous renvoyons sur ce point à l'étude menée par Denis ULRICH intitulé : *La répression en Bourgogne au XVIII^{ème} siècle*, publiée à la *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, pp.398-437, et à celle de Louis Bernard MER intitulée : *Réflexions sur la jurisprudence criminelle du Parlement de Bretagne pour la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle*, publiée quant à elle, dans les *Mélanges Yver*, 1976, pp. 505-530. On retrouve un mouvement identique, certes à un degré moindre, dans les décisions rendues par le Parlement de Flandres, sur ce point nous renvoyons à la Thèse de Pierre DAUTRICOURT, *La criminalité et la répression au Parlement de Flandres 1721-1790*, plus spécialement pp. 293-301.

¹⁰²⁹ Adrien DUPORT le précise, dans le rapport sur *la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurés* lu le 27 novembre 1790 ; il énonce ainsi que "*la société [...] semblait avoir perdu de vue les droits du citoyen, en l'arrêtant sur de simples indices : maintenant elle désire qu'il soit innocent ; tous les moyens lui seront donnés pour se défendre ; tous,*

s'analyser comme un simple sentiment de bienveillance envers l'accusé pas plus qu'il ne peut s'agir d'un principe procédural qui organise le procès pénal en lui garantissant une innocence supposée jusqu'au jugement. Elle constitue toujours l'expression d'une sûreté juridique (¹⁰³⁰).

C'est la raison pour laquelle le procès devient un lieu de contradiction qui assure une garantie pour l'accusé mais qui ne consacre pas effectivement la présomption d'innocence. La preuve de la culpabilité, plus précisément la preuve de sa participation au fait criminel devra être débattue et rapportée contradictoirement par un *accusateur public* (¹⁰³¹) avec un accusé qui sera assisté d'un avocat (¹⁰³²), et au cours d'une audience ouverte aux regards extérieurs (¹⁰³³). Le point de rupture avec le procès de l'Ancien régime vient d'un double abandon ; le premier, du système de la preuve légale incompatible avec un jury qui n'a pas à se livrer à un travail de vérification des éléments de preuve, et n'a donc l'obligation de préciser sa motivation, en exposant ceux de ces éléments qui l'a conduit à la certitude. Le second, de la procédure écrite puisque susceptible de favoriser, de fait, le maintien de cette

jusqu'à son silence même ; car la société se charge de la preuve", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 48.

¹⁰³⁰ "*Quand on répète qu'il vaut mieux que cent coupables échappent, qu'un seul innocent soit puni, on croit obéir à un simple sentiment d'humanité, mais c'est un principe évident de justice et de liberté qu'on énonce ; car lorsqu'un innocent est condamné, chacun tremble pour soi, et la sûreté générale en est plus attaquée, que parce que cent coupables échappent à la justice*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 49.

¹⁰³¹ Comme le définit Adrien DUPORT "*l'accusateur public recevant des jurés l'accusation, va donc poursuivre l'accusé au nom de la loi ; c'est lui qui rassemblera les preuves, fera venir les témoins, défendra contre l'accusé l'intérêt de la société, établira avec lui une contradiction utile, qui dans cette intéressante et vive discussion entre lui et les témoins, l'accusé et ses conseils, va faire jaillir de toutes parts la vérité et la lumière, et porter la conviction de l'innocence ou du crime dans l'âme des jurés*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 52.

¹⁰³² La présence de l'avocat au côté d'un accusé *décrété de prise de corps*, est consacrée par le décret des 8 octobre-3 novembre 1789 aux articles 10, 11, 15 et 21.

¹⁰³³ "*Tout se passe sous l'œil d'un auditoire étranger à l'affaire. Une opinion saine, ou du moins désintéressée, entoure le tribunal et le force à peser ses décisions*", *Archives Parlementaires*, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p.52-53.

même preuve légale (¹⁰³⁴). Les juges, entièrement libérés, prendront leur décision (¹⁰³⁵), après un débat contradictoire qui se sera déroulé devant eux, en fonction de sentiments simples, sincères mais personnels (¹⁰³⁶). Il est possible de condamner parce que la culpabilité a été acquise grâce aux débats (¹⁰³⁷). La preuve morale (¹⁰³⁸), constitue le fondement unique qui préside à la recherche de la vérité judiciaire.

Le juge ne sera plus soumis à des contraintes légales pour parvenir à une certitude simplement parce qu'il dispose d'une liberté effective pour décider de la culpabilité ou de l'innocence. Toutefois, cette libération d'un système probatoire pouvait constituer un handicap pour l'accusé. TRONCHET, partisan de cette intime conviction absolue, ne manque pas de le relever quand il dit, "*conservons la conviction morale ; mais n'altérons point cette même conviction morale, et ne la réduisons point à un pur instinct trop dangereux pour la condamnation, et dont l'application ne peut être que rare*

¹⁰³⁴ "L'on peut donc regarder comme une maxime certaine que toutes les fois que la déposition sera remise aux juges, séparée du témoin du fait, on verra aussitôt s'établir les preuves légales. Ces preuves, avant d'être employées, sont éprouvées par la loi. Le juge s'embarrasse peu de savoir comment les choses se sont réellement passées, mais seulement de chercher comment on prouve qu'elles se sont passées ; ainsi la vérité n'est plus un être existant, mais un être fantastique et de convention, dont chacun se forme l'idée abusive", Archives Parlementaires, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 57.

¹⁰³⁵ Comme le souligne Pierre Charles RANOUIL , "le juge pour remplir son office entendait ne pas être soumis au système des preuves légales, lorsqu'il était convaincu en conscience qu'il devait condamner", l'intime conviction, *Les destinées du jury criminel*, p. 101.

¹⁰³⁶ "Ce qui plaît dans l'établissement des jurés, c'est que tout s'y décide par la droiture et la bonne foi, simplicité bien préférable à ce vain étalage de science, à cet amas inutile et funeste de subtilités et de formes, que l'on a, jusqu'à ce jour, appelé la justice", Archives Parlementaire, séance du 27 novembre 1790, Vol 21, p. 59.

¹⁰³⁷ Adrien DUPORT l'indique lors du débat à l'Assemblée constituante en précisant que les jurés "*concluent qu'un homme est innocent tant qu'on ne leur a pas prouvé qu'il est coupable*", Archives Parlementaires, séance du 4 janvier 1791, Vol 21, p. 13.

¹⁰³⁸ François Denis TRONCHET en donne une définition précise dans la discussion qui s'engagera à la suite du rapport lu par Adrien DUPORT le 27 novembre 1790. Il précise que "*la preuve morale n'est autre chose que le résultat de la double influence de deux moyens qui concourent à la conviction, l'opération de l'esprit et le sentiment de l'âme. Ce genre de preuve ne peut évidemment être soumis à aucune règle, puisqu'il dépend entièrement de deux choses, que rein ne peut commander et suppléer, la rectitude de l'esprit et la pureté du cœur*", Archives Parlementaire, séance du 17 janvier 1791, Vol 22, p. 301.

et très circonspecte pour l'absolution : puisque vous exigez vous même une rectitude de jugement n'en rendez pas l'usage impossible"(¹⁰³⁹). L'avocat de Rouen montre ici que le juge pourrait s'affranchir de cette règle, en condamnant parce qu'il s'est convaincu, sans pour autant avoir acquis cette certitude indispensable. Au sortir de ces débats, il est donc certain que le principe procédural qui définit la présomption d'innocence, ne constitue pas encore cette limite qui encadre le juge sans pour autant le contraindre. Les premiers textes législatifs qui organiseront dans un premier temps la procédure criminelle, puis par la suite le Code d'instruction criminelle, vont simplement l'ignorer.

Paragraphe 2 : Le silence législatif

La chute de la monarchie intervenue le 10 août 1792, et qui voit naître une commune insurrectionnelle à Paris mais aussi s'établir un gouvernement provisoire jusqu'à l'émergence d'un autre pouvoir, constitue une parenthèse judiciaire durant laquelle fut élaborée une législation d'exception destinée, selon leurs auteurs, à défendre la République, mais aussi à combattre les ennemis de la Révolution. Se mettait en place une procédure (¹⁰⁴⁰) destinée à ce que la justice puisse intervenir aussi promptement que possible et de manière implacable contre ceux que l'on qualifiait, sans véritable définition, comme contre révolutionnaires (¹⁰⁴¹), mais aussi à l'égard des citoyens qui se

¹⁰³⁹ *Archives Parlementaires*, séance du 17 janvier 1791, Vol 22, p. 303.

¹⁰⁴⁰ Il faut ici souligner l'indifférence d'Adhémar ESMEIN pour cette période puisqu'il estime, dans son *Histoire de la procédure criminelle*, que "*ce n'est pas le lieu de parler des tribunaux et des procédures révolutionnaires, qui vinrent créer à côté du droit commun une affreuse légalité d'exception*", *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, p. 439. Dans son *traité de l'instruction criminelle*, Faustin HELIE reste totalement silencieux sur cette période.

¹⁰⁴¹ La loi du 10 mars 1793 crée, à Paris, un "*tribunal criminel extraordinaire, qui connaîtra de toute entreprise contre-révolutionnaire, de tous attentats contre la liberté, l'égalité l'unité, l'indivisibilité de la république, la sûreté intérieure et extérieurs de l'Etat, et de tous complots tendant à rétablir la royauté ou à établir toute autre autorité attentatoire à la liberté, à l'égalité et à la souveraineté du peuple, soit que les accusés soient fonctionnaires civils ou militaires, ou simples citoyens*", DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome 5, p.190 sqq.

trouvaient "*hors la loi*" (¹⁰⁴²). De ce fait, "*la glorification des principes philosophiques de 89, des principes juridiques de 91, reprise par la nouvelle déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 93, ne sert de rien pour protéger contre la répression*" (¹⁰⁴³). La justice devait passer, ce qu'elle fit par l'adoption du projet présenté par Georges Auguste COUTHON (¹⁰⁴⁴), et ce, au nom du Comité de Salut Public. En effet, le décret du 22 prairial an II (27 juin 1794) portait création d'un Tribunal révolutionnaire (¹⁰⁴⁵) dont le but, comme le souligne l'article 4, consistait à "*punir les ennemis de la république*" (¹⁰⁴⁶).

Toutefois, et indépendamment d'un emballement de la machine judiciaire dont la conséquence fut de réduire les droits de l'accusé face à un ministère

¹⁰⁴² C'est le décret du 19 mars 1793 qui instituait la procédure de *mise hors la loi* qui avait pour conséquence de ne plus faire bénéficier au prévenu des garanties ordinaires de la loi pénale et de le voir condamner non seulement à la peine capitale mais aussi à la mort civile. Nous renvoyons sur ce point à la thèse d'Eric de MARI, *La mise hors la loi sous la Révolution française (19 mars 1793-9 thermidor an II)*, Thèse droit, Montpellier, 1991.

¹⁰⁴³ PENA (Marc), Les droits de la défense dans le Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795), *Droit prospectif*, 1990, p. 352.

¹⁰⁴⁴ Georges Auguste COUTHON, né le 22 décembre 1755 à Orcet (Puy de Dôme), il meurt à Paris le 28 juillet 1794. Après des études de droit à la faculté de Reims, il devient avocat au Parlement de Paris, ville dans laquelle il s'installe le 1^{er} avril 1781. Initié, en 1778, à la loge Saint Maurice à l'Orient de CLERMONT, il adhère également à la Société littéraire de Clermont-Ferrand en 1787. Elu membre du conseil général de Clermont le 24 janvier 1790, il devient député du Puy de Dôme à l'Assemblée législative le 1^{er} octobre 1791 au sein de la quelle il jouera un rôle de premier plan, à partir de l'été 1792, en effectuant plusieurs missions en province aux fins d'y rétablir l'ordre en employant tant la fermeté que la modération. Actif dans sa défense du monde paysan, il vote, le 17 juillet 1793, l'abolition des droits féodaux. Au procès de Louis XVI, il vote pour la mort, contre l'appel au peuple et contre le sursis. Nommé le 10 juillet 1793 au Comité de salut public il prend part au renversement des Hébertiste et à la chute de DANTON et rédige le projet de réorganisation du Tribunal révolutionnaire adopté. Décrété d'arrestation le 9 Thermidor an III (27 juillet 1794) comme ROBESPIERRE et SAINT JUST, il est conduit à la prison de la Bourbe pour être, par la suite, relâché sur ordre de la Commune. Rejoignant ROBESPIERRE qui se trouvait à la Maison commune, il fut exécuté le lendemain avec ses amis.

¹⁰⁴⁵ Adopté séance tenante le décret, comportant 21 articles, précise que cette juridiction comprendra 1 président, 4 vice-présidents, un accusateur public assisté de 4 substituts et 50 jurés nominativement désignés par l'article 3 de la loi.

¹⁰⁴⁶ DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 5, p.232 sqq.

public surdimensionné (¹⁰⁴⁷), il faut constater que le décret apportait quelques précisions sur la démonstration de la culpabilité qui, même si elle paraissait inéluctable, ne remettait pas en cause le système probatoire de l'intime conviction tout en lui enjoignant une démarche spécifique (¹⁰⁴⁸). En effet, Au delà de la mise en place de moyens destinés à assurer une répression efficace voulue par le Gouvernement révolutionnaire, le recours à la preuve de conviction, aussi contrainte soit-elle, marque donc le maintien du principe fixé par l'article 24 du Titre VI du décret des 16-29 septembre 1791.

La chute de Maximilien ROBESPIERRE et de ses amis le 9 thermidor an II rompt avec une législation d'exception, revient à un certain ordre constitutionnel et renoue avec une importante activité législative qui ultérieurement allait confirmer le système du jury et de la preuve morale. Même si elle reproduisit dans ses grandes lignes les principes posés par la Déclaration de 1789, la Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen, inscrite en préambule de la Constitution de l'an III (¹⁰⁴⁹), n'en

¹⁰⁴⁷ Les défenseurs étaient supprimés au profit, comme le précise l'article 16 de la loi de *jurés patriotes* dont ne pouvaient bénéficier *les conspirateurs*. L'interrogatoire de l'accusé préalable à l'audience était supprimé (article 12). Enfin, la défense ne pouvait aucunement faire valoir ses arguments puisque l'article 13 énonçait que "*s'il existe des preuves, soit matérielles, soit morales, indépendamment de la preuve testimoniale, il ne sera point entendu de témoins, à moins que cette formalité ne paraisse nécessaire, soit pour découvrir des complices, soit pour d'autres considérations majeures d'intérêt public*",

¹⁰⁴⁸ L'article 8 du décret énonçait que "*la preuve nécessaire pour condamner les ennemis du peuple est toute espèce de documens, soit matérielle, soit morale, soit verbale, soit écrite, qui peut naturellement obtenir l'assentiment de tout esprit juste et raisonnable; la règle des jugemens est la conscience des jurés éclairés par l'amour de la patrie ; leur but, le triomphe de la République, et la ruine des ses ennemis ; la procédure ; les moyens simples que le bon sens indique pour parvenir à la connaissance de la vérité, dans les formes que la loi détermine*". DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis di Conseil d'Etat*, Tome 5, p.233.

¹⁰⁴⁹ Rédigée pour l'essentiel par deux députés modérés, François Antoine de BOISSY D'ANGLAS et Pierre DAUNOU, cette constitution intègre une déclaration dont les principes ne sont pas en parfaite adéquation avec ceux qui furent à l'origine fixés par les constitutions de 1793 et 1791. Comme le souligne Jacques GODECHOT "*ses rédacteurs ont obéi surtout au souci de prévenir l'avènement de toute dictature, [...] et d'assurer à la bourgeoisie la paisible jouissance des avantages que la Révolution lui avait procurés. Pour cette raison, elle répudie tout ce qui, dans les constitutions précédentes, avait été établi sous l'influence de Rousseau ou de ses disciples, et s'efforce de suivre le théoricien des corps intermédiaires, Montesquieu*", *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, p. 458.

reprendait pas pour autant la philosophie initiale (¹⁰⁵⁰) de la Déclaration de 1789. Le principe de la présomption d'innocence posé par l'article 9 du texte de 1789 disparaît complètement. Plus précisément, la première phrase qui le composait se trouve supprimée. Seul subsiste le principe d'une interdiction de mesures arbitraires (¹⁰⁵¹). Se contenter d'un simple droit à la sûreté s'inscrivait en réalité dans une philosophie restrictive inhérente à cette constitution (¹⁰⁵²), même si les droits de la défense ne paraissaient nullement remis en cause.

C'est donc dans cette atmosphère que s'élaborera le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795). Le titre relativement trompeur de ce texte ne concernait en réalité que la procédure criminelle (¹⁰⁵³) où les droits de la défense étaient affirmés (¹⁰⁵⁴). Néanmoins, le silence demeurait sur le statut procédural de l'accusé dès le début de l'enquête. Le droit à une innocence supposée restait toujours inexistant. Œuvre du seul Philippe

¹⁰⁵⁰ L'article 1, le plus emblématique de cette déclaration, "*les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*" disparaît. Par ailleurs, comme le relève Jacques GODECHOT "*La Déclaration des droits n'affirme plus que le bonheur commun est le but de la société. Elle ne mentionne ni le droit à l'instruction, ni le droit au travail, ni le droit à l'assistance, ni bien entendu le droit à l'insurrection. La liberté de parole, d'opinion, de la presse, ne figurent pas dans la nouvelle déclaration ; elles sont reléguées à la fin de la constitution, sous le titre XIV*", *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, p. 459.

¹⁰⁵¹ L'article 10 de la Déclaration de Droits et des Devoirs de L'Homme et du Citoyen dispose que "*toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de la personne d'un prévenu doit être sévèrement réprimée par la loi*", *Les constitutions de la France depuis 1789*, 1994, p. 101.

¹⁰⁵² Il faut en effet noter que la souveraineté ne résidait plus *dans la nation* mais dans *l'universalité des citoyens* qui étaient définis, comme le précise l'article 8 du Titre II de la Constitution, "*Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de 21 ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre du canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la République, qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français*", *Les constitutions de la France depuis 1789*, p.104.

¹⁰⁵³ Le texte comporte 648 articles. Les articles 1 à 598 ainsi que l'article 646 sont uniquement consacrés à la procédure criminelle

¹⁰⁵⁴ Sur ce point nous renvoyons à la thèse de Nicolas DERASSE, *La défense dans le procès criminel sous la Révolution et le Premier Empire (1789-1810) : les mutations d'une fonction et d'une procédure*, notamment Tome II, p. 296 et sqq., mais aussi à l'article de Marc PENA, *Les droits de la défense dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, Droit prospectif*, 1990, p. 349-387.

MERLIN de DOUAI, ce texte qui ne manque pas de force et de précision comme le note l'un de ses thuriféraires (¹⁰⁵⁵), constitue, sans aucun doute possible, le retour à une nécessaire sécurité juridique (¹⁰⁵⁶). Il consacre surtout une continuité sur le problème de la preuve pénale, puisque la démonstration de la vérité judiciaire ne se départit pas des règles fixées par le décret des 16-29 septembre 1791. La preuve pénale trouve son expression dans la libre conviction du jury (¹⁰⁵⁷).

En maintenant la distinction entre le jury d'accusation et le jury de jugement, l'article 236 du Code des délits et des peines rappelle que, s'agissant de l'acte d'accusation, les jurés ne peuvent ignorer que la finalité de ce qui les réunit consiste dans "*le respect pour la liberté individuelle*"(¹⁰⁵⁸), et qu'ils ne doivent décider s'il y a lieu à accusation que sur "*de fortes présomptions, un commencement de preuves déterminantes*"(¹⁰⁵⁹). Ce jury ne prend donc pas

¹⁰⁵⁵ Adémar ESMEIN note avec emphase qu'"*Il est difficile de trouver une composition dont toutes les parties forment un tout plus systématique. On sent que le tâtonnement des commissions parlementaires n'a point passé par là et qu'un puissant jurisconsulte a fait jaillir de son cerveau cette loi toute armée. Il n'est pas de loi plus scrupuleuse et plus minutieuse ; elle multiplie les garanties de la défense, et trace pas à pas la marche qui doit être suivie...*", *Histoire de la procédure criminelle et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, p. 441.

¹⁰⁵⁶ "*Maintenir la Constitution républicaine que le peuple français vient d'accepter, c'est votre vœu comme votre devoir. Pour atteindre ce but, ce qu'il y a de plus important à faire c'est de comprimer l'anarchie, d'établir enfin le règne de la loi, de garantir d'une manière véritablement efficace la sûreté des personnes et des propriétés ; c'est, en d'autres termes, de donner à la police et à la justice toute l'activité, tout le ressort, toutes la puissances possibles ; et c'est à quoi vous ne pouvez parvenir qu'en simplifiant, qu'en classant dans un ordre clair et méthodique les innombrables règlements qui doivent conduire les magistrats dans la recherche et la répression des délits*", séance du 30 vendémiaire an IV, *Journal des débats*, n° 1124, pp. 458-459.

¹⁰⁵⁷ L'article 206 du Titre III du Code des délits et des peines énonce que "*Les jurés sont des citoyens appelés à l'occasion d'un délit, pour examiner le fait allégué contre le prévenu ou l'accusé, décider, d'après les preuves qui leur sont fournies et leur conviction personnelle, si le délit existe et qui est le coupable*", DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 403.

¹⁰⁵⁸ DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 405.

¹⁰⁵⁹ Article 237 du Code des délits et de peines, DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 403.

position sur l'innocence ou sur la culpabilité. A ce stade des débats, il n'est aucune nécessité de poser le principe d'un droit à l'innocence pour celui qui est soupçonné.

Pour le cas où le renvoi devant le jury de jugement serait décidé, la culpabilité ne sera définitivement acquise que si les jurés en acquièrent la conviction à partir de certains procès verbaux (¹⁰⁶⁰) et en fonction des débats qui se seront déroulés devant eux. Comme le prescrit l'article 372 du Code des délits et des peines, "*c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici ; c'est cette conviction que la loi les charge d'énoncer ; c'est à cette conviction que la société, que l'accusé, s'en rapportent*"(¹⁰⁶¹). Se trouve ici de nouveau réaffirmés, le principe de la preuve morale, c'est-à-dire le fait de s'en remettre à la conscience du seul jury, le rejet définitif de la preuve légale mais surtout l'impossibilité pour le juge de considérer que l'absence de conviction puisse bénéficier à l'accusé.

A partir du moment où la recherche puis la découverte de la vérité judiciaire s'organisait autour du jury et de l'intime conviction et suivant des règles précises, il ne paraissait donc pas nécessaire de reconnaître à l'accusé un droit à l'innocence d'autant plus que les questions posées au jury constituaient, pour ce dernier, des garanties certaines pour la défense. Comme le précise l'article 372 du Code des délits et des peines les jurés "*ne sont appelés que pour décider si le fait est constant, et si l'accusé est coupable du crime qu'on lui impute*". En enfermant la démarche du jury, le texte qui réaffirme les principes fixés initialement en 1791, fait abstraction du problème posé par le doute, pas plus qu'il ne désigne celui qui devra supporter la charge de la preuve.

¹⁰⁶⁰ L'instruction lue par le Président, après la clôture des débats, et avant que les jurés ne délibèrent, précisé que ceux-ci "*doivent examiner l'acte d'accusation, les procès verbaux et toutes les autres pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins, des notes écrites des interrogatoires subis par l'accusé devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel*".

¹⁰⁶¹ DUVERGIER, *Collection complète des lois décrets, ordonnances règlements et avis du Conseil d'Etat*, Tome 8, p. 415.

Aux principes philosophiques généraux qui glorifiaient les droits de l'homme et les transcrivaient sur le plan pénal, le législateur post-thermidorien préfère une procédure concrète qui assure l'effectivité des droits de la défense. La présomption d'innocence qui, au demeurant, avait disparu de la nouvelle Déclaration des Droits de l'Homme, ne pouvait donc recevoir une quelconque application. La législation napoléonienne précédée par les dispositions issues du décret du 7 pluviôse an IX (27 janvier 1801) (¹⁰⁶²), certes en réorganisant le droit pénal et la procédure criminelle initialement fixée par le Code de brumaire an IV, maintenait le silence sur ce principe.

En effet, l'article 342 du Code d'instruction criminelle, qui reprend le cadre juridique posé par le décret du 16-29 septembre 1791, confirme le grand principe de l'intime conviction (¹⁰⁶³). La solennité de la formule montre tout le pouvoir dévolu à la seule conscience du jury. Elle réaffirme surtout le fait que les éléments réunis dans le dossier d'instruction ou recueillis lors de l'audience, ne peuvent s'imposer aux jurés. Ceux-ci doivent faire abstraction de tout ressentiment ou de toute impression qui aurait pu se créer lors des

¹⁰⁶² Cette loi réorganise l'instruction préparatoire et modifie le débat devant le jury d'accusation en créant des substituts du commissaire du gouvernement, nommé dans chaque arrondissement par le premier Consul, révocable à volonté et dont la fonction consistait à rechercher et à poursuivre les délits de police correctionnelle ainsi que les crimes. Par ailleurs, le texte redonnait à l'instruction sa forme, telle que fixée par l'Ordonnance criminelle de 1670. Comme le note Adhémar ESMEIN, *"La loi du 7 pluviôse marquait, on le voit, un retour très-net vers le passé ; elle relevait toute l'instruction secrète et préparatoire que les lois de 1791 et de l'an IV avaient laissé tomber. Les réformes qu'elle opérât se ramenaient aux points suivants : 1° création d'un ministère public et d'un juge d'instruction ; 2° introduction du mandat de dépôt ; 3° audition des témoins hors de la présence du prévenu ; 4° substitution des preuves écrites aux débats oraux devant le jury d'accusation"*, ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, p.454-455.

¹⁰⁶³ *"La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit point desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point, vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel témoins ; elle ne leur dit pas non plus, vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de tel telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs, avez-vous une intime conviction ?."*

débats. Ils se doivent d'être convaincus, c'est-à-dire qu'ils se doivent d'être certains de la culpabilité de l'accusé (¹⁰⁶⁴). Ce qu'il faut relever, outre la filiation entre cet article et les textes précédents qui organisent ce principe de l'intime conviction, c'est l'entière liberté qui est donnée au juge pour décider de la culpabilité ou de l'innocence. La rupture avec le système probatoire de l'ancien régime se veut totale et définitive. Il n'est donc plus question d'encadrer ou de contraindre le juge. Présupposer l'innocence ou donner une valeur décisionnelle au doute reviendrait de fait à favoriser l'une des parties au procès, et par là même à s'immiscer dans la réflexion personnelle de celui qui juge. Cela aboutirait à encadrer la démarche du juge dans sa décision finale. La neutralisation de tout élément, quel qu'il soit, et préalablement à l'ouverture des débats, garantissait une objectivisation dans la recherche de la vérité judiciaire.

Section 2. Un principe décrit mais non exposé explicitement

Le regain d'intérêt pour le droit criminel, qui se fait sentir à partir des grandes réformes pénales de la première moitié du XIX^{ème} siècle, n'eut d'autres conséquences que de réveiller un certain intérêt pour la preuve pénale qui devint l'objet d'une théorisation (Paragraphe 1). Néanmoins, la publication d'ouvrages sur ce sujet montre que le principe procédural de la présomption d'innocence n'est pas évoqué (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La preuve pénale théorisée

Depuis la publication des grands traités de droit criminel intervenue durant la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, la production littéraire française sur la preuve pénale reste peu conséquente. Cette matière sera dégagée dans ses principes, et dans ses conséquences, par quelques juristes étrangers dont les

¹⁰⁶⁴ Faustin HELIE le met en évidence puisqu'il écrit que la loi "n'accorde de puissance légale à aucune preuves [...] Elle lui laisse la pleine liberté d'évaluer chaque témoignage, chaque indice, et de former dans son for intérieur, d'après tous les éléments qu'il a recueillis son intime conviction. C'est cette conviction qui est la seule base du jugement", *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, vol I, n°1769, p. 341.

noms resteront à jamais associés à ce sujet (A). Traduits en France, ces ouvrages permettent de revitaliser un débat sur la preuve pénale qui demeurait dans l'ombre (B).

A. La redécouverte d'une problématique

L'intérêt porté à l'importance du problème de la preuve en droit pénal français reste particulièrement indigent jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle. Il faudra que des traités publiés en Angleterre et en Allemagne y consacrent l'essentiel de leurs développements, pour que renaisse une véritable réflexion sur le moyen d'établir, puis de parvenir, à la vérité judiciaire. C'est ainsi qu'en 1823 fut publié, en français, l'ouvrage d'un économiste et jurisconsulte anglais Jérémy BENTHAM (¹⁰⁶⁵). Son *traité des preuves judiciaires* (¹⁰⁶⁶), qui énonce en introduction que "*l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves*"(¹⁰⁶⁷), s'attache à décrire avec précision le mécanisme complexe mais indispensable qui permet, non seulement de décrypter la connaissance des faits soumis au juge mais aussi de parvenir à la certitude judiciaire susceptible de cristalliser la conviction du juge.

Ainsi évoque-t-il le problème des présomptions ante-judiciaires qui, selon lui, existant préalablement à l'examen de toute cause, "*peuvent servir à guider dans l'obscurité jusqu'à ce qu'on ait obtenu les preuves particulières, ou à faire pencher*

¹⁰⁶⁵ BENTHAM (Jérémy), né à Londres le 15 février 1748 il meurt dans cette même ville le 6 juin 1832. Issu d'une famille d'attorney, il entre à Oxford en 1763 et devient masters of art en 1772. Avocat, il quitte rapidement la profession, déçu par la chicane ou les expédients employés par les gens de robe. Il se consacre alors à l'étude de la législation qui, selon lui, doit être déduite de la morale, et considérer les actions de l'homme dans leurs conséquences relatives à l'intérêt général. Lié d'amitié avec d'Alembert, Brissot et Morellet, il mettra sa plume au service de la Révolution française et de son Assemblée qui lui décernera le titre de citoyen français le 23 août 1792. En 1802, il fut admis à siéger à l'Académie des sciences morales et politiques, et en 1825, lors d'un dernier voyage à Paris les avocats aux Conseils devaient lui rendre un vibrant hommage.

¹⁰⁶⁶ Cet ouvrage, comme la plupart des écrits de BENTHAM, fut traduit par Etienne DUMONT (1759-1829), Jurisconsulte, ministre genevois, mais aussi éditeur du *Courrier de Provence*, et qui s'était lié d'amitié avec BENTHAM en 1791.

¹⁰⁶⁷ BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Paris, 1823, Vol 1, p. 3.

la balance lorsque l'on est dans le doute entre des preuves contraires"⁽¹⁰⁶⁸⁾. Ramené au seul droit pénal, Jérémy BENTHAM posait ainsi le principe que "*la présomption doit être en faveur de l'innocence, ou du moins doit agir comme si cette présomption était établie*"⁽¹⁰⁶⁹⁾. Dans cette perspective, il assignait à cette présomption un but qui consistait à renverser la charge de la preuve.

Cette règle hypothétique imposait à celui qui accusait une règle de conduite dans l'examen des éléments de preuve. Elle consistait donc à accorder à l'accusé un a priori favorable car "*on doit croire plus facilement à la témérité, à l'erreur, et à la passion, qu'on ne doit croire au crime, et surtout à des crimes graves*"⁽¹⁰⁷⁰⁾. L'auteur présupposait donc que la recherche du bien l'emportait sur la volonté de faire le mal. Dès lors, le juge ne pouvait avoir d'autre conduite, puisque même s'il "*eut formé dans son esprit une présomption interne contre les accusés, il ne doit pas hésiter à agir d'après la présomption de leur innocence, et dans le doute envisager l'erreur qui absout comme plus justifiable ou moins contraire au bien de la société que l'erreur qui condamne. En écoutant la voix de l'humanité, il ne fait que suivre celle de la raison*"⁽¹⁰⁷¹⁾. La lecture de ces derniers développements montre que ce jurisconsulte anglais pose de façon précise le cadre procédural de la présomption d'innocence.

Pour notre auteur, la personne poursuivie doit bénéficier d'une faveur en étant dispensée de rapporter la preuve négative de son absence de participation aux faits poursuivis. Mais surtout, pour le cas où il y aurait une égalité entre les charges recueillies et les moyens de la défense, l'avantage reviendrait à ce dernier. En cas de doute, celui-ci bénéficierait systématiquement à l'accusé. Cette écriture moderne du principe de la présomption d'innocence se retrouve également sous la plume d'un

¹⁰⁶⁸ BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p. 11.

¹⁰⁶⁹ BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p.19.

¹⁰⁷⁰ BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p. 20.

¹⁰⁷¹ BENTHAM (Jérémy), *Traité des preuves judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de M. Bentham, par Et. Dumont*, Vol 2, p. 26-27.

auteur allemand qui lui succède dans le temps et qui toutefois restera une référence pour le droit pénal français durant le XIX^{ème} siècle.

En 1834, fut en effet publié à HEIDELBERG, un ouvrage (¹⁰⁷²) suffisamment riche dans son analyse (¹⁰⁷³), pour que son écho dépasse les frontières de l'Allemagne. Son auteur, Carl Joseph Anton MITTERMAIER (¹⁰⁷⁴) précisant le système probatoire de son pays qui reposait sur le mécanisme de la preuve légale, procédait par voie de comparaison avec d'autres systèmes et notamment ceux de l'Angleterre et de la France. Argumentant sur le mécanisme qui structure la preuve en droit criminel et dont il rappelle toute l'importance qu'elle occupe dans le processus procédural (¹⁰⁷⁵), ce dernier exposait de manière générale, c'est-à-dire transfrontalière, une réflexion sur un sujet qui ne pouvait laisser sans réaction les criminalistes français (¹⁰⁷⁶). Il

¹⁰⁷² Le traité s'intitulait *Das deutsche strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts Gebrauch und Particular-Gestzbucher und genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Processse*

¹⁰⁷³ L'ouvrage est divisé en neuf parties qui s'organisent ainsi : *De la preuve en matière criminelle en général, et de son organisation diverse, suivant que la sentence appartienne aux juges proprement dits, De la preuve par constatations judiciaire, De la preuve à dire d'experts, De l'aveu du prévenu, De la preuve testimoniale, De la preuve par titres et les pièces à conviction, De la preuve par le concours de circonstances, Du concours des diverses preuves, ou de la preuve composite, De la preuve imparfaite.*

¹⁰⁷⁴ Carl Joseph Anton MITTERMAIER, né le 5 août 1787 à Munich, il meurt à HEIDELBERG le 28 août 1867. Professeur de droit à LANDSHUT en 1811, il est nommé en 1819 à l'université de BONN, puis obtint une chaire à l'université de HEIDELBERG en 1821. Il est considéré comme l'un des plus éminents jurisconsultes allemands de son temps. Chef du parti démocrate modéré, il sera élu député à l'Assemblée Nationale de Bade en 1831, puis à la Présidence de celle-ci jusqu'en 1840. Réélu à ce poste en 1846, jusqu'en 1849, puis de nouveau député de la ville de Bade au Parlement national de Francfort, il quitte la vie politique en 1849, pour revenir professer le droit à HEIDELBERG. Dans ses ouvrages, MITTERMAIER se montre comme le champion des institutions libérales, puisqu'il préconise la publicité des débats judiciaires, la procédure orale, le jury, l'abolition de la peine de mort, et la protection des aliénés.

¹⁰⁷⁵ « Carl Joseph Anton MITTERMAIER précise que "c'est sur la preuve que roule la portion la plus importante des prescriptions légales, en matière de procédure criminelle", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, traduit par C. A. ALEXANDRE, Paris, 1848, Chapitre premier, p.3.

¹⁰⁷⁶ Comme le note un membre de l'Académie des sciences morales et politiques, "M. MITTERMAIER a mieux montré la route à suivre dans un livre spécial sur la preuve en matière criminelle, ouvrage qui peut servir de modèle à la fois de et de leçon, aux

écrivait dans sa préface que "*l'étude de ce problème conduit naturellement à celle des principes fondamentaux*"⁽¹⁰⁷⁷⁾. Non seulement, il devait fixer les termes d'une définition de la preuve pénale ⁽¹⁰⁷⁸⁾ mais il allait également préciser la démarche du juge dans l'établissement de la culpabilité.

Sur ce dernier point, Carl Joseph Anton MITTERMAIER s'efforce "*d'approfondir la nature même de la preuve, et par suite, d'entrer dans quelques développements sur ce qu'on nomme : vérité, conviction et certitude*"⁽¹⁰⁷⁹⁾. Il démonte les mécanismes intellectuels qui assoient de façon définitive la décision du juge. La vérité factuelle qui se présente à lui ⁽¹⁰⁸⁰⁾ ne peut suffire. Il faut en plus un approche personnelle qui implique pour le juge d'être nécessairement convaincu ⁽¹⁰⁸¹⁾ ; ce qui permettra, puisqu'il n'y a plus d'arguments contraires, d'acquérir ainsi une certitude sur la culpabilité ⁽¹⁰⁸²⁾.

législateurs et aux jurisconsultes, et qui nous paraît bien supérieur aux travaux de Schneider, de Weber, de Borst, de Heffer et de Bauer", GIRAUD (Ch.), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Rapport fait par M. GIRAUD à l'Académie des sciences morales et politiques, dans la séance du 15 novembre 1843, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XII, 1844, janvier 1844, p. 144-146.

¹⁰⁷⁷ MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Préface de l'auteur, p. XII.

¹⁰⁷⁸ Il la définit ainsi, "*toutes les fois qu'un individu apparaît comme l'auteur d'un acte auquel la loi attache des conséquences afflictives, et qu'il s'agit de lui en faire l'application, la condamnation à intervenir repose sur la certitude des faits, sur la conviction produite dans la conscience du juge. La somme des motifs producteurs de la certitude se nomme la preuve*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VI, p. 63.

¹⁰⁷⁹ MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p. 68.

¹⁰⁸⁰ Elle est définie, selon l'auteur, comme "*la concordance entre un fait réel et l'idée qu'on s'en représente*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p. 68-69.

¹⁰⁸¹ Il rappelle en effet que "*la conviction procède de l'individualité du juge*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p.72, notre auteur précise cependant que, "*si l'opinion du juge repose sur des motifs suffisants et dont il a conscience, alors, et seulement alors, il peut décider affirmativement, et sa sentence passer pour juste dans le public. Or cet état d'esprit qui tient les faits pour vrais en s'appuyant sur des motifs pleinement solides, c'est la conviction proprement dite*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p.75.

¹⁰⁸² "*Arrivant au moment où elle repousse victorieusement tous les motifs contraires et où ceux-ci ne peuvent plus ébranler la masse imposante des motifs affirmatifs, la conviction prend le nom de certitude*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve* *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre VII, p.76-77.

Décrivant alors la progressivité de cette recherche, le criminaliste allemand met en exergue l'importance qu'il y a pour le juge de décider dans le cadre d'une introspection personnelle. La preuve de la culpabilité ne peut être uniquement le résultat d'une combinaison rationnelle de propositions préétablies et quantifiées. Parce qu'elle sera intimement ressentie, elle permettra de parvenir à une conviction certaine, ce qui fixera de manière définitive la décision du juge et donc la vérité judiciaire.

Ce cadre ainsi établi, Carl Joseph Anton MITTERMAIER précise les critères qui organisent la démonstration de la culpabilité. Ainsi énonce-t-il que le fardeau de la preuve incombe à celui qui déclenche les poursuites (¹⁰⁸³). L'obligation qui s'impose au ministère public ou à la partie civile est ici très nettement affirmée, sans qu'il y ait d'autres alternatives, et le simple soupçon ne peut suffire. Ces développements, pour essentiels qu'ils soient, marquent de façon précise le rôle du magistrat instructeur qui doit argumenter et démontrer la véracité de l'accusation portée contre le suspect (¹⁰⁸⁴). La démonstration de la culpabilité, et par voie de conséquence, l'établissement de la vérité judiciaire, repose sur le juge qui enclenche les poursuites mais aussi sur celui qui instruit l'affaire (¹⁰⁸⁵). Le criminaliste allemand pose donc

¹⁰⁸³ *"La preuve des faits de l'inculpation incombe à celui qui, pour raison d'illégalités commises, s'efforce de faire tomber un citoyen sous le coup d'une condamnation judiciaire ; car se contenter d'affirmer sa culpabilité ne serait pas chose suffisante"*, MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre XVII, p. 155-156.

¹⁰⁸⁴ *"L'inquisiteur ne doit pas prendre la culpabilité seule pour point de mire, mais la vérité ; il relèvera avec un soin égal toutes les circonstances favorables à l'accusé ; et la certitude d'ailleurs, eu égard à la culpabilité même, ne saurait un seul instant être acquise, tant que le plus léger doute sur la réalité des faits information n'aurait pas été éclairci"*, MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre XVII, p.154.

¹⁰⁸⁵ Carl Joseph Anton MITTERMAIER note qu'"*En envisageant dans toute leur étendue les devoirs de l'inquisiteur, on reconnaît qu'il n'est pas un accusateur pur et simple, et que ce serait à tort qu'on lui voudrait spécialement imposer le fardeau de la preuve à charge ; mais il n'est pas moins vrai, d'un autre côté, qu' en voyant les choses du point de vue de l'accusé, on ne peut contester à celui-ci le droit d'exiger, avant que la condamnation devienne possible, la preuve complète des faits relevés contre lui, et dont l'existence seule le rend passible de la peine indiquée"*, *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre XVII, p.157.

le principe que la charge de la preuve pèse non seulement sur le ministère public mais également sur le juge d'instruction.

Toutefois, dans cette analyse très complète du mécanisme probatoire, il envisage, dans la dernière partie de son ouvrage, le problème de *la preuve imparfaite*. Rappelant que cela "*concerne l'administration même de la preuve*"⁽¹⁰⁸⁶⁾, il écrit, non sans un certain ton péremptoire, que "*la condition essentielle de toute condamnation pénale est la démonstration complète des faits reprochés ; que jusqu'à ce qu'elle soit pleine et entière, l'accusé doit être tenu pour innocent*"⁽¹⁰⁸⁷⁾. Si ce raisonnement s'inscrit dans un examen critique de la preuve légale, toujours en application dans le droit pénal allemand, alors qu'il rappelle par ailleurs qu'elle n'existe plus en droit pénal français⁽¹⁰⁸⁸⁾, il reste néanmoins emblématique d'un principe qui gouverne la preuve pénale et qui constitue l'un des éléments constitutifs de la présomption d'innocence. Il confirme, de manière indirecte, ce qu'il vient d'énoncer.

Dans le chapitre suivant *Du renvoi des fins de l'instance*, Carl Joseph Anton MITTERMAIER va consacrer de longs développements à ces demi-acquittements, disparus en France avec l'adoption de la loi des 16-19 septembre 1791 sur la procédure pénale et la consécration du jury et de l'intime conviction. Reprenant l'argument des thuriféraires de cette forme de jugement, il va néanmoins évoquer les critiques qui pouvaient y être apportées et notamment cet argument, dont nous devons reprendre le long développement, qui consistait à affirmer qu'à "*la fin des débats, il n'est que deux sentiments à l'un desquels le juge puisse se sentir entraîné : l'un est la certitude de la culpabilité ; l'autre, la certitude contraire. Entre eux point de moyen terme, et si la culpabilité n'est pas complètement et légalement établie,*

¹⁰⁸⁶ MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LXIV p. 483. L'auteur reprend dans une note, la maxime *Accusatore non probante, accusatus absolvitur*.

¹⁰⁸⁷ MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LXIV, p.482.

¹⁰⁸⁸ "*Il ne vient dans l'esprit de personne en France d'établir une distinction entre un inculpé évidemment innocent et celui dont la non-culpabilité reste douteuse : pour l'un et l'autre le jury statue par un verdict négatif*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Neuvième partie, Chapitre LXIV p. 483, note n°4.

l'accusé n'est pas coupable. Il en est de même pour le procès d'inquisition que pour le procès d'accusation. Dans celui-ci, la preuve n'étant point fournie par le demandeur, l'ajourné est acquitté ; dans l'autre, si la preuve à la charge de la société partie poursuivante, n'est pas rapportée, le prévenu doit être renvoyé à tout jamais indemne"(¹⁰⁸⁹). La position prise par Carl Joseph Anton MITTERMAIER sur ce point n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté puisqu'il dénonce l'usage fait de la preuve légale dont il reconnaît cependant qu'elle demeure une pratique du droit allemand (¹⁰⁹⁰).

Néanmoins le principe procédural de ce qui constitue actuellement la présomption d'innocence se trouve esquissé. Même si la notion de bénéfice du doute qui profite à l'accusé n'est pas décrite dans ses conséquences procédurales, le statut d'un accusé qui ne soit pas présumé coupable est toutefois clairement exprimé. Cet ouvrage recevra un écho favorable parmi quelques criminalistes français qui montreront un intérêt certain sur ce sujet spécifique, sans toutefois exposer le mécanisme de la présomption d'innocence.

B. Les criminalistes français et la présomption d'innocence

La grande codification napoléonienne, achevée en 1810, consacre le primat du Code Civil qui "*règne en maître et tranche souverainement en tout conflit*" (¹⁰⁹¹). Le droit pénal et la procédure pénale demeurent dans l'ombre. Un tel désintérêt, certes organisé parce que cette discipline touche aux rapports entre l'individu et l'état, explique ainsi l'absence d'une littérature qui soit consacrée durant cette première moitié du XIX^{ème} siècle, à ces matières spécifiques. Aucune recherche approfondie sur les grands principes qui animent

¹⁰⁸⁹ MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LVX p. 487.

¹⁰⁹⁰ "*S'il est dès à présent démontré que l'absolutio ab instantia doit être rejetée de toute œuvre de législation à faire, toutes les raisons possibles ne peuvent empêcher pourtant qu'elle ne joue un grand rôle dans la pratique commune des tribunaux de l'Allemagne ; là, l'usage constant de trois siècles a sanctionné un mode de sentence*", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, Chapitre LVX p. 491.

¹⁰⁹¹ ARNAUD (André-Jean), *Les juristes face à la société du XIX^{ème} siècle à nos jours*, 1975, p. 32.

le droit criminel ou le procès pénal n'est entreprise. La présomption d'innocence, en tant que principe directeur du procès pénal, ne pouvait émerger dans le cadre d'un monologue dédié au seul droit privé et à la procédure qui lui était subséquente. Il faut cependant reconnaître que les tenants du seul droit civil comptaient quelques noms qui montraient un attachement certain pour le droit pénal et la procédure pénale, estimant que l'évolution des rapports sociaux ne pouvait être ignorée des praticiens du droit. L'enseignement de ces matières devait se détacher d'une lecture exégétique du code civil et du Code de procédure civile pour conduire à une conceptualisation autonome des principes encadrant le procès pénal.

En desserrant le carcan du seul droit privé, une voie s'ouvrait quant à la préhension des principes généraux qui encadreraient le droit criminel et plus spécifiquement la preuve pénale. Ainsi Joseph Louis Elzéar ORTOLAN (¹⁰⁹²), détenteur durant de nombreuses années de la chaire de législation pénale comparée, aborde-t-il dans ses *Eléments de droit pénal* (¹⁰⁹³) la nature des preuves au Livre III de la procédure et plus spécifiquement au titre II "*des juridictions de jugement*". Il écrit que "*le principe inauguré à ce sujet par les lois de la constituante est celui des preuves de conscience, ou preuves de conviction*"(¹⁰⁹⁴), rappelant par ailleurs que celui-ci "*est le même pour les tribunaux de simple police ou de police correctionnelle*"(¹⁰⁹⁵). La sécheresse du propos, qui tient à marquer non seulement la rupture avec le procès

¹⁰⁹² Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, né le 21 août 1802 à Toulon, il meurt à Paris le 27 mars 1873. Il suit des études de droit à Aix en Provence puis à Paris à partir de 1822. Inscrit au Barreau de Paris en 1826, il soutient sa thèse en novembre 1829. Bibliothécaire adjoint à la Cour de Cassation en 1830, il ouvre un cours public et gratuit d'histoire du droit politique et constitutionnel. En 1833 il devient Secrétaire en chef du Parquet de la Cour de Cassation. Installé le 12 décembre 1837 dans la nouvelle chaire de législation pénale comparée à la faculté de droit de Paris, il en occupera le poste pendant plus de 30 ans. Sa conception du droit pénal est indissociable des problèmes de sa réflexion sur les problèmes sociaux et économiques de son époque. Il sera également un des collaborateurs reconnus de la *Revue de législation et de jurisprudence* et de la *Revue étrangère et française de législation*.

¹⁰⁹³ Cet ouvrage publié pour la première fois en 1855 sera réédité à cinq reprises.

¹⁰⁹⁴ ORTOLAN (Joseph Louis Elzéar), *Eléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5^e ed. , p.543.

¹⁰⁹⁵ ORTOLAN (Joseph Louis Elzéar), *Eléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5^e ed. , p. 544.

accusatoire que connaissait le Haut Moyen Age, mais aussi le système de la preuve légale fixé par le droit savant, montre que ce domaine spécifique, qui organise la démonstration de la culpabilité, n'est aucunement appréhendé dans une dimension qui inclut l'accusé. Le regard se situe du seul côté du juge. La présomption d'innocence n'est pas évoquée parce que l'on fait confiance à la conscience du juge qui ne peut trahir les intérêts de l'accusé.

Cette démarche spécifique se retrouve également sous la plume de Faustin HELIE (¹⁰⁹⁶) "*figure tutélaire du XIX^{ème} siècle pour le droit pénal et la procédure pénale*"(¹⁰⁹⁷). En abordant, dans le cadre d'une démarche scientifique (¹⁰⁹⁸), l'étude de la procédure criminelle, celui-ci va en préciser véritablement la finalité. Il écrit qu'"*on entrevoit déjà le but et le principe de la procédure criminelle : ce but est la complète manifestation de la vérité judiciaire :*

¹⁰⁹⁶ Faustin HELIE naquit à Nantes le 30 mai 1799 pour décéder le 22 octobre 1884 à Passy. Bien qu'ayant prêté serment devant la Cour royale de Rennes le 25 octobre 1822, il ne devait jamais exercer la profession d'avocat. Il sollicite cependant dès cette époque son entrée dans la magistrature qui, malgré les soutiens ou sa renommée scientifique restera vaine. Nommé en 1823 rédacteur au service des archives au ministère de la justice, il sera transféré au service des affaires criminelles en 1828. A la même époque il se lie d'amitié avec Adolphe CHAUCHEAU avec lequel il crée *Le journal de droit criminel* en 1829 et publie en 1834 l'ouvrage *Théorie du droit pénal*. En 1844 il est nommé chef de bureau de 1^{ère} classe. C'est à partir de 1845 et jusqu'en 1860 qu'il publie son *Traité d'instruction criminelle*. Directeur des affaires criminelles et des grâces en 1848, puis Professeur de droit criminel à l'école d'administration, il sera nommé Conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le 15 octobre 1849, qu'il présidera à partir de 1871. Vice Président du Conseil d'état le 14 juillet 1879, il est fait grand officier de la légion d'honneur le 12 juillet 1880.

¹⁰⁹⁷ VERHAEST (Johann), *Faustin HELIE (1799-1884) Un pénaliste républicain et humaniste*, Thèse droit, Lille II, 1998, p. 142. La nécrologie de Faustin HELIE publiée dans *le journal des tribunaux* le 25 octobre 1884 précise même que "*sa renommée, en effet a dépassé les bornes de notre pays. Ce n'est pas seulement la matière spéciale à laquelle il a voué la plus grande partie de sa vie qui lui a permis de franchir très rapidement les limites ordinaires de la grande notoriété [...]. Il est permis de dire que l'élévation de son esprit, la largeur de ses idées, un souffle humanitaire et puissant, une connaissance approfondie de toutes les législations, a fait de notre grand criminaliste un citoyen du monde*", Le Président Faustin HELIE, *Le Droit, Journal des tribunaux de la jurisprudence, des débats judiciaires et de la législation*, 25 octobre 1884.

¹⁰⁹⁸ "*La pensée de Faustin HELIE est fondée sur l'opinion que toute étude juridique repose sur deux éléments principaux : l'histoire, c'est à dire la science des faits, et la théorie, c'est à dire la science du droit. Il estimait qu'il n'y avait pas d'interprétation réellement doctrinale si on ne s'appuyait pas sur ces deux fondements, puisque la législation n'est que l'application des règles du droit aux faits sociaux, et pour comprendre les textes, il faut remonter à leurs sources, à la pensée qui est venue les animer*", VERHAEST (Johann), *Faustin HELIE (1799-1884) un pénaliste républicain et humaniste*, p.145.

ce principe est la protection efficace de tous les droits, de tous les intérêts, des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente"⁽¹⁰⁹⁹⁾. Le futur Président de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation expose les règles qui concourent à la démonstration de cette vérité judiciaire. Plus précisément, il décrit au chapitre VII du livre IV du *Traité de l'instruction criminelle* (¹¹⁰⁰), le mécanisme qui organise, à partir des moyens de preuve débattus devant le juge pénal, la démonstration de la vérité judiciaire.

Avec la précision d'orfèvre qu'il faut reconnaître à cet auteur, Faustin HELIE entreprend de décrire les rouages qui, lorsqu'ils sont mis en mouvement, permettront de parvenir, avec une certitude effective, à la vérité judiciaire. Ce dernier, énonce alors comme postulat indispensable, que le "*but de toutes les opérations judiciaires est d'acquérir la connaissance de la vérité*"⁽¹¹⁰¹⁾. Intégrant cette démarche dans le cadre de l'instruction préalable conduite et dirigée par le juge, il pose comme axiome que la vérité consiste "*dans la certitude que tel fait existe ou n'existe pas, que tel individu est ou n'est pas coupable*"⁽¹¹⁰²⁾, reprenant ainsi ce que Cesare BECCARIA avait exposé un siècle auparavant (¹¹⁰³). A partir de cette recherche qu'il considère comme

¹⁰⁹⁹ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol 1, p. 7, n°5.

¹¹⁰⁰ Les développements entrepris dans son traité sur les preuves seront publiés sous la forme d'un article *De la preuve en matière criminelle*, publié en 1853 dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*.

¹¹⁰¹ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, p. 323, n° 1759.

¹¹⁰² HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, p. 323, n° 1759.

¹¹⁰³ Faustin HELIE écrit dans son introduction au *Traité des délits et des peines* qu'il " *n'aborde que quelques points de la procédure criminelle, ceux sans doute qui semblaient à l'auteur constituer les abus les plus graves. [...] Il est un point sur lequel il est impossible de ne pas mettre en relief la sagacité de notre auteur. La théorie des preuves légales enveloppait alors de ses nœuds serrés toute la procédure. [...] BECCARIA est le premier qui ait osé porter la main sur ce savant édifice, patient labeur des légistes du XVI^e siècle ; et le coup qu'il lui a porté a suffi pour le briser. [...] Quelle est donc la règle que doivent suivre les juges ? C'est celle de la certitude morale. [...] Il n'importe il a trouvé le principe de la preuve en matière criminelle*", BECCARIA (Cesare), *Des*

nécessairement indispensable et même essentielle, Faustin HELIE poursuit sa démonstration en précisant que cette certitude "*qui est la base évidente de la vérité [...] réside, en effet, dans l'esprit de l'homme, et elle est dès lors indépendante de la vérité du fait ou de la proposition*"⁽¹¹⁰⁴⁾. Sa conclusion se termine par ce rappel que le juge l'atteindra grâce aux "*moyens de preuve que la loi met à sa disposition*"⁽¹¹⁰⁵⁾. Ce viatique qui s'impose au juge, souligne toute l'importance de sa démarche. Il s'agit de cristalliser l'ensemble des éléments, matériels ou non, qui formeront la preuve d'une culpabilité avérée et non discutée⁽¹¹⁰⁶⁾.

Le cadre conceptuel du mécanisme probatoire ainsi fixé, Faustin HELIE entreprend de reprendre les différents systèmes de preuve qui émaillèrent l'histoire de la procédure criminelle. Il ne s'agit pas de faire l'énumération des mécanismes probatoires mais plutôt de dégager les principes qui animent le juge dans la recherche de la vérité judiciaire. Il faut s'attacher à examiner la démarche du juge dans l'examen qu'il faisait de la culpabilité d'un accusé. En rappelant qu'il n'existe pas de règles immuables, car "*la théorie des preuves a varié suivant les mœurs, les coutumes et les lumières des*

délits et des peines, avec une introduction et un commentaire revus et augmentés par M. Faustin HELIE, p. LXVII-LXX

¹¹⁰⁴ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, n°1759, p. 324. Ce dernier précise par ailleurs que "*la source de la certitude [...] est dans mille circonstances morales ou matérielles, dont notre esprit ne se rend pas compte au moment où elles agissent sur lui et qui en déposent les germes à notre insu dans notre conscience. Il n'y a pas de loi qui puisse la condamner ou la régler; elle est comme la pensée, essentiellement libre et indépendante de tout pouvoir extérieur*", BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines, avec une introduction et un commentaire revus et augmentés par M. Faustin HELIE, p. LXXII*.

¹¹⁰⁵ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1763, p. 329.

¹¹⁰⁶ "*Appliquée aux matières criminelles, la preuve prend une haute et difficile mission : elle ne saisit que des faits qui sont déjà consommés et dont elle doit faire revivre, à l'aide de quelques vestiges, le caractère réel et la physionomie ; elle se propose de constater les actes que leurs auteurs ont cherché à dérober à tous les regards, de soulever les ombres dont ils les ont enveloppés, de retrouver des indices et des révélations dans des traces souvent à demi effacées ; enfin, elle doit éclairer des circonstances qui échappent au sens et qui ne se passent que dans le for intérieur : l'imputabilité morale de l'agent, sa situation d'esprit au moment du crime, la lucidité de sa conscience, son intention entachée ou exempte de dol, et l'intensité du dol ; en nu mot, toute la moralité de son action*", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1763, p. 330.

peuples"⁽¹¹⁰⁷⁾, Faustin HELIE va esquisser ce qu'il avait développé, non sans précision, dans le premier volume de son *Traité d'instruction criminelle*.

Pour lui, les conditions qui président à la démonstration de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé ne font que fixer le rapport que le juge entretient avec la preuve pénale, c'est-à-dire soit une situation de soumission imposée, soit une totale liberté. Preuve légale ou irrationnelle qui l'enferme dans un processus décisionnel préétabli ou libre conviction qui le libère de contrainte pré-imposées, tels sont les critères que l'histoire de la procédure criminelle a pu établir. A partir de cet exposé, Faustin HELIE rappelle que, dans son article 342, le *Code d'instruction criminelle*, pose le principe de la libre conviction du juge.

Considérant qu'elle "*doit être le seul fondement de la justice humaine*"⁽¹¹⁰⁸⁾, il affirme que "*cette conséquence est incontestable. Il n'y a pas, pour acquérir la vérité dans la matière judiciaire, d'autre voie que pour l'atteindre dans toute autre matière. La justice n'a pas d'autre instrument et d'autre organe que l'homme lui même*"⁽¹¹⁰⁹⁾. La recherche de la vérité constitue un impératif qui transcende la fonction de juger. Parce que, commune à tous les hommes, elle est forcément présente chez un juge⁽¹¹¹⁰⁾. Comme il le souligne, "*la justice n'a pas d'autres instrument et d'autre organe que l'homme lui*

¹¹⁰⁷ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1764, p. 331.

¹¹⁰⁸ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

¹¹⁰⁹ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

¹¹¹⁰ "*au moment où le juge, après avoir vérifié tous les faits en suivant les formes légales, se recueille et discute les motifs de la certitude qui se forme en lui même, cette opération de son esprit, qui est la même que celle qui se développe chez tout autre homme qui veut se convaincre de la vérité d'un fait, échappe à l'action de la loi; c'est en lui que réside les forces nécessaires pour apprécier les faits ; ce sont ses propres impressions qu'il doit étudier ; c'est sa conscience qui formule le jugement*", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341-342.

même"⁽¹¹¹¹⁾ mais surtout "*la certitude morale qu'il acquiert est donc la véritable base de la certitude judiciaire*"⁽¹¹¹²⁾.

Cette confiance placée dans le juge, lorsqu'il doit démontrer la culpabilité ou reconnaître l'innocence de l'accusé, s'inscrit selon nous, dans une vision humaniste et optimiste que Faustin HELIE pose sur cet acteur essentiel du procès pénal. Selon ce dernier, il "*a pour lumière la loi morale et pour guide sa propre conscience*"⁽¹¹¹³⁾. Le juge, imprégné de l'essence même de la fonction qu'il occupe⁽¹¹¹⁴⁾, et libéré d'un cadre probatoire contraignant, dispose d'une totale indépendance pour apprécier les moyens de preuve exposés et débattus devant lui. Il rendra une décision qui sera l'aboutissement d'une recherche constante de la vérité. Force est de reconnaître qu'il n'y a pas d'autre approche. L'accusé ne rentre pas dans le champ de réflexion du criminaliste, et le regarder comme un innocent supposé n'est pas une hypothèse qui soit envisageable.

Ces développements constituent un véritable panégyrique de l'intime conviction mais aussi un acte de foi dans la démarche du juge. Ils révèlent que la présomption d'innocence ne peut trouver de place effective dans la démarche entreprise par le juge. Pour Faustin HELIE, celui ci demeure la pierre angulaire dans un système procédural où l'accusé ne dispose pas d'un statut propre dans la marche même du procès pénal. Pour s'en convaincre, il suffit de relever que la table alphabétique générale, intégrée au volume VIII du *Traité d'instruction criminelle*, ne comporte aucun renvoi aux mots

¹¹¹¹ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

¹¹¹² HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1770, p. 341.

¹¹¹³ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1772, p. 344.

¹¹¹⁴ "*Enfin le juge trouve un appui dont il ne faut point méconnaître la force dans le sentiment du devoir que sa fonction lui impose. Cet instinct naturel qui fait incliner tous les hommes vers la vérité, se fortifie chez lui par l'obligation même ou il est de la chercher*", HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Vol IV, n° 1772, p. 344.

Présomption d'innocence, Bénéfice du doute, pas plus qu'il ne consacre la formule latine *in dubio pro réo*. Le silence doctrinal s'est posé sur ce principe si l'on prend en considération le fait que l'ouvrage de Faustin HELIE constituait, à l'époque de sa publication (¹¹¹⁵), une référence fondamentale pour les praticiens (¹¹¹⁶).

Dans ces conditions, il nous faut convenir que l'article 9 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* n'a pas suscité, ni même provoqué chez ces auteurs renommés, une réflexion nouvelle sur les principes qui encadraient les rapports contradictoires et antagonistes entre le juge et l'accusé. En affranchissant le juge des contraintes liées à la recherche de la preuve légale, la Révolution libérait sa conscience. Elle l'autorisait à juger en fonction de sa conviction intime. La problématique de la preuve pénale consistait à ce qu'il organise une réflexion progressive le conduisant à une perception puis à une construction de la vérité judiciaire détachée de tout sentiment personnel. L'accusé, ou plus précisément son positionnement dans le procès pénal, ne s'inscrit aucunement dans le champ de réflexion de ces auteurs. Les garanties, dont l'accusé peut disposer dans le procès pénal, sont dépendantes du cadre législatif et non de principes supérieurs qui s'impose au juge. La présomption d'innocence demeure absente de cette réflexion nouvelle qui tend à faire du droit pénal une matière aussi essentielle que le droit civil.

¹¹¹⁵ Le *Traité* fut, une première fois, publié en 9 volumes de 1845 à 1860. Une seconde édition devait intervenir entre 1866 et 1867.

¹¹¹⁶ "Il est des œuvres qu'on ne loue pas, mais qu'on lit ; il est des livres pour lesquels on ne se contente pas de savoir à peu près de quoi ils traitent, mais qu'on veut étudier et consulter soi-même. L'auteur est parmi ceux-ci, on peut le dire sans exagération, qui ont reconstitué la science du droit criminel ; car on était trop porté à croire que, depuis 1810, on n'avait besoin que de savoir lire le Code pénal, à peu près comme le négociant parcourt ses prix courants des cafés et des sucres. Grâce à, M. Faustin HELIE et à quelques prédécesseurs, on a pu se convaincre que le droit pénal, tout comme le droit civil, a son histoire et sa philosophie.", KOENIGSWATER (Louis Jean), *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, (article de), *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 435.

Paragraphe 2 Une production littéraire muette sur ce sujet

Le XIX^{ème} siècle montre son peu d'intérêt pour la preuve pénale. Les quelques études particulières sur ce sujet ne vont pas exposer le principe de la présomption d'innocence (A). Ce silence trouvera un relais certain dans d'autres productions littéraires spécialisées (B).

A Traités et répertoires

Le constat qui se fait en cette première moitié du XIX^{ème} siècle montre le primat du Droit civil, ce qui par voie de conséquence, aboutit à ce que les matières enseignées dans les écoles de Droit le seront "dans l'ordre établi par le Code civil". Ceci explique l'absence d'un véritable examen du droit pénal et de la procédure, tant dans ses fondements que dans les mécanismes de recherche de la vérité judiciaire qui lui sont pourtant consubstantiels (¹¹¹⁷). Il paraissait plus que difficile d'aborder en toute autonomie un sujet qui relevait de la sphère générale du droit privé. Le problème de la preuve, en matière de justice criminelle, ne fit l'objet d'aucun écrit précis et suffisamment développé.

Un premier mouvement en sens contraire se fait néanmoins sentir en 1836, année au cours de laquelle l'Académie des sciences morales et politiques allait proposer de concourir sur ce sujet (¹¹¹⁸). Le peu d'engouement pour participer à ce concours (¹¹¹⁹), puisqu'il n'y eut que deux mémoires adressés,

¹¹¹⁷ André Jean ARNAUD note en effet que "*quant à la législation criminelle, elle occupe si peu de place dans la pensée du législateur, que ce dernier impose au professeur chargé de l'enseigner, l'obligation d'y joindre l'étude de la procédure civile et criminelle!*", *Les Juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, p.32.

¹¹¹⁸ Les termes en étaient les suivants : *Déterminer les moyens à l'aide desquels on peut constater avec le plus de certitude, la vérité des faits qui sont l'objet des débats judiciaires, soit en matière civile, soit en matière criminelle. Comparer les divers modes de procéder employés pour obtenir ce résultat chez les peuples civilisés ; en faire connaître les inconvénients et les avantages*, PORTALIS (Joseph Marie) (comte), *De la preuve en matière civile et criminelle, Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.174.

¹¹¹⁹ Le concours devait être prorogé jusqu'en 1837, et ce n'est que le 31 décembre de cette année la que deux mémoires parvinrent à l'Académie. Le comte PORTALIS note dans le rapport qu'il fait

marquait avec une certaine constante, le désintéret permanent que les juristes portaient pour l'étude théorique de la preuve en général, et de la preuve pénale en particulier.

Néanmoins, ces contributions modestes montrent le renouveau de la matière même si elles figent la démonstration de la vérité judiciaire. Résumées par le comte PORTALIS (¹¹²⁰), le premier mémoire énonce que "*la recherche, la conservation des preuves et l'ordre dans lequel on les produit sont les trois plus importantes parties de l'instruction*"(¹¹²¹). Son auteur (¹¹²²) termine son propos en considérant que "*les preuves sont à la charge de celui qui accuse ou qui demande, c'est à lui de les produire*"(¹¹²³). Sans faire de distinction entre le droit civil et le droit criminel, ce principe issu du droit civil, et qui régit la preuve dans un rapport antagoniste, a donc vocation à s'appliquer en matière criminelle. La partie civile et le Parquet doivent ainsi démontrer la culpabilité de l'accusé.

que "*digne à la fois des méditations du philosophe et du publiciste, du jurisconsulte et de l'homme d'état, il est surprenant que son importance n'ait pas déterminé un plus grand nombre de concurrents à l'étudier*", PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.174.

¹¹²⁰ Joseph-Marie PORTALIS né le 19 février 1778 à Aix, il meurt le 4 août 1858 à Paris. Fils du juriste Jean Etienne Marie PORTALIS un des rédacteurs du code civil et bénéficiant de l'appui de Bonaparte, il débute une carrière diplomatique en 1800 comme surnuméraire au ministère des Relations extérieures. Envoyé en mission au congrès de Lunéville et à la Cour de Saxe, premier secrétaire à l'ambassade à Londres puis en Prusse, il devient ministre plénipotentiaire à Ratisbonne de 1804 à 1806. Nommé au secrétariat de la justice puis Maître des requêtes au Conseil d'Etat, il succède à son père au ministère des cultes en 1807. Directeur général de l'imprimerie et de la librairie en 1810 pour être disgracié par Napoléon en 1811. Premier président de la Cour d'appel d'Angers en 1813, il est nommé conseiller à la Cour de cassation en 1815. Président de la chambre criminelle en 1824, il accède à la première présidence en août 1829. Pair de France en 1819 il sera sous secrétaire d'état au ministère de la justice en 1820, ministre de la justice en 1828, ministre des affaires étrangères du 14 mai au 7 août 1829 puis ministre d'état sans portefeuille. En 1851 il entrera au Sénat.

¹¹²¹ PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.183.

¹¹²² Le comte PORTALIS ne donne aucune indication sur son identité

¹¹²³ PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.184.

Pour autant la différence demeure entre ces deux branches d'une même science. Comme le note le comte PORTALIS, l'auteur de premier mémoire rappelle qu'"*en matière criminelle, aucun ordre de preuves ne peut imposer une conviction officielle ; de la conviction morale seule peut sortir la vérité judiciaire*"⁽¹¹²⁴⁾. L'intime conviction et la charge de la preuve constituent, dans les développements de cet exercice imposé, les premiers indices d'une appréhension différenciée de ce que doit être la démonstration de la culpabilité.

Le second mémoire, rédigé par un représentant du parquet général de la Cour d'Appel de RENNES, et qui obtiendra le prix de l'Académie (¹¹²⁵), reste en retrait sur cette articulation particulière de la preuve pénale. Son auteur, comme le résume le comte PORTALIS, se contente de rappeler dans un développement critique consacré au système de la preuve légale, que s'agissant de la justice criminelle, le "*jugement doit être le résultat d'une conviction profonde, le commandement de la loi ne peut la produire ; née des impressions qui remuent son cœur, des traits de lumière qui éclairent son esprit, elle se forme dans la conscience du juge ; c'est un sentiment impérieux qui le subjugue, qui s'empare de lui, qui lui dicte l'arrêt qu'il prononce*"⁽¹¹²⁶⁾. On retrouve ici tout l'accent qui animait les débats de l'Assemblée Constituante au moment de l'établissement de la loi sur le jury criminel; une foi certaine dans la raison intelligente de l'homme mais aussi un silence tenace sur les conditions qui encadrent le procès pénal.

La présomption d'innocence n'est donc pas évoquée puisque la recherche de la vérité judiciaire repose sur le juge, plus précisément, sur sa conscience

¹¹²⁴ PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.185.

¹¹²⁵ "*Sur les conclusions de M. le comte de Portalis, l'Académie a décerné une médaille de 1000 fr. au mémoire n°2, dû au talent de notre honorable collaborateur, M. Bayle-Mouillard, avocat général à la Cour de Rennes*", PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.200.

¹¹²⁶ PORTALIS (Joseph Marie) (comte), De la preuve en matière civile et criminelle, *Revue de législation et de jurisprudence*, juillet-décembre 1840, p.189-190.

éclairée qui ne peut défaillir. La renaissance du droit de la preuve se produit en 1843. La publication du *traité théorique des preuves en droit civil et en droit criminel* (¹¹²⁷) d'Edouard BONNIER (¹¹²⁸), combla un vide doctrinal. Il constituait le premier ouvrage qui formalisa des règles générales et intangibles sur la preuve, en autonomisant la preuve civile et la preuve pénale.

C'est dans ces conditions, que, lors de sa séance du 15 novembre 1843, l'Académie des Sciences morales prenait connaissance du rapport de Charles GIRAUD (¹¹²⁹), puisque ce dernier avait préalablement commenté, non sans précision, cet ouvrage dans *la Revue de législation et de jurisprudence*. Ainsi, rappelant en préambule, que "*la théorie des preuves judiciaires est une des plus importantes de la science du droit. Sur la théorie des preuves reposent les garanties de la propriété territoriale et mobilière et de la liberté individuelle. L'économie des preuves est la sauvegarde de la fortune et de*

¹¹²⁷ L'ouvrage connut un succès certain, puisqu'après cette première publication, il fut de nouveau édité en 1852, 1862, 1873, 1888.

¹¹²⁸ Edouard Louis Joseph BONNIER, né à Lille le 27 septembre 1808, il meurt en 1877. Après des études de droit à la faculté de Paris, il obtient son doctorat en 1832. En 1839, il devient professeur suppléant à la faculté de Paris, et en 1844 il est titulaire de la chaire de législation pénale et de procédure civile et criminelle. Epousant la même année la fille d'ORTOLAN, professeur de droit pénal, il conserve sa chaire suppléant parfois OUDOT dans son cours de philosophie du code civil. Il publie de façon fréquente des articles dans la *Revue du droit français et étranger*, la *Revue de législation*, *Le Correspondant*. Enfin il est l'auteur, outre du *Traité des preuves en droit civil et en droit criminel*, des *Rapports entre l'Eglise et l'Etat*, des *Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile* publiés en 1847 et 1848 puis réédités en 1853 en deux parties distinctes : *Eléments d'organisation judiciaire* et *Eléments de procédure civile qui seront par la suite réunis aux Eléments de droit pénal* d'ORTOLAN.

¹¹²⁹ Charles Joseph Barthélemy GIRAUD né le 17 février 1802 à Pernes les Fontaines (Vaucluse), il meurt à Paris le 13 juillet 1881. Après des études de droit à la faculté d'Aix, il est licencié en 1824, année durant laquelle il prête le serment d'avocat. Reçu docteur en droit en 1828, il se présente au concours pour la chaire de droit civil laissée vacante à la faculté d'Aix en Provence. Le concours ayant été annulé et transféré à Toulouse il le repasse avec succès. Il devient, le 17 août 1830, suppléant à la faculté de droit d'Aix où il enseignera *le droit des gens positif, suivi de l'histoire des traités* entre 1832 et 1833. Le 4 décembre 1835, il est nommé professeur de droit administratif. En 1838, il est élu membre correspondant de l'institut, et en 1842 membre titulaire. Le 2 octobre 1844, il devient inspecteur général des facultés de droit et conseiller titulaire de l'université de Paris le 31 mai 1846. Ministre de l'instruction et des cultes, du 24 janvier au 10 avril 1851 puis du 26 octobre au 2 décembre de la même année, il renonce à ses fonctions au moment du coup d'état du 2 décembre. Réintégrant le professorat le 8 décembre 1852, il devient professeur de droit romain et retrouve sa charge d'inspecteur général d'inspecteur des facultés de droit le 27 février 1861, qu'il assumera jusqu'à sa mort.

l'honneur des citoyens"⁽¹¹³⁰⁾, il notait qu' "il restait une grande lacune à remplir à ce sujet dans notre littérature juridique"⁽¹¹³¹⁾, et précisait même "qu'il y avait une place à prendre pour la philosophie pratique et pour la jurisprudence positive"⁽¹¹³²⁾. Le constat était ainsi fait que le droit pénal français ne comprenait aucune études spécifiques sur la problématique de preuve pénale et des ses conséquences ⁽¹¹³³⁾. Dans ces conditions, la perception d'un principe qui organise le procès pénal et précise le rôle procédural des parties au procès restait inexploré.

Edouard BONNIER s'attachait à conceptualiser, depuis les criminalistes du XVIII^{ème} siècle ⁽¹¹³⁴⁾, des règles intangibles permettant au juge de parvenir à la vérité judiciaire, et plus précisément pour le juge pénal, de décrypter le cheminement intellectuel qu'il convenait de suivre pour construire, avec le moins d'erreur possible, sa décision. Sur ce point, l'auteur expose avec force de développements, une théorie générale de la preuve pénale dont il précise

¹¹³⁰ GIRAUD (Charles Joseph Barthélemy), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier juin, 1844, p.144.

¹¹³¹ I GIRAUD (Charles Joseph Barthélemy), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier juin, 1844, p.144.

¹¹³² GIRAUD (Charles Joseph Barthélemy), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier juin, 1844, p. 145.

¹¹³³ Comme le suggère C.A. ALEXANDRE, le traducteur de MITTERMAIER dans son avant propos au *Traité de la preuve en matière criminelle*, "Au jurisconsulte, au juge, au magistrat instructeur, chargés de rechercher et de fournir les matériaux de la preuve, ce livre nous semble offrir un ample champ d'étude. La loi de notre pays laisse et laissera toujours pleine carrière à la conscience du juré : mais en lui donnant pour unique règle la voix de sa conviction intime, elle ne veut pas moins que cette conviction soit raisonnée, qu'elle se fonde sur des motifs graves, et dont il se doit compte à lui même, s'il n'en doit pas compte au public. De là, pour tout esprit sérieux, la nécessité de l'examen de bases fondamentales de la preuve, des formes diverses de son administration, et surtout des règles d'évaluation que recommandent la loi, la logique ou la saine expérience. Sous ce rapport, la portée pratique de ce livre n'échappera à personne", MITTERMAIER (C.J.A), *Traité de la preuve en matière criminelle*, traduit par C. A. ALEXANDRE, Paris, 1848, avant propos, p. VII.

¹¹³⁴ "Un traité des preuves considérées dans leur ensemble, sous un point général, et dans leur application à toutes les parties du droit, restait donc à faire, car ce n'était qu'incidemment , c'est à dire à l'occasion de l'interprétation isolée d'un chapitre du Code civil, du Code de commerce ou de nos Codes criminels, que nos jurisconsultes les plus accrédités avaient examiné cette question complexe et si difficile", GIRAUD (Ch), *Traité théorique et pratique en droit civil et en droit criminel*, *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier-juin 1844, p. 144.

qu'elle" est donc une question de méthode, de démonstration. Il ne s'agit plus en effet de rechercher quelles seront les conséquences légales de tels ou tels faits, mais bien de reconnaître comment on parviendra à en vérifier l'existence"⁽¹¹³⁵⁾. Ce cadre de réflexion posé, il considère que le moyen d'établir la vérité d'un fait criminel et de la culpabilité de son auteur relève de la seule procédure car, si " le code pénal ne fait que classer les actes punis par la loi ; tout ce qui concerne les preuves comme tout ce qui concerne le mode de procéder, est renvoyer au Code d'instruction criminelle"⁽¹¹³⁶⁾.

A partir de ce postulat, Edouard BONNIER examine les moyens qui organisent cette démonstration de la vérité judiciaire. Dans un premier temps, il énonce qu'en fonction "d'un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui doit innover doit démontrer que sa prétention est fondée"⁽¹¹³⁷⁾. Considérant alors que ce principe s'applique aux actions personnelles et réelles, il énonce que "c'est au demandeur à faire la preuve, le non possesseur ou le prétendu créancier jouant le rôle de demandeur"⁽¹¹³⁸⁾. Poursuivant son développement, l'auteur qui évoque la règle que le débiteur qui s'estime libéré doit en rapporter la preuve précise toutefois qu'elle ne s'applique pas de façon identique en droit pénal.

En effet, "l'accusé qui allègue un fait justificatif ou une excuse, n'est point tenu de justifier d'une manière aussi précise, et la probabilité du fait allégué doit suffire pour motiver son acquittement"⁽¹¹³⁹⁾. Il est acquis, que la charge de la preuve de la culpabilité repose sur le ministère public ou sur le

¹¹³⁵ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1843, p. 2.

¹¹³⁶ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, p. 2.

¹¹³⁷ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888, p. 21, n°36.

¹¹³⁸ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel* Ibidem, p. 21, n°36.

¹¹³⁹ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, p. 22, n°37.

plaignant, et qu'au surplus cette démonstration est absolue. L'accusé bénéficie d'un avantage procédural. Une différence se fait jour entre le droit civil et le droit pénal. Cette césure qui, pour le procès pénal, favorise la partie défenderesse, se retrouve lorsqu'Edouard BONNIER examine les conséquences qui peuvent découler de l'insuffisance de la preuve excipée par le demandeur. Comme il l'énonce, "*cette question, [...] se rattache intimement à la précédente [...]. Mais l'importance de l'attribution des rôles dans la procédure tient surtout à ce que l'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, doit entraîner le rejet de sa prétention*"⁽¹¹⁴⁰⁾. En appliquant cette règle au droit pénal, ce dernier précise que "*c'est surtout en matière criminelle que cette maxime doit être considérée comme sacrée. Toutes les fois que la culpabilité n'est pas bien établie, il serait monstrueux de prononcer une peine*"⁽¹¹⁴¹⁾. Bien que les qualificatifs choisis montrent ici toute la solennité de cette règle, il faut cependant reconnaître que l'auteur ne précise nullement l'origine de cette insuffisance de preuve, c'est à dire qu'il n'indique pas réellement si la culpabilité de l'accusé, que l'on ne peut établir avec certitude, trouve son origine dans une démarche personnelle du juge qui n'est pas entièrement convaincu ou dans une preuve imparfaitement rapportée par celui qui avait engagé les poursuites.

Toutefois Edouard BONNIER se montre plus explicite à la fin de ce développement. Après avoir rappelé, non sans critique, les pratiques de l'ancien régime qui consistaient à condamner à des peines intermédiaires en l'absence de culpabilité légalement démontrée mais parce qu'il existait des soupçons certains ⁽¹¹⁴²⁾, il expose qu'"*il y a une nuance bien marquée entre le*

¹¹⁴⁰ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888, p. 34, n°50.

¹¹⁴¹ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, p. 36, n°52. Cette rédaction existait déjà dans l'édition de 1843.

¹¹⁴² Sur ce point, notre auteur critique même la pratique des circonstances atténuantes puisqu'il indique "*les jurés qui, de nos jours déclarent en pareille hypothèse la culpabilité avec des circonstances atténuantes, retombent, par une autre voie, dans le même abus. La raison ni la conscience n'admettent de semblables transactions*", BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique* BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 1888, p. 37, n°52.

civil et le criminel, en ce qui touche le défaut de preuve suffisante. Au criminel il suffit pour l'acquittement que le juge ou le juré n'ait pas une entière conviction de la culpabilité. Rien ne peut suppléer à cette conviction, si elle n'est pas parfaite"⁽¹¹⁴³⁾. La culpabilité exige une certitude personnelle qui doit être absolue. L'établissement de la preuve ne se définit plus comme la collecte d'éléments divers et différents sur lesquels il sera possible d'asseoir une certitude à la suite d'un raisonnement préalablement fixé, mais sur une recherche personnelle et intériorisée, construite progressivement à partir, et grâce aux éléments recueillis par le juge. L'auteur demeure totalement silencieux sur la notion d'innocence supposée de l'accusé et ne pose pas, en termes explicites, la conséquence que le doute ressenti par le juge bénéficie à l'accusé par un renvoi des fins de la poursuite. Il énonce simplement que cette culpabilité imparfaite, conséquence d'une démarche raisonnée, constitue une protection efficace de l'accusé contre toute condamnation, et ce, contrairement aux pratiques judiciaires de l'Ancien Régime qui avait consacré des moyens décisionnels pour maintenir l'accusé dans les liens de la prévention.

Cette perception, mais aussi cette analyse dimensionnelle de la preuve, se retrouve également dans le trop fameux *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de Jurisprudence* publié par les frères DALLOZ à partir de 1845⁽¹¹⁴⁴⁾. Comme dans l'ouvrage d'Edouard BONNIER, cette collection qui définit la science du droit mot par mot ne fait aucun renvoi, dans son index, à la *présomption d'innocence* ou au *bénéfice du doute*. Ce qui est écrit au mot *Preuve* ⁽¹¹⁴⁵⁾, même si les développements entrepris sont moindres que ceux développés par Edouard BONNIER sur un

¹¹⁴³ BONNIER (Edouard Louis Joseph), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 1888, p.40, n°59.

¹¹⁴⁴ La publication de cette collection, comprenant 47 volumes, débuta en 1845 pour s'achever en 1870. 19 volumes supplémentaires furent imprimés, entre 1887 et 1897 suivis d'un *Répertoire pratique* de 12 volumes édité entre 1910 et 1926, d'un supplément en 3 volumes, entre 1927 et 1931, et des *Additions* en 1938.

¹¹⁴⁵ Cet article est écrit en 1856, soit treize ans après la première édition du *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel* d'Edouard BONNIER et huit ans après la traduction du *Traité de la preuve en matière criminelle* de Carl Joseph Anton MITTERMAIER.

sujet identique (¹¹⁴⁶), reste construit sur l'idée d'une approche différenciée de la preuve pénale. L'article énonce que "*s'il est de principe élémentaire que toute demande qui n'est pas appuyée de preuves suffisantes doit être repoussée, à plus forte raison, en matière criminelle, cette règle doit elle être considérée comme sacrée. Un tribunal ne peut prononcer de condamnation qu'autant qu'il a la conviction intime de la culpabilité du prévenu*"(¹¹⁴⁷). On retrouve ici la démonstration opérée par Edouard BONNIER, et qui insiste sur le fait que le juge recourt à sa conscience personnelle pour se déterminer.

Il faut cependant souligner que le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de Jurisprudence* se fait plus précis en indiquant que "*tant qu'il reste l'ombre d'un doute, il n'y a pas de certitude possible pour le juge*"(¹¹⁴⁸). Avec ces quelques lignes, se trouve implicitement décrit l'un des mécanismes de la présomption d'innocence qui veut que le bénéficiaire du doute profite à l'accusé. On dépasse ici la simple analyse personnelle des éléments de preuve, pour prendre en compte la démarche intériorisée du juge qui ne parvient pas à la certitude. Par ailleurs, cet ouvrage indique également qu'"*en matière criminelle, de même qu'en matière civile, la charge de la preuve incombe au demandeur, c'est à elle à prouver la culpabilité de l'accusé, et non à celui-ci à faire la preuve de son innocence*"(¹¹⁴⁹), il est alors possible de percevoir, à la lecture de ces ouvrages, et plus particulièrement s'agissant du seul *Répertoire*, que le principe de la présomption d'innocence se trouve évoqué incidemment sans qu'il soit pour autant expressément exposé. Le silence est donc là, et se retrouve également

¹¹⁴⁶ Il paraît ici intéressant de noter que 63 paragraphes sont consacrés à la preuve en matière civile, tandis que 37 le sont pour la preuve pénale.

¹¹⁴⁷ *Répertoire méthodique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1856, Tome 36, p. 889, n° 73.

¹¹⁴⁸ *Répertoire méthodique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Tome 36, p. 889, n° 73.

¹¹⁴⁹ *Répertoire méthodique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public* Ibidem, Tome 36, p.891, n° 92.

dans une autre forme de production littéraire spécialisée qui montre l'absence de connexion entre la preuve pénale le principe de la présomption d'innocence.

B. Autres écrits juridiques

A côté de ces écrits doctrinaux qui constituaient la somme du droit pénal et de la procédure pénale, se situait une autre production littéraire (¹¹⁵⁰) dont la diffusion, certes plus confidentielle, n'en fixait pas moins les cadres d'une pensée riche d'enseignement. Même si elle n'a guère laissé de trace dans la mémoire collective des juristes, elle présente cet intérêt d'être une transcription formalisée de la perception que l'on pouvait avoir de la preuve pénale et des conséquences qui s'y rattachaient. Ainsi en est-il des cours, des leçons ou des précis rédigés par les professeurs de droit criminel. Ces derniers diffusaient auprès des étudiants, non seulement une grille de lecture des lois pénales et procédurales, mais aussi un commentaire des différents principes qui encadrent la démarche du juge dès l'enquête et jusqu'au procès.

Or, la lecture de ces différents ouvrages (¹¹⁵¹) montre que les développements consacrés la preuve pénale, même si elle est évoquée, sont inexistantes. Plus

¹¹⁵⁰ Nous nous sommes référés, pour appréhender cette littérature très spécifique, à l'ouvrage de Jean Claude FARCY, *Deux siècle d'histoire de la justice, éléments de bibliographe (1789-1989)*. Publié en 1993 grâce à l'Université de Paris X Nanterre et du Centre d'histoire de la France contemporaine, cette publication recense, en deux volumes, l'ensemble des écrits parus dans toutes les matières du droit. On y retrouve les cours et autres ouvrages écrits par les Professeurs de droit pénal et de procédure pénale, mais aussi les discours judiciaires prononcées aux audiences de rentrée des Cours d'Appel.

¹¹⁵¹ Il en est ainsi des *Eléments de procédure criminelle* publiés par Aimé-Bernard-Yves-Honoré RODIERE à Paris en 1844, du *Manuel de droit criminel* de Jean CHANTAGREL édité à Paris en 1858, des *Règles pratiques sur la direction et l'instruction des procédures criminelles* de Raoul ROUSSE publiées à Paris en 1887, *Préparations aux examens de droit, principes de droit pénal rédigés à l'attention des étudiants de deuxième année*, publiés par Albert PITOIS à Paris en 1892, le *Traité théorique et pratique de droit pénal, par Victor Molinier, annoté et mis au courant de la législation et de la jurisprudence les plus récentes, par Georges Vidal*, rédigé par Victor LERAY et Victor MOLINIER et publié à Paris en, 1893-1894, de l'*Exposé élémentaire des principes de droit pénal* publié à Paris en 1894 par Eugène Victor LERAY, des *Eléments de droit pénal et d'instruction criminelle* par Jean François MARIE publiés en 1896, du *Cours élémentaire de droit criminel, conforme aux programmes des facultés de droit* publié à Paris par Adrien LABORDE en 1898.

précisément, il n'est pas décrit de théorie générale sur la démonstration de la culpabilité et donc le rôle des parties au procès pénal pas plus qu'elle ne théorise véritablement les conséquences de l'incertitude des moyens de preuve développés devant le juge.

Ainsi, le *Cours de droit criminel* de Jacques BERRIAT SAINT PRIX (¹¹⁵²) réédité pendant plus de trente ans (¹¹⁵³), et dont l'intérêt réside dans le fait qu'il soit l'œuvre d'un de ces juristes (¹¹⁵⁴) qui se trouvèrent au confluent de l'Ordonnance criminelle de 1670, des textes intermédiaires de l'époque révolutionnaire et de la codification napoléonienne, traduit-il cette perception ambivalente entre la liberté dont les juges disposaient dans l'examen de la preuve, et le silence sur le statut réel de l'accusé. Son auteur élabore, pour un public de futurs praticiens du droit, et à partir des Codes nouvellement publiés, l'ébauche d'une réflexion modeste, sur le mécanisme de la preuve pénale (¹¹⁵⁵).

¹¹⁵² Jacques BERRIAT SAINT PRIX, il naît le 23 septembre 1769 à Grenoble et meurt à Paris le 4 octobre 1845. Reçu au baccalauréat de droit à l'université d'Orange en 1787, il se tourne cependant vers des études de sciences naturelles et de médecine. Toutefois, en 1790 il devient secrétaire de la Société des amis de la Constitution et chef du bureau du clergé et des contributions du bureau de Grenoble. En 1791, il abandonne la carrière d'avocat pour occuper les fonctions d'aide commissaire aux guerres mais aussi d'archiviste du département qu'il délaissera en 1794. Désigné pour suivre l'enseignement de la première Ecole normale où il suivra les conférences de BERNARDIN de SAINT-PIERRE, VOLNEY, MONGE, GARAT. Professeur de législation à l'Ecole centrale de Grenoble depuis le 6 août 1796, il crée en 1800 un cours d'économie politique qu'il dispensera jusqu'en 1804. En 1805 il occupe la chaire de procédure civile et criminelle et de législation criminelle à l'Ecole de droit de Grenoble et pérennise en faculté en 1808. Le 9 octobre 1819 il obtint l'une des deux chaires de procédure civile à la faculté de droit de Paris qu'il occupera jusqu'à sa mort. Il sera élu en 1840 à l'Académie des sciences morales et politiques.

¹¹⁵³ Publié une première fois à Grenoble en 1817, l'ouvrage sera réédité successivement en 1821, 1825, 1836 et 1855.

¹¹⁵⁴ Ainsi en est-il d'une liste non exhaustive d'ouvrages qui, d'une moins grande notoriété que celui de Jacques BERRIAT SAINT PRIX, se rapproche peu ou prou de ce type de publication. Parmi ceux-ci il faut relever le *Cours élémentaire de droit criminel* de Joseph LEFORT publié à Paris en 1877, le *Cours résumé de droit criminel* de Théodule-Henri VAQUETTE publié à Paris en 1882,

¹¹⁵⁵ Dans la réédition de 1836, une note destinée aux élèves précise que "*composé en 1807, sur les dispositions des lois en vigueur à cette époque, et rectifié successivement sur le code d'instruction criminelle de 1808, sur le code pénal de 1810, et sur la jurisprudence, ce cours est pour une grande partie du texte, à peu près tel qu'il a été dès lors enseigné à la faculté de droit de*

Considérant que la procédure criminelle n'a d'autre but que de permettre la condamnation de celui qui a transgressé la loi (¹¹⁵⁶), Jacques BERRIAT SAINT PRIX reste peu disert sur les conditions qui conduisent à la démonstration de la culpabilité. Précisant simplement que "*les délits (et par là même la non culpabilité) peuvent être établis par toutes sortes de preuves*"(¹¹⁵⁷), il conclut que les décisions judiciaires "*doivent être fondées sur la conviction naissant d'un examen, et non pas sur le doute ; car s'il y a doute, il faut acquitter le prévenu*" (¹¹⁵⁸). Il n'y a pas d'autres développements sur ce sujet. L'évocation du doute, sous la plume de notre auteur, constitue le pendant de la certitude qui doit être le fondement de toute décision. C'est uniquement parce que le juge doit être certain de sa conviction et non parce que l'accusé bénéficie d'un a priori favorable que ce dernier sera renvoyé des fins de la poursuite. Dès lors, le mécanisme de la présomption d'innocence, dans la dimension qu'il recouvre, c'est-à-dire un principe directeur du procès pénal, n'est pas complètement appréhendé, tout au plus est-il indirectement suggéré.

Autre ouvrage qui témoigne également, non pas tant du silence, mais de cette incompréhension sur la réelle dimension de ce principe : le *Traité théorique et pratique du droit criminel français* de Jacques Frédéric RAUTER (¹¹⁵⁹). Ce

Grenoble", BERRIAT SAINT PRIX, (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4^e édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix.*

¹¹⁵⁶ "*Le but de la procédure, nous l'avons dit, est la marche à suivre pour la répression des délits*", BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4^e édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix* p.113.

¹¹⁵⁷ BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4^e édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix*, p.114.

¹¹⁵⁸ BERRIAT SAINT PRIX (Jacques), *Cours de droit criminel fait à la faculté de droit de Paris, par M. Berriat Saint Prix, 4^e édition, revue corrigée et augmentée par C. Berriat Saint Prix*, p.117.

¹¹⁵⁹ Jacques-Frédéric RAUTER, né le 27 juin 1784 à Strasbourg, il meurt dans la même ville le 27 février 1854. Etudiant le droit à Strasbourg et Göttingen, il est docteur en droit en 1812. Avocat au barreau de Strasbourg en 1808, il sera Bâtonnier de l'ordre en 1826. Nommé suppléant à la faculté de droit de Strasbourg en 1819, il est nommé professeur de procédure civile et de législation criminelle en 1825. Conseiller de préfecture sous la monarchie de juillet, il est élu député de 1834 à 1837. Nommé doyen de la faculté de droit de Strasbourg en 1837, il occupera ce poste jusqu'à sa démission en 1851. Il sera par ailleurs membre du Conseil académique, de la Haute commission des études de droit créée par SALVANDY en 1848 et du directoire de la Confédération d'Augsbourg.

dernier, qui traite plus longuement de la preuve pénale, en fait cependant une description étroite. Elle consiste, selon lui, à démontrer la réalité du délit ou du crime et le fait qu'il puisse être imputé à l'accusé. Toutefois, l'auteur précise dans son exorde que "*si le délit n'est pas prouvé, le prévenu doit, pour cela seul, être quitte de l'application de la loi pénale; il n'a donc pas besoin de prouver son innocence*"⁽¹¹⁶⁰⁾. Ce point de vue sera repris au chapitre suivant consacré à *la preuve contraire*. L'auteur rappelle que "*pour l'application de la loi pénale, il est nécessaire que le délit soit constaté objectivement et subjectivement*"⁽¹¹⁶¹⁾ ; il poursuit en affirmant qu'"*il s'en suit que l'innocence, rigoureusement, n'a pas besoin d'être prouvée, et que jusqu'à la preuve de la culpabilité, l'innocence est présumée de droit : la preuve de l'innocence du prévenu est donc surabondante*"⁽¹¹⁶²⁾. Ce qui se trouve affirmé dans ces quelques lignes, c'est le droit pour l'accusé de se montrer passif ; la charge de la preuve incomberait à celui qui poursuit. Mécanismes primaires de la présomption d'innocence, qui ne s'intègre nullement dans une démarche plus globalisante où se trouve énoncé le postulat d'un a priori favorable pour l'accusé. Jacques Frédéric RAUTER inscrit donc ses développements dans l'idée que, nonobstant des règles de conduite, la décision du juge demeure le résultat de sa propre conviction⁽¹¹⁶³⁾.

A côté de cette littérature spécifique destinée aux étudiants, mais qui n'en constitue pas moins la matrice de leur réflexion, il faut ici souligner, d'autres publications, d'une notoriété moindre, mais qui n'en conservaient pas moins

¹¹⁶⁰ RAUTER (Jacques Frédéric), *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Paris, 1836, Vol 1, p.315, n° 199.

¹¹⁶¹ *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Vol 1, p. 373, n° 250.

¹¹⁶² *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Vol 1, p. 373, n° 250.

¹¹⁶³ "*Le fait de la constatation du délit s'appelle conviction, soit qu'on le rapporte au juge (conviction intime), soit qu'on le rapporte au prévenu (conviction du prévenu). La conviction du juge consiste dans la certitude qu'il acquise personnellement dans les moyens avoués par la loi ; elle est un composé d'éléments moraux et d'éléments matériels. Elle doit être intime*", RAUTER (Jacques Frédéric), *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, Vol 1, p.315, n° 199.

une importance certaine parce qu'elles exprimaient la réalité judiciaire de ce que pouvait recouvrir la preuve pénale. Il s'agit, en l'espèce, des discours prononcés par des magistrats lors des rentrées solennelles (¹¹⁶⁴) et qui constituent, parce qu'ils sont tirés d'une pratique juridictionnelle, un complément essentiel (¹¹⁶⁵), à cette impression générale qui domine et qui montre que la présomption d'innocence reste ignorée des préoccupations philosophiques, morales et juridiques des juristes. Le nombre extrêmement réduit de ces discours sur la preuve pénale, au-delà du désintérêt qu'on pouvait porter à cette thématique, confirme la prégnance du principe de conviction qui, seul, anime le juge.

Dans un discours prononcé le 3 novembre 1860 par devant la Cour impériale de ROUEN, et intitulé *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*, Jules MOREAU, substitut du Procureur Général, en confirme l'importance dans le processus décisionnel puisque selon lui c'est elle "*seule qui fera le bon jugement*"(¹¹⁶⁶). Mais surtout, il

¹¹⁶⁴ Issu d'une tradition qui remonterait au XIV^{ème} siècle, la première rentrée solennelle dont on conserve la trace daterait du 12 novembre 1364 à Paris. Le discours, qui constitue l'élément central de cette cérémonie, sera institué par le décret impérial du 6 juillet 1810 *contenant règlement sur l'organisation et le service des Cours impériales, des Cours d'assises et des Cours spéciales* et plus précisément par l'article 34 qui énonce que "*Le Procureur général, ou l'un des avocats généraux qu'il en aura chargé, prononcera un discours sur un sujet convenable à la circonstance...*". Supprimé par un décret du 10 juillet 1903, cette cérémonie sera rétablie par le décret du 3 juillet 1931. Actuellement, le cérémonial de rentrée est prévu par le décret du 23 février 1974.

¹¹⁶⁵ Nous avons, s'agissant de ces productions littéraires particulières, travaillé à partir de l'ouvrage de Jean Claude FARCY, *Magistrats en Majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*. Ce dernier a pu recenser 4150 références desquelles il a pu isoler 3645 discours judiciaires. Parmi ceux-ci, seuls 3 abordent le thème de la preuve. Le premier intitulé *Etudes sur le caractère des preuves en matière criminelle* fut prononcé pour la conférence des attachés le 6 janvier 1862 par Paul Charpentier. Le second traitant de *La preuve judiciaire en matière pénale* le fut le 3 novembre 1871 à l'audience solennelle de la Cour d'Appel de Montpellier le 3 novembre 1871 par Edmond HERAIL. Le dernier lors de la rentrée de la Cour d'Appel de Rouen le 3 novembre 1860 et prononcé par Jules Moreau *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*. Le sujet ne sera à nouveau repris qu'une seule fois au XX^{ème} siècle, 12 octobre 1947, par M.HURLAUX lors d'un discours prononcé devant la Cour d'Appel de Limoges, et qui s'intitulait *Essai sur la preuve*. Sur l'ensemble du sujet relatif aux discours de rentrée nous renvoyons à l'ouvrage de Jean Claude FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'Appel*, Paris, 1998.

¹¹⁶⁶ MOREAU (Jules), *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*, Rouen, 1860, p. 5.

énonce, compte tenu du postulat précédemment posé, que l'incertitude qui saisit le juge, doit bénéficier à l'accusé. "*Au risque de laisser un crime impuni et d'affranchir un criminel le devoir lui commande de préférer l'absolution, peut être imméritée, à la condamnation arbitraire*"⁽¹¹⁶⁷⁾. L'intérêt de ce discours réside, non seulement, dans une écriture moderne d'un mécanisme qui sous-tend la présomption d'innocence, parce qu'il participe de l'encadrement du procès pénal, mais surtout parce que son auteur se trouve être un représentant du parquet, c'est-à-dire celui qui dans le procès pénal, doit supporter la charge de la preuve. Sans doute faut-il y voir la confiance que l'on porte à ce principe de conviction qui protège effectivement le droit à l'innocence.

Toutefois, il faut relever, dans un discours contemporain, une autre déclinaison de cette problématique. Rédigé par un attaché au parquet général de la Cour impériale de Paris, celui-ci confirme toute la force de l'intime conviction en précisant que, "*le magistrat ou la réunion des magistrats appelés à se prononcer sur la valeur des résultats de l'information, ont l'appréciation toujours libre sinon souveraine, des documents recueillis par l'instruction*"⁽¹¹⁶⁸⁾. Dans son discours, ce dernier évoque l'idée d'une présomption d'innocence inopposable à certains mais qui n'a d'autre conséquence que de confirmer l'idée d'une culpabilité supposée. Il développe que "*la maxime qui consiste à dire que jusqu'au jugement l'inculpé est présumé innocent, ne doit s'entendre qu'avec certains tempéraments. Il est bien certain que tant qu'un jugement définitif n'a pas déclaré la culpabilité d'un homme, ses concitoyens n'ont pas le droit de la supposer. [...] Mais ce principe reçoit une exception vis-à-vis des OPJ. Pour eux, ce n'est pas l'innocence qui est présumée, c'est la culpabilité*"⁽¹¹⁶⁹⁾. Ce qu'il faut ici à nouveau relever c'est l'existence d'un décalage entre la libre conviction dont doit pouvoir bénéficier le juge dans sa

¹¹⁶⁷ MOREAU (Jules), *Sur l'importance et le rôle de la conviction dans le jugement des causes criminelles*, p. 5.

¹¹⁶⁸ CHARPENTIER (Paul Louis Henri), *Conférence des attachés. Etude sur le caractère des preuves en matière criminelle*, Paris, 1862, p. 16.

¹¹⁶⁹ CHARPENTIER (Paul Louis Henri), *Conférence des attachés. Etude sur le caractère des preuves en matière criminelle*, p. 21-22.

recherche de la vérité judiciaire, et l'absence de culture du doute alors que celui-ci participe de la décision prise par le juge. L'accusé ne devient nullement sujet du procès pénal.

Dans un autre discours prononcé le 3 novembre 1871 lors de la rentrée de la Cour d'Appel de Montpellier, le substitut Edmond HERAIL devait, en dissertant sur la preuve pénale, également rappeler toute l'importance de l'intime conviction. Comme il le précise, "*Et de même que la raison du juge ne pourrait découvrir des preuves concluantes sans s'appuyer sur des vérités premières, de même sa conscience hésiterait à se prononcer sur le sort des accusés, s'il ne se sentait intimement convaincu*"⁽¹¹⁷⁰⁾, opération qu'il ne pourra conduire que s'il dispose de qualités certaines ⁽¹¹⁷¹⁾. Poursuivant le thème de son discours, il indique "*que par une humaine fiction, l'innocence doit toujours se présumer. [...] Mais cette présomption favorable peut être contrebalancée par celle tirée des antécédents, de la condition spéciale et de la situation d'esprit d'un individu déterminé*"⁽¹¹⁷²⁾. L'argument d'une innocence supposée immédiatement dès l'enquête et qui peut se définir comme une faveur pour l'accusé demeure relative. La bonté initiale de l'homme succombe au regard de ce qu'il est devenu. Ce qu'exprime l'intervenant montre qu'il ne s'agit nullement d'un principe qui dirige le procès pénal, mais plutôt d'une situation qui interfère sur la décision qui pourra être rendue. L'intérêt de ces discours montre que le juge ne peut rester entièrement libre avec sa seule conviction. La confiance dans une décision qui soit raisonnée demeure, mais il s'esquisse la nécessité d'un cadre qui puisse garantir l'accusé des errements de cette liberté dont bénéficie le juge.

¹¹⁷⁰ HERAIL (Edmond), Cour d'Appel de Montpellier, Audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1871, *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, p.6.

¹¹⁷¹ Il note en effet que "*s'il est vrai que la conviction fait, seule, le bon jugement, il ne l'est pas moins qu'il n'y aurait pas de conviction possible sans la probité ni la fermeté du caractère*", HERAIL (Edmond), *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, op. cit. , p.6.

¹¹⁷² HERAIL (Edmond), Cour d'Appel de Montpellier, Audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1871 *De la preuve judiciaire en matière criminelle*, op. cit. , p.52.

Cette évocation incidente du principe de la présomption d'innocence ne fut par seulement cristallisée dans ces écrits divers et variés, mais aussi à l'occasion du vote de la loi BERENGER du 3 juin 1875 qui, destinée à lutter contre la récidive, généralisait l'emprisonnement cellulaire dans les prisons départementales (¹¹⁷³). Lors des débats parlementaires relativement courts qui précédèrent le vote du texte final (¹¹⁷⁴), Jacques MARCOU (¹¹⁷⁵), avocat, membre de l'Union républicaine, dans une intervention datée du 2 juin 1875, présentait un amendement tendant à ce que les inculpés et les prévenus puissent opter entre le régime de la séparation individuelle ou celui de la vie en commun. Son hostilité affichée à l'emprisonnement cellulaire lui faisait dire, s'agissant de l'incarcération de ceux qui sont simplement prévenus, "*est-il coupable ? Vous n'en savez rien ; la présomption légale de l'innocence le protège contre toutes les atteintes que vous voudrez lui porter au delà des mesures nécessitées pour la garde de sa personne*"(¹¹⁷⁶). Affirmation d'une problématique où il importait de préserver une part effective de liberté alors qu'elle se trouvait suspendue pour les besoins d'une procédure.

¹¹⁷³ Le 11 décembre 1871 le Vicomte d'HAUSSONVILLE saisissait l'Assemblée Nationale d'une proposition de loi ayant pour objet l'ouverture d'une enquête sur le régime des établissements pénitentiaires. Adopté le 1^{er} mars 1872, la commission mise en place devait déposer et publier, le 28 août 1874, un projet de loi qui fut inscrit et présenté à l'ordre du jour de l'Assemblée à l'automne 1874. Néanmoins, il ne sera pas mis à la discussion et reviendra en seconde lecture en janvier 1875 qui, à raison de la chute du ministère De Broglie débuta réellement en mai 1875.

¹¹⁷⁴ Les débats se déroulèrent du 19 au 20 mai et du 2 au 5 juin 1875, date à laquelle fut adoptée la loi. Sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage de Robert BADINTER, *La prison républicaine*, Paris, 1992.

¹¹⁷⁵ Jacques Hilaire Théophile MARCOU, il naquit à Carcassonne le 18 mai 1813, la date de sa mort n'est pas précisée. Avocat, inscrit au barreau de sa ville natale, il épouse les idées prônées par les théories démocratiques pour s'opposer au gouvernement de Louis Philippe puis à Louis Napoléon Bonaparte. Condamné par contumace à la suite du coup d'état du 2 décembre, il s'enfuit en Espagne où il séjourna jusqu'en 1867. A son retour, il prend la direction d'un journal républicain, *la Fraternité* et se réinscrit au barreau de Carcassonne dont il deviendra le Bâtonnier. Nommé maire de cette ville le 22 août 1870, il devint député de l'Aude le 8 février 1871, sera réélu jusqu'en 1881. Hostile au maintien du Sénat, il sera néanmoins élu sénateur le 6 janvier 1885 et siègera dans le petit groupe de l'extrême gauche.

¹¹⁷⁶ *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.328.

Poursuivant alors sa critique, le député de l'Aude qui justifie le principe de la détention provisoire comme "*un mal nécessaire dans certains cas*"⁽¹¹⁷⁷⁾ mais dont il reconnaît cependant qu'elle doit être limitée, s'exclame alors "*Ne peut-il arriver à tout le monde d'être accusé injustement [...] Est-ce qu'en définitive nous ne voyons pas tous les jours des Ordonnances de non lieu ? Est-ce que tous les jours les tribunaux, les Cour d'Assises ne prononcent pas des acquittements ? Il y a donc présomption sacrée, présomption d'innocence tant que le jury ou le tribunal n'a pas déclaré la culpabilité et prononcé la condamnation*"⁽¹¹⁷⁸⁾. Le questionnement qui est à nouveau le même consiste à trouver un réel point d'équilibre entre l'intérêt du prévenu ou de l'accusé, et l'intérêt d'une justice pénale qui instruit, et parce que "*la protection sociale l'exige*"⁽¹¹⁷⁹⁾.

La fin de ce discours, quelque peu grandiloquent, se conclut sur la situation du prévenu ou de l'accusé. "*Il n'est pas pénitent, il n'a pas à se repentir : il est présumé innocent ; il n'a pas à s'amender : la présomption d'innocence plane sur sa tête, et à moins que vous ne fouliez aux pieds cette garantie sociale, vous n'avez d'autres droits que celui de fermer la porte de la prison*"⁽¹¹⁸⁰⁾. Etrange impression que laissent ces différentes interventions. En effet, indépendamment de la dimension que peut recouvrir la présomption d'innocence, celle-ci reste néanmoins circonscrite à la seule protection de l'accusé, dans son statut social. Il s'agit de faire en sorte que les mesures restrictives de liberté prises à son encontre ne puissent influencer négativement sur la procédure et le jugement.

Le constat que l'on peut tirer de ces différentes lectures consiste dans cette idée que, si la présomption d'innocence est évoquée, elle n'est pourtant pas

¹¹⁷⁷ *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.328.

¹¹⁷⁸ *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.329.

¹¹⁷⁹ *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.328-329.

¹¹⁸⁰ *Annales de l'Assemblée nationale*, séance du 3 juin 1875, Tome 38, p.329.

appréhendée dans son aspect procédural, c'est-à-dire comme organisant le procès pénal. Cela n'est guère étonnant, puisque la littérature universitaire du XIX^{ème} siècle consacrée au droit criminel dans son ensemble, reste parfaitement silencieuse sur une théorie générale de la preuve pénale. Le sujet est en réalité uniquement examiné lorsqu'il s'agit de décrire et de préciser les modes de preuve admissibles qui permettent au juge de démontrer la participation de l'accusé au fait criminel. Il nous faut donc en conclure que l'évocation de la présomption d'innocence ne l'est aucunement comme un principe procédural qui organise le procès pénal. Il s'agit plutôt d'un moyen qui équilibre le conflit entre l'accusé et la justice en considérant que celui-ci a le droit d'être traité comme s'il n'avait pas commis d'infraction, c'est-à-dire de ne pas être regardé comme un coupable supposé. Véritable subjectivisation du principe qui s'explique par le fait que la conception initiale du droit criminel durant cette fin du XIX^{ème} siècle est remise en cause par l'apport de la philosophie et des sciences sociales (¹¹⁸¹).

¹¹⁸¹ Notamment avec l'Ecole italienne dont l'influence n'est pas sans incidence en France. Comme le souligne André Jacques ARNAUD, celle-ci, " se plaçant sur le terrain philosophique, transportait dans le domaine de la responsabilité pénale la discussion du libre arbitre et du déterminisme, se prononçant en faveur de ce dernier, et, ne se contentant pas de prendre en considération l'individu, envisageait comme prédominant en matière pénale, le point de vue social", ARNAUD (André Jacques), *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, p. 109.