

L'INTIME CONVICTION DU JUGE : NORME DÉMOCRATIQUE DE LA PREUVE

PAR

Henri LECLERC

Avocat à la Cour de Paris

“Les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, et le juge décide d’après son intime conviction”. C’est sur ce principe affirmé par l’article 427 du Code de procédure pénale, que repose tout l’édifice juridique de la preuve en matière pénale.

C’est au cours du XVIII^e siècle, dans les débats enfiévrés des Lumières, qu’est née l’idée même de la preuve morale, à laquelle les débats de la Constituante donneront le nom d’*“intime conviction”*. Remis en cause depuis la fin du XIX^e siècle par la pensée positiviste, le principe de l’intime conviction est dénoncé chaque fois qu’un verdict de jury est ressenti par l’opinion publique comme susceptible de constituer une erreur. Avant de s’interroger pour savoir si ce principe est aujourd’hui dépassé et s’il conviendrait de rechercher un autre fondement à notre système de preuves, il faut rappeler que les modalités de la preuve sont au cœur de tout système de procédure pénale indissolublement lié aux principes juridiques de la société qui l’applique. Gabriel Tarde disait en 1898 : *“Chaque âge reflète visiblement dans la procédure criminelle qui le caractérise la loi fondamentale qui l’anime, c’est-à-dire sa croyance la plus universelle et la plus indiscutée : en sorte que la série des transformations législatives et judiciaires sur ce point correspond aux transformations mêmes de la pensée humaine”*¹.

1. Tarde (G.), *La philosophie pénale*, p. 433.

I - D'AUTRES MODES DE PREUVE

Ce n'est pas sans raisons très profondes que l'*Héliée* à Athènes, réunissait des centaines de citoyens sur l'Agora qui se décidaient, après l'échange des argumentations contenues dans des discours rédigés par les logographes. Sous la République romaine les *questiones perpetuae*, sorte de jurys permanents de cinquante juges, statuaient après le rapport d'un accusateur, à la fois plaignant, juge d'instruction et ministère public, puis plaidoirie des avocats. Sous l'Empire romain, la justice pénale fut peu à peu rendue par des fonctionnaires impériaux, selon une procédure dite extraordinaire, où s'organisait ce que sera la procédure inquisitoire ecclésiastique dont s'emparera la monarchie française à partir du XII^e siècle.

Les sociétés dites "primitives" recourent le plus souvent au surnaturel pour décider, en l'absence d'aveu ou de flagrant délit : les ordalies par le poison ou par d'autres épreuves, les moyens divinatoires, voire l'appel au serment, sorte de provocation à la malédiction. La société féodale recourut au fer rouge et à l'eau bouillante, mais surtout au duel judiciaire, qui permettait à Dieu d'armer le bras du vainqueur désignant ainsi au seigneur-juge le coupable et l'innocent, et ce jusqu'à ce que le Concile de Latran de 1215 eût interdit de recourir à ces pratiques².

Si les anglo-saxons s'orientent alors vers une transformation des témoins du seigneur-juge en jurés qui statueront à l'unanimité après un duel oral, la procédure inquisitoire s'organise, se régleme dans les ordonnances de 1498 et 1539, et surtout dans la *Grande ordonnance criminelle* de 1670, monument juridique qui met en place le système de preuves légales. La justice est rendue par des professionnels. Toute la procédure est secrète et écrite. Seule l'exécution est publique. Le juge, *lieutenant criminel* du Roi, recherche les preuves qui sont étroitement réglementées. Leur système juridique est complexe. Elles s'imposent au juge, quelles que soient ses convictions. Si les preuves existent, il doit condamner, même s'il doute ou croit à l'innocence, et acquitter si elles n'existent pas, même s'il est certain de la culpabilité. La certitude est avant tout juridique. Rien n'est laissé au hasard, tout est respect de la forme et des catégories juridiques minutieuses. Les preuves sont organisées, hiérarchisées par la loi. La preuve pleine et manifeste peut résulter de deux témoignages concordants, de présomptions et d'indices (ces semi-preuves que raillera Voltaire en faisant observer "*qu'elles ne sont que des doutes car on sait qu'il n'existe pas de demi-vérité*"), dont la classification selon le degré de force probante est l'objet de sommes juridiques ; l'aveu enfin que l'on obtient par la *question*, cette torture juridiquement et presque scientifiquement organisée par l'*Ordonnance*, selon des règles pointilleuses que seul un juriste professionnel de haute compétence peut faire appliquer et surveiller. Ce système repose entièrement sur l'art complexe du juge à débrouiller l'écheveau des règles déterminées par la loi et la jurisprudence.

2. *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, travaux de la société Jean Bodin, 1963-1965.

A vrai dire, en examinant de près ce système auquel va se substituer celui de la *preuve morale*, on se rend bien compte que le juge répugne profondément à condamner s'il n'est pas convaincu. La question n'est pas appliquée à tout suspect. Il faut qu'un certain nombre d'indices soient réunis. Le suspect devient alors une sorte de demi-coupable. L'aveu, même obtenu par la torture, rassure et apaise le doute du juge, tout en ayant, comme l'a fort bien montré Michel Foucault, un rôle de pré-sanction pénale. Le plus grand criminaliste du XVIII^e siècle qui exposait et défendait avec acharnement le système des preuves légales, Muyard de Vouglans, précisait s'agissant de l'aveu : "*Les raisons qui semblent devoir l'autoriser sont fondées sur ce qu'étant souvent impossible d'acquérir une entière conviction du crime, soit par la déposition des témoins, soit par les pièces, soit par les indices qui concourent rarement ensemble pour former cette preuve plus claire que le jour qu'il faut pour condamner... C'est pour cela que faite d'autres moyens pour parvenir à cette entière conviction, on s'est vu obligé de torturer le corps de l'accusé*"³. Malgré les preuves légales, le juge faisait aussi prêter serment à l'accusé et cherchait aussi par là à faire coïncider sa conviction intime avec la conviction juridique que lui imposait la loi.

II - NAISSANCE DE LA PREUVE MORALE

C'est alors que viendra le règne de la raison. Beccaria, le père du droit pénal moderne, réagit avec vigueur dans le *Traité des Délits et des Peines*. Il oppose à ce système absurde des preuves légales celui de la preuve morale que l'on appellera l'intime conviction. Il souhaite que ce ne soient pas les professionnels qui décident de la culpabilité "*parce que l'ignorance des juges par sentiment est moins sujette à l'erreur que l'homme instruit qui décide par une certaine opinion*". Pour juger sur le résultat des enquêtes, "*il ne faut que le simple bon sens, et ce guide est moins trompeur que tout le savoir d'un juge accoutumé à ne rechercher partout que des coupables et à tout ramener à un système qu'il s'est fait d'après ses études*"⁴.

Montesquieu avait déjà secoué les colonnes du temple. Voltaire s'enflamme contre l'absurdité et la cruauté de ce système injuste qui a fait condamner, entre autres, Calas et Lally-Tollendal. Rousseau oppose sa conception de l'homme et de la société. Louis XVI lui-même impose au Parlement de Paris, le 7 mai 1788, la suppression de la question. Et les cahiers de doléances réclament le jury à l'anglaise.

Dès le mois d'août 1789, les séances de l'Assemblée Nationale bruissent des exigences des députés à ce sujet. En octobre, l'Assemblée prudente se contente de rendre la justice publique et d'autoriser la défense des accusés. Le débat prend de l'ampleur et de très nombreuses séances à la Constituante sont consacrées à l'étude du système des preuves, au remplacement des magistrats

3. Cité par Esmein (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 282.

4. Beccaria, *Des Délits et des Peines*, Chapitre VII.

professionnels par des citoyens. Duport et Thouret réclament l'adoption du système anglais. En mettant en place le jury, les Constituants font disparaître le système des preuves légales. Ils fondent le système judiciaire sur leur conception de l'homme. L'homme "ignorant", qui va juger avec "bon sens", l'homme "libre" forcément intègre qui possède une sorte d'inspiration intuitive que Beccaria a d'ailleurs définie : "*Toute certitude morale n'est qu'une probabilité qui mérite cependant d'être considérée comme certitude lorsque tout homme d'un sens droit est forcé d'y donner son assentiment par une sorte d'habitude naturelle qui est la suite de la nécessité d'agir et qui est antérieure à toute spéculation*"⁵. C'est parce que le citoyen est dépourvu de toute connaissance juridique particulière que son jugement ne sera pas pollué.

Le système des preuves légales reposait sur une justice professionnelle et depuis 1788, le juge avait l'obligation de motiver par écrit sa décision. Le système de l'intime conviction est tout entier fondé sur le jugement par des citoyens ignorant les choses du droit qui se prononcent par oui ou par non avec pour seul guide leur conscience, pour seule lumière leur raison, et n'ont pas à motiver leurs décisions.

Il y eut bien des réticents : les juristes présents à la Constituante qui avaient si longtemps baigné dans le système des preuves légales renâclaient, et on est étonné de trouver là Robespierre qui déclare : "*La procédure est une précaution ordonnée par la loi contre l'ignorance, la faiblesse ou la prévention du juge. Si les juges ne sont pas infaillibles, la loi ne doit pas leur dire : choisissez les moyens que vous voudrez ; ou alors la conviction des juges ignorants serait substituée aux preuves*"⁶.

Le problème qui se pose à la Constituante est de savoir si l'on remettra aux jurés un dossier écrit constitué antérieurement. Malgré les efforts du grand avocat Tronchet, Duport l'emporte et son discours montre encore à quel point le système des jurés et celui de l'intime conviction sont liés profondément à la conception de l'homme qui sous-tend l'ensemble des travaux de la Constituante. Après avoir qualifié le jury d'"*institution primitive qui sent encore les bois dont elle est sortie et qui respire fortement la nature et l'instinct*", Duport précise que "*tous y décident par la droiture et la bonne foi, simplicité bien préférable à cet amas inutile et funeste de subtilités et de formes que l'on a jusqu'à ce jour appelé justice*". Du rousseauisme à l'état brut⁷.

5. *Idem*.

6. *Séances des 3 et 4 janvier 1791*. A vrai dire, la position de Robespierre est complexe. Il est partisan du jury et de l'intime conviction mais veut conserver un dossier écrit. Il craint la preuve trop libre et veut l'enfermer dans règles étroites. Toutefois, lorsqu'il fut aux affaires, il fit adopter le décret du 22 prairial An II supprimant toute règle de procédure devant le Tribunal Révolutionnaire, et laissant le jugement "*à la conscience des jurés éclairés par l'amour de la patrie*".

7. *Séance du 26 décembre 1790*, p. 730.

Et le décret des 16 et 29 septembre 1791 fait apparaître le mot “*d’intime conviction*” dans le texte du serment : “*Citoyens, vous jugez et promettez d’examiner avec l’attention la plus scrupuleuse les charges portées contre untel, de n’écouter ni la haine ni la méchanceté, ni la crainte ni l’affection, de vous décider d’après les charges et moyens de défense et suivant votre intime conviction, avec l’impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre*”⁸. Un homme libre. C’est plus tard que le serment des jurés ajoutera que cet homme doit aussi être probe, ce qui aurait paru absurde aux constituants pour lesquels un homme libre était forcément probe. Un homme libre parce que la souveraineté n’émane plus du droit mais aussi libre dans ses opinions, comme l’ont déclaré les constituants le 26 août 1789, débarrassé des obligations de croyances religieuses de l’Ancien Régime. Il y a là, à bien y regarder, comme une préfiguration lointaine de ce juge indépendant et impartial nécessaire au procès équitable dont nous parlent les déclarations et conventions internationales modernes.

En 1808, il y eut un nouveau et passionnant débat au Sénat, auquel l’Empereur en personne participa activement. L’institution judiciaire était en crise, le système avait déjà été plusieurs fois réformé, et il était critiqué par les juristes qui trouvaient qu’il avait permis “*trop d’absolutions scandaleuses*”. L’Empereur perdit son combat pour la suppression du jury, en grande partie parce qu’il était impensable de revenir au système des preuves légales et à son indispensable corollaire qu’était la question. Il faut bien constater que le Code d’instruction criminelle promulgué en 1811 traduit toute l’ambiguïté du Premier Empire⁹.

III - L’INTIME CONVICTIOIN DANS NOTRE PROCÉDURE PÉNALE

Néanmoins, c’est ce système qui est venu jusqu’à nous : une instruction préparatoire proche de l’information de l’Ancien Régime, débarrassée de son fatras de formalités et de ses cruautés, menée par un juge qui remplaçait le Lieutenant criminel du Roi. Cette recherche secrète de la vérité débouche sur une audience publique et contradictoire où la décision est laissée, soit à des juges professionnels qui motivent leurs décisions et sont soumis au double degré de juridiction, soit à des jurés souverains. Même si c’est manifestement pour les jurés qu’a été fondé le concept, les uns et les autres doivent statuer en leur intime conviction.

Elle est d’ailleurs définie dans le texte d’une adresse aux jurés qui n’a pas été modifié et qui constitue aujourd’hui l’article 353 du Code de procédure pénale, lu avant le délibéré, affiché dans la salle des délibérations : “*La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus,*

8. Voir pour les origines révolutionnaire du jury, Ranouil (P.), “L’intime conviction”, in *Les destinées du jury criminel*, textes réunis par R. Martinage et J.P. Royer, Paris, L’espace juridique, 1990.

9. Voir Esmein (A.), *Histoire de la procédure criminelle*, pp. 505 et ss.

elle ne leur prescrit pas de règles 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 faites, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leur devoir : avez-vous une intime conviction ?". Ce texte trône imperturbablement au cœur de notre Code de procédure pénale au milieu des articles sans cesse remaniés qui s'efforcent de définir les formalités dans lesquelles doit s'insérer la justice pénale pour respecter l'obligation de forme que lui impose l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme. Il constitue la définition la plus profonde sans doute de cette norme démocratique de la preuve qu'est l'intime conviction, si liée lors de son apparition à une confiance dans la raison de l'homme, à un acte de foi dans sa probité, dans l'exigence de la conscience du citoyen lorsqu'il est placé en situation de responsabilité sociale et dont les défaillances inéluctables sont compensées par le nombre et la règle de la majorité.

IV - CONTRADICTIONS

La faille de notre système de procédure pénale ne se trouve pas dans ce principe de l'intime conviction sur lequel il repose. Elle réside dans l'ambiguïté de l'instruction criminelle napoléonienne, qui juxtapose la procédure inquisitoire et secrète de recherche de la preuve, et la procédure publique et contradictoire d'acceptation de la preuve. Le système inquisitoire est si fort, si cohérent, qu'il étouffe totalement le jeu du libre débat sur la preuve et pervertit le principe même de l'intime conviction.

Le juge d'instruction procède, comme dit l'article 81 du Code de procédure pénale "*à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité*". Il construit son dossier, mène l'enquête et pour cela échafaude des hypothèses, les vérifie. Les mécanismes psychologiques de la conviction sont complexes, celui qui cherche à faire tenir une hypothèse dont il a eu l'intuition ou qui lui a été suggérée par la police, se convainc lui-même comme l'avocat qui défend une thèse.

Le juge d'instruction ne se fonde pas sur le doute préalable nécessaire au jugement, mais sur l'intuition. A force d'éclairer les faits de la même façon une cohérence apparente se manifeste. Lorsqu'il a terminé son enquête, il rend une ordonnance saisissant le tribunal, confortée en matière criminelle par un arrêt de la chambre d'accusation qui sera lu aux jurés avant même que ne commence l'audience de la cour d'assises. Certes, le juge d'instruction ou la chambre d'accusation ne dit pas que la preuve est établie, mais seulement qu'il existe des charges. La chambre criminelle de la Cour de cassation estime d'ailleurs que, lorsque la chambre d'accusation a dit qu'un homme était coupable et que la preuve était établie, il ne pouvait s'agir que d'une erreur de plume, tant il est impensable qu'elle prenne une telle décision. Et pourtant, les

praticiens le savent, les erreurs de plume ne sont que des lapsus, l'expression de la pensée réelle des rédacteurs des ces actes. D'ailleurs, pour distinguer charges, indices et preuves, il va falloir construire une théorie juridique bien complexe qui rappelle les contorsions de l'Ancien Régime pour distinguer les adminicules des indices prochains.

Il ne faut pas oublier non plus que depuis 1941, à la suite d'une évolution constante qui fut approuvée par ordonnance en 1944, les magistrats professionnels siègent avec les jurés à la Cour d'assises. La construction préalable du juge d'instruction rend le débat contradictoire très tenu à l'audience correctionnelle et guide de surcroît la conduite de l'audience par le président de la Cour d'assises. Car le président de ces juridictions est à la fois le juge et le directeur de l'enquête publique. La liberté affirmée du juge et des jurés dans un tel cadre est considérablement restreinte, et nous sommes bien loin des principes de la Constituante qui faisait confiance à ces hommes ignorants pour, à l'aide de leur seule raison, choisir entre les éléments qui seraient apportés à l'audience publique de façon orale. Le dossier écrit, que les constituants avaient mis tant de passion à écarter, a pris le pas sur l'oralité même devant les cours d'assises.

Notre système affirme la liberté de la preuve dans le cadre de l'intime conviction, et cela va si loin que la cour de cassation, dans un arrêt du 15 juin 1993, autorise de façon formelle la preuve "*obtenue de façon illicite ou déloyale*"¹⁰ dont les juges doivent seulement "*apprécier la valeur probante*". La juxtaposition de la liberté du juge dans le choix des moyens par lesquels il forge son intime conviction et de la recherche préalable des preuves autoritaire, secrète et souveraine, affaiblit considérablement la portée du principe même de la preuve morale.

V - PEUT-ON DÉPASSER L'INTIME CONVICTIOIN ?

Quels sont donc les principes qui aujourd'hui permettraient d'aller plus loin, et de faire que dans notre procédure pénale "*se reflète la loi fondamentale... la croyance la plus universelle et la plus indiscutée*" de notre temps ?

La preuve scientifique : lorsque les juristes positivistes de la fin du siècle condamnèrent le principe de l'intime conviction exprimée par les jurés populaires, ils le font en critiquant ce qui est le fondement même de l'institution. Ils trouvent absurde de donner le pouvoir aux jurés. Leur position est d'ailleurs liée aux thèses des criminologues et des pénalistes de l'époque, de Ferri et Garofolo qui, après Lombroso, s'orientent vers une dépossession des pouvoirs du juge (et à plus forte raison des jurés) vers celui de médecins et de scientifiques traitant la criminalité sous l'angle de la dangerosité¹¹. En condamnant

10. Cass. Crim. 15/06/93, B.C. n° 210.

11. Voir Tarde (G.), *La philosophie pénale*, pp. 443 et ss., ou, entre autres, Dr Sagone (G.), "L'élément populaire et le jugement pénal", *RIDP* 1934, p. 314.

le principe même d'un jugement sur les faits par des jurés "*ignorants*", il est évident qu'ils remettent en cause le fondement même de la démocratie où l'homme ignorant a le même pouvoir que le savant. Dire que la preuve ne peut être que scientifique, c'est au fond une résurgence de la preuve légale. Le peuple souverain s'en remettant aux savants, comme le roi souverain s'en remettait à ses juristes. La science ne doit être qu'un moyen parmi les autres. La preuve scientifique est devenue une nécessité, un élément indispensable et hélas trop négligé dans nos pratiques policières et judiciaires ; elle concourt à l'intime conviction, permet de réduire l'espace du doute raisonnable ou au contraire de le faire naître. Elle n'est pas souveraine.

Les droits de l'homme : la présomption d'innocence d'abord dans laquelle s'enracine le doute préalable du juge qui ne peut être vaincu que par la preuve loyalement et contradictoirement débattue devant lui. Le développement des notions de procès équitable, de Tribunal indépendant et impartial ensuite, telles que les cernent inlassablement les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, et qui fixent les normes procédurales qui permettent l'expression de l'intime conviction du juge.

La démocratie : si pour dire le droit il faut des juges, pour dire le fait il faut la conscience et la raison des citoyens égaux. Reste, pour permettre cette expression, à trouver les formes d'une procédure pénale qui sorte enfin de l'archaïsme où elle est actuellement engluée. Ce n'est pas le principe de l'intime conviction qu'on peut aujourd'hui contester, c'est le cadre dans lequel elle s'exprime dont il faut trouver la forme adaptée aux exigences de nos sociétés démocratiques.