



Université de Montréal

**L'AVEU DANS LES TRADITIONS OCCIDENTALES ACCUSATOIRE ET  
INQUISITOIRE**

**Une brève histoire de l'aveu en droit pénal**

par Alexandre Stylios

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures  
en vue de l'obtention du grade de LL.D

Juillet, 2016

© Alexandre Stylios, 2016

## Résumé

Cette thèse trace l'évolution de l'aveu dans les traditions pénales accusatoire et inquisitoire dans le cadre d'une démarche historique allant de l'antiquité à nos jours. Elle révèle que l'aveu a toujours constitué le point de tension des enjeux de vérité et de justice de la procédure pénale et explique comment l'aveu, influencé et transformé par la religion, est devenu un moyen de preuve indépendant dans les traditions accusatoire et inquisitoire en tant que récit de vérité permettant certes d'identifier le coupable mais aussi de l'analyser.

**Mots-clés :** ACCUSATOIRE, ACCUSÉ, ANGLETERRE, AVEU, CONFESSION, COMMON LAW, CRIME, CULPABILITÉ, DROIT, DROIT COMPARÉ, ÉTAT-UNIS, FRANCE, INQUISITOIRE, HISTOIRE, JUSTICE, PEINE, PÉNAL, PÉNITENT, PÉNITENCE, POUVOIR, PREUVE, PROCÉDURE, VÉRIDICTION, VÉRITÉ, TORTURE, TRADITION.

## **Abstract**

This thesis analyses confession in Western legal traditions through a historical approach starting in antiquity. Through the study of English, French and Canadian law, it shows how the suspect's statements have been apprehend by the accusatorial and inquisitorial systems of criminal justice, revealing that confession has always constituted and still constitutes to this day the cornerstone of truth and justice in criminal procedure. It also explains how confession, influenced and transformed by religion, has become an independent means of proof in both systems as a way to both identify and understand the guilty.

**Keywords** : ACCUSED, ADVERSARY, COERCION, CONFESSION, COMMON LAW, COMPARATIVE LAW, CRIME, CRIMINAL, ENGLAND, EVIDENCE, FRANCE, GUILTY, HISTORY, INQUISITORY, JUSTICE, LAW, PENANT, PENANCE, PROCEDURE, POWER, SENTENCE, TORTURE, TRADITION, TRUTH, UNITED STATES.

# Table des matières

<b>Résumé</b> .....	i
<b>Abstract</b> .....	ii
<b>Table des matières</b> .....	iii
<b>Liste des abréviations</b> .....	xiv
<b>Remerciements</b> .....	xviii
<b>Introduction</b> .....	1
I- Hypothèses et méthodologie .....	9
A. Hypothèses .....	9
1) Un aveu multifonctionnel et multidimensionnel .....	9
2) Un aveu juridique enraciné dans le religieux et la philosophie .....	10
3) Un aveu judiciaire qui privilégie l'apparence de vérité sur la réelle véracité du récit dans la procédure accusatoire contemporaine.....	10
B. Intégration du caractère polysémique de l'aveu.....	11
1) L'aveu ou la confession, des nuances sémantiques .....	11
2) L'aveu, un moyen de preuve, une pièce autonome de procédure.....	15
3) L'aveu, un régime de véridiction.....	15
C. Méthodologie : Une analyse historique, multidisciplinaire et de droit pénal comparé	16
1) Une histoire chronologique et une méthodologie fondée sur des repères historico-épistémologiques des pratiques institutionnalisées de l'aveu .....	16
2) Perspectives multidisciplinaires .....	18
3) L'aveu, une analyse de droit pénal comparé avec les exemples du droit français, du droit anglais, du droit américain et du droit canadien.....	19
II- Présentation d'éléments épistémologiques de notre étude.....	23
A. Les modèles juridico-judiciaires de reconstitution de la vérité et l'aveu.....	23
1) Une analyse des modèles juridico-judiciaires à l'aide des acteurs de justice.....	23
2) Procédure accusatoire et procédure inquisitoire : quelques traits distinctifs.....	24

3) La notion de « modèle » de reconstitution de la vérité.....	27
4) La place de la vérité dans la procédure pénale .....	29
5) L'appréhension différente de l'aveu dans les systèmes accusatoire et inquisitoire : quelques traits distinctifs.....	31
B. D'autres modèles de vérédiction autour de l'aveu : les modèles philosophiques, religieux, littéraires et scientifiques .....	36
III - Plan .....	38

**PARTIE I. L'AVEU MORAL OU LES ASSISES RELIGIEUSES DE L'AVEU (DE L'ANTIQUITÉ AU HAUT MOYEN-ÂGE)..... 41**

**TITRE I. L'aveu dans les procédures pénales de l'Antiquité grecque, romaine et juive : les premières confrontations de deux paroles, celle de la Vérité et celle de la Justice..... 42**

Chapitre I. De l'aveu imaginé à l'aveu extorqué dans les droits pénaux grec et romain : les prémices d'une procédure accusatoire et d'une procédure inquisitoire en droit pénal. 45

Section I. Le prédroit et le droit grecs de l'aveu (VIII<sup>ième</sup>-IV<sup>ième</sup> siècle de l'ère commune)..... 45

Introduction : Concept de vérité et philosophies sous-jacentes au développement du droit grec..... 45

a) Les premières traductions rationnelles des données mythiques et mystiques de la Justice..... 47

b) Les prémices d'un droit naturel et d'une vérité plurielle..... 48

c) Le rapprochement entre la raison et la vérité..... 50

§1. Le prédroit grec ou l'instauration d'un régime de vérédiction fondé sur la puissance..... 52

A) La puissance physique comme expression de la vérité : les enseignements des récits d'Homère et d'Hésiode..... 53

1) Se faire justice par la force physique ou l'aveu inutile..... 55

2) Établir la vérité par l'ordonnement des forces en présence ou l'impuissance de l'aveu..... 58

B) La puissance par le savoir comme expression de la vérité : une analyse foucaldienne d'Œdipe .....	61
§2. Le droit grec de l'aveu ou l'instauration d'un régime de vérité fondé sur des pratiques discursives .....	63
A) Le procès, la conception de la justice et le système de preuves du droit grec.	64
B) Aveu et rhétorique, ou la tension dialectique entre savoir et vérité.....	70
C) L'aveu : entre confession, rhétorique, conversion et metanoïa .....	75
Section II. Le droit romain de l'aveu : une occasion d'émancipation du religieux .....	80
§1. L'évolution de la procédure pénale romaine de la République au Bas-Empire .	84
A) La laïcisation progressive de la procédure pénale .....	84
B) Le fléchissement d'une procédure accusatoire vers une procédure inquisitoire .....	87
§2. L'aveu en droit pénal romain : la difficile réconciliation des objectifs de vérité et de conviction.....	89
A) L'aveu et l'évolution de la preuve en droit romain .....	90
1) La preuve en droit romain .....	90
a) L'influence des preuves irrationnelles .....	90
b) Une preuve comme permettant un jugement moral sur l'accusé.....	92
c) Une preuve amplifiée par la rhétorique .....	92
d) L'émergence de preuves rationnelles .....	94
2) L'aveu pénal à Rome : la difficile articulation entre la faute, la contrainte et la vérité.....	95
a) L'aveu en matière pénale doit emporter la conviction du juge.....	96
b) L'aveu comme stratégie de défense.....	97
B) L'institutionnalisation de la contrainte au corps et la vérité par l'aveu .....	103
Conclusion du Chapitre I .....	106
Chapitre II. Le droit juif ou l'imparfaite justice terrestre : les assises salutaires de l'aveu	107
Section I. Les écrits sacrés fondateurs : transcendance et immanence Divine du droit juif.....	108
§1. La portée du droit juif .....	109

§2. Les règles de droit sont des commandements Divins .....	111
Section II. Justice et Vérité : exégèse des textes sacrés ou dialogue permanent entre Dieu et les juifs .....	114
§1. Justice et Vérité : points d'équilibre de l'Univers .....	114
A) La Justice, pilier dynamique de l'Univers .....	115
B) La Vérité, point de passage médian entre la Justice et la Paix .....	118
§2. Justice et Vérité devant les tribunaux terrestres.....	122
A) Un système de pensée proposant des règles herméneutiques très rationnelles .....	125
§3. Une organisation judiciaire sophistiquée .....	127
Section III : La fonction exclusivement rédemptrice de la confession : l'aveu au service de la justice Divine.....	133
§1. Le préalable à la confession : la question du libre arbitre dans le judaïsme .....	134
§2. La confession-aveu-pardon-repentir .....	137
Conclusion sur le Chapitre II .....	143

**TITRE II. Les rituels de pénitence de l'Antiquité tardive au Haut Moyen-Âge : la parole au service de la vérité.....** 145

Introduction : Les apports du christianisme primitif aux concepts de Vérité et de Justice .....	147
a) Les nouveaux paradigmes de la Vérité et de la Justice.....	148
i) Une conception asymétrique et dissymétrique de la Justice .....	149
ii) La faute : entre le blâme et la lamentation .....	149
iii) La nécessaire réconciliation .....	150
b) La Vérité : le résultat exclusif du jugement Divin.....	151
c) La Justice : une fonction déléguée par le Divin.....	152
Chapitre I. L'aveu philosophico-religieux et l'exposition de soi : se réconcilier et se connaître par l'aveu (I <sup>er</sup> – IV <sup>ième</sup> Siècle) .....	156
Introduction : Les origines des « techniques de soi » .....	157
a) La « technique de soi » de nature pythagoricienne : ou comment « dormir tranquille » .....	158



b) La « technique de soi » de nature stoïcienne : ou le souci de bien agir.....	159
c) L'évolution des régimes de véridiction pythagorico-stoïciens au début de l'ère chrétienne.....	161
Section I. L'aveu pénitent, silencieux et réconciliateur.....	163
§1. Les fautes expiables.....	164
§2. L'exomologèse : cet aveu qui se montre mais ne se dit pas.....	167
A) Les étapes procédurales.....	168
1) La première comparution du pécheur devant l'évêque : avouer ses fautes	168
2) L'épreuve de la pénitence : l'aveu silencieux mais apparent.....	169
3) La réconciliation.....	169
B) La place de l'aveu et sa relative fonction de véridiction.....	170
Section II. L'aveu verbal et réparateur.....	172
§1. L'aveu curatif dans la pratique philosophique stoïcienne : verbaliser une vérité connue mais oubliée pour évaluer son degré de liberté.....	174
§2. L'aveu obligatoire et permanent dans la pratique monastique chrétienne : verbaliser une vérité enfouie pour mieux se connaître et se purifier.....	179
A) Le monachisme antique et la mise en place d'un nouveau rapport d'autorité	180
B) La verbalisation permanente d'une vérité sur soi.....	185
Conclusion sur le Chapitre I :.....	187
Chapitre II. La « juridification » progressive de l'aveu religieux : les prémices d'un aveu juridique (IV <sup>ième</sup> -XII <sup>ième</sup> siècles).....	188
Introduction.....	190
a) Pénétration sociale et extension territoriale du christianisme.....	191
b) Vers une Église universelle.....	192
c) L'affirmation de la papauté et le renouveau spirituel et intellectuel de l'Occident.....	195
Section I. Les causes et les manifestations de la « juridification » de l'aveu religieux.....	197
§1. Les causes de la juridification de la pratique pénitentielle.....	198
A) Difficultés et lourdeurs des pratiques pénitentielles de l'Antiquité tardives.	198

B) La nécessaire adaptation de la pratique pénitentielle monastique aux réalités économiques et sociales .....	199
C) L'apparition des premières thèses sur la fonction rétributive de la pénitence	201
§2. Les manifestations de la juridification de la pratique pénitentielle .....	202
A) L'élaboration d'un système de pénalités au sein des institutions monastiques (IV <sup>ième</sup> – V <sup>ième</sup> siècle) .....	202
B) Les nouvelles formes de pénitence ou le souci de maintenir l'obligation de verbaliser la vérité (VI <sup>ième</sup> – XII <sup>ième</sup> siècles) .....	205
Section II. L'émergence de l'individu moderne et de sa subjectivité : de Saint Augustin à Abélard et les possibles nouvelles lectures de l'aveu (IV <sup>ième</sup> -XII <sup>ième</sup> siècles).....	209
§1. L'apport de Saint Augustin sur le « moi » et la confession .....	210
A) Augustin et le « moi » : une autre méthode introspective de soi.....	211
B) L'aveu dans les <i>Confessions</i> d'Augustin : acte d'émancipation ou acte de soumission .....	213
§2. Du moi à l'individu au Moyen-Âge : ou l'extension paradoxale du contenu de l'aveu moral et le renforcement du contrôle des consciences.....	217
A) Les difficiles manifestations de ce « moi » au XII <sup>ième</sup> siècle : la contribution de l'activité introspective.....	218
B) Le sens du péché et le « moi » : l'influence abélardienne sur l'aveu moral ..	220
Conclusion sur le Chapitre II : .....	222
Conclusion de la Partie I.....	224

**PARTIE II. L'AVEU JURIDIQUE OU LES ASSISES SECULAIRES ET RATIONNELLES DU DROIT RELATIF A L'AVEU (DU MOYEN-ÂGE A NOS JOURS)**      226

<b>Titre I. L'institutionnalisation de l'aveu dans la procédure judiciaire du XII<sup>ième</sup> aux XVII<sup>ième</sup> siècles en France et en Angleterre : la coexistence d'une conception religieuse et séculière de la vérité.....</b>	<b>227</b>
Chapitre I. L'émergence des régimes de véridiction antagonistes dans les ordres juridiques ecclésiastique et politique au Moyen-Âge .....	235

Section I. L'écllosion de la justice royale comme symbole de la « juridification » de la société occidentale .....	236
§1. La mainmise rapide de l'État monarchique sur l'Église par la justice royale anglaise à partir du XII <sup>ième</sup> siècle .....	237
A) Quelques repères sociohistoriques expliquant l'émancipation plus rapide du pouvoir royal anglais.....	238
B) L'organisation de la justice royale anglaise.....	240
1) Avant la Conquête de 1066 .....	240
2) Après la Conquête de 1066.....	241
§2. L'émancipation plus tardive de la justice royale française de la justice ecclésiastique et seigneuriale au XIII <sup>ième</sup> siècle .....	247
A) Le lent déclin de la justice seigneuriale.....	247
B) La lente émergence de la justice royale .....	249
Section II. La contribution du pouvoir ecclésiastique à l'élaboration d'une procédure inquisitoire et à la reconnaissance de la primauté de l'aveu comme mode de preuve dans les juridictions royales .....	253
§1. La justice ecclésiastique : l'introduction de l'aveu dans la procédure accusatoire dans l'ordre juridico-canonique .....	255
A) Compétence et procédure .....	256
1) Le privilège du <i>for</i> .....	256
2) L'organisation procédurale.....	259
B) Le régime des preuves : la résurgence du droit romain et le retour de l'aveu et de la torture .....	262
1) Le système de preuves légales : l'aveu ou le retour de la <i>probatio probatissima</i> .....	262
2) La justification de la torture par les théologiens : un mal nécessaire au service de la vérité .....	265
§2. L'Inquisition médiévale : une procédure fixée sur et autour de l'aveu .....	268
A) L'Inquisition épiscopale ou la résurgence d'une procédure inquisitoire.....	270
B) La procédure de l'Inquisition : l'aveu, pièce centrale et indispensable de la procédure.....	273

1) Les acteurs .....	273
2) La procédure inquisitoire : De l'accusation à la torture en attendant l'aveu .....	274
Conclusion du Chapitre 1.....	279
Chapitre II. La preuve autonome de l'aveu dans les systèmes séculiers de justice pénale dans les traditions de <i>common law</i> et inquisitoire de l'Ancien régime (les exemples anglais et français) : l'émergence de l'aveu juridique moderne .....	280
Section I. L'aveu à titre de preuve dans le droit anglais des XII <sup>ième</sup> -XVI <sup>ième</sup> siècles : les premières interrogations sur la fiabilité de l'aveu et sur l'utilité de la torture.....	285
§1. Les modes de preuve dans la procédure pénale anglaise, les institutions et les acteurs chargés de constituer et de présenter les preuves à la juridiction de jugement aux XII <sup>ième</sup> -XVI <sup>ième</sup> siècles.....	287
§2. La place de la confession dans le système de justice pénale anglais à compter de l' <i>Assize of Clarendon</i> jusqu'au XVI <sup>ième</sup> siècle.....	292
A) La confession devant les cours royales aux XII <sup>ième</sup> - XV <sup>ième</sup> siècles: les premières interrogations sur l'autonomie et la force probante de la confession.	295
B) L'aveu et la torture aux XVI <sup>ième</sup> -XVII <sup>ième</sup> siècles : la pratique peu courante des mandats autorisant la torture.....	303
Section II. L'ancien droit français de l'aveu aux XIII <sup>ième</sup> -XVIII <sup>ième</sup> siècles : ou la difficile rupture avec le <i>Judicium dei</i> .....	306
§1. Les changements procéduraux des XII <sup>ième</sup> -XVII <sup>ième</sup> siècles: la laïcisation de la procédure inquisitoire .....	309
A) Les premières formes de l'action publique et l'introduction du secret dans la procédure pénale française (XIII <sup>ième</sup> -XV <sup>ième</sup> siècle).....	311
1) La procédure d'office .....	311
2) Introduction d'une procédure extraordinaire fondée sur la torture judiciaire. .....	312
3) Quand procédure extraordinaire rime avec secret .....	313
B) L'ordonnance de 1539 de Villers-Cotterêts : de l'instruction préparatoire secrète au service d'une vérité .....	315

C) La Grande Ordonnance criminelle d'août 1670 ou le caractère ordinaire de la procédure extraordinaire .....	318
§2. L'aveu dans le système des preuves légales: ou le corps qui parle .....	320
A) La théorie des preuves objectives priorise la recherche de l'aveu .....	321
B) L'aveu ou l'obligation pour l'accusé de participer à la manifestation de la vérité .....	324
1) L'aveu théologico-laïc devant la justice temporelle : le caractère pénitentiel de l'aveu judiciaire.....	324
2) L'aveu laïcisé ou comment confirmer la vraisemblance .....	327
Conclusion du Chapitre II.....	334

**TITRE II. L'aveu dans la procédure judiciaire du XVII<sup>ième</sup> à nos jours en France, en Angleterre et au Canada : d'un rationalisme scientifico-positiviste au postmodernisme pénal, de l'efficacité et de l'équité de l'aveu à titre de preuve .....**

Chapitre I. L'élaboration d'un droit moderne de l'aveu en droit anglais et en droit français à la suite de deux révolutions politico-morales.....	336
Section I. Le droit anglais de l'aveu : l'influence de la théologie morale calviniste (XVI <sup>ième</sup> - XX <sup>ième</sup> siècles) sur la règle des confessions.....	337
§1. Les transformations de la procédure pénale anglaise à partir du XVI <sup>ième</sup> siècle.....	342
A) Le procès comme une « altercation » aux XVI <sup>ième</sup> -XVIII <sup>ième</sup> siècles: la participation de l'accusé à la manifestation de la vérité.....	342
1) Un défendeur désarmé .....	343
2) La mansuétude des verdicts et des sentences .....	347
B) Le procès pénal accusatoire et adversaire ou la réduction de l'accusé au silence grâce à son avocat.....	349
1) Le rôle du <i>Treason Act</i> de 1696 dans l'émergence d'une procédure adversaire .....	349
2) Le renforcement des droits de la défense à partir du XVIII <sup>ième</sup> siècle.....	351
§2. La naissance de la règle moderne des confessions .....	353
A) La confession de l'accusé comme « the deluded instrument of his own conviction ».....	354

B) Les causes du scepticisme anglais à l'égard des confessions : l'influence de la théorie morale calviniste .....	357
Section II. Le droit français de l'aveu à l'aube du XX <sup>ième</sup> siècle .....	362
§1. L'instauration d'un système de preuve libre : l'aveu laissé à la libre appréciation du juge .....	365
§2. L'aveu et l'intime conviction : le retour à la subjectivité du sujet .....	369
A) L'intime conviction : ou l'acte performatif de jugement .....	369
B) La dramatique de l'aveu selon Michel Foucault .....	371
Conclusion du chapitre I : .....	376
Chapitre II. Le droit de l'aveu postmoderne : l'oscillation entre le pragmatisme pénal et le garantisme procédural à partir du XX <sup>ième</sup> siècle .....	377
Section I. Aveu et garantisme procédural : concilier le droit au silence et l'objectif de vérité .....	385
§1. Le droit au silence comme rempart à l'aveu .....	386
A) Le droit silence en droit canadien .....	386
B) Le droit au silence en droit français .....	394
§2. Le maintien de l'obligation de vérité par l'aveu malgré l'existence d'un droit au silence : les spectres de la fausse confession et de l'erreur judiciaire .....	397
Section II. Aveu et l'efficacité procédurale .....	402
§1. Les recours à une science de l'aveu .....	402
A) La psychologie des confessions .....	403
1) La « vérité » psychanalytique .....	403
2) La psychologie des confessions comme outil d'enquête .....	409
B) L'aveu et les autres méthodes scientifiques d'appréciation de cette preuve .....	414
§2. Le plaidoyer de culpabilité ou l'aveu en tant qu'acte performatif .....	417
A) Le plaidoyer de culpabilité au Canada et en France .....	418
1) Le plaidoyer de culpabilité au Canada .....	418
2) La procédure française du plaider coupable .....	419
B) La procédure du plaidoyer de culpabilité au regard des concepts de justice et de vérité .....	422
Conclusion sur le Chapitre II .....	424

<b>Conclusion générale</b> .....	426
La question de l'avenir de l'aveu .....	426
1) L'ADN moral de l'aveu juridique .....	426
2) La triple fonction de l'aveu .....	427
3) L'avenir de l'aveu.....	429
<b>Table de la législation</b> .....	i
<b>Table de la jurisprudence</b> .....	iii
<b>Bibliographie</b> .....	v

## Liste des abréviations

Art.	: Article.
C cr	: Code criminel canadien.
C proc pén fr	: Code de procédure pénale français.
CEDH	: <i>Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.</i>

### Abbréviations propres aux périodiques

Actes Rech Sci	: Revue Actes de la recherche en sciences sociales.
Alta L Rev	: Alberta Law Review.
Am Hist Rev	: American Historical Review.
Am J Leg Hist	: American Journal of Legal History.
Am Law Rev	: American Law Review.
Ann Hist Sci	: Annales. Histoires, Sciences Sociales.
Ann Med Psychol	: Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique.
Arch Sci Soc Relig	: Archives des sciences sociales de la religion.
Cambridge LJ	: Cambridge Law Review.
Can Crim L Rev	: Canadian Criminal Law Review.
Can J Corr	: Canadian Journal of Criminology and Corrections.
Cardozo L Rev	: Cardozo Law Review.
Colum L Rev	: Columbia Law Review.
Denv UL Rev	: Denver University Law Review.



Duke LJ	: Duke Law Journal.
Econ Hist Rev	: Economic History Review.
Fordham Urb L J	: Fordham Urban Law Journal.
Harv CR-CLL Rev	: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review.
Harv L Rev	: Harvard Law Review.
Hastings Law Journal	: Hastings LJ.
Hist Res	: Historical Research.
Ill Law Rev	: Illinois Law Review.
J Crim L & Criminology	: Journal of Criminal Law and Criminology.
J Crim Law Criminol	: Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science.
J Law Soc	: Journal of Law and Society.
J Relig	: The Journal of Religion.
JHS	: Journal of Hellenic Studies.
L & Hist Rev	: Law & History Review.
Law & Society Rev	: Law & Society Review.
Med Sci Law	: Medicine, Science and the Law.
Mich L Rev	: Michigan Law Review.
Minn L Rev	: Minnesota Law Review.
NYL Sch J Int'l & Comp L	: New York Law School Journal of International and Comparative Law.
NYU L Rev	: New York University Law Review.
Psychol Crime Law	: Psychology, Crime & Law.
Q J Libr Congr	: Quarterly Journal of the Library of Congress.

R du B can	: Revue du barreau canadien.
R Hist Moderne	: Revue d'histoire moderne.
RDS	: Revue déviance et société.
Rev Fr Psychanal	: Revue française de psychanalyse.
Rev Historique	: Revue historique.
Rev Philos Louvain	: Revue de Philosophie de Louvain.
RGD	: Revue générale de droit.
RHD	: Revue historique de droit français et étranger.
RIDA	: Revue internationale des droits de l'Antiquité.
RIEJ	: Revue interdisciplinaire d'études juridiques.
RJT	: Revue juridique Thémis.
Soc Philos Policy	: Social Philosophy and Policy.
Stan L Rev	: Stanford Law Review.
Stellenbosch L Rev	: Stellenbosch Law Review.
U Chicago L Rev	: University of Chicago Law Review.
U Pa L Rev	: University of Pennsylvania Law Review.
U Tol L	: The University of Toledo Law Review.
Utah L Rev	: Utah Law Review.
Va L Rev	: Virginia Law Review.
Yale LJ	: Yale Law Journal.

*À Aurore, Élina, Ari et Rébecca*

*À mon père,*

*À ma mère,*

*À mes frères, Nicolas et Vassili,*

## Remerciements

Plus que des remerciements, c'est une reconnaissance profonde et ma sincère gratitude que je souhaite ici exprimer à Madame Hélène Dumont, Professeure de droit à l'Université de Montréal. Son encadrement, sa disponibilité sans faille et le soutien constant qu'elle m'a témoignés durant ce long projet dépassent, à bien des égards, le cadre de la mission d'une directrice de thèse. Sans le vouloir forcément, sans même m'en rendre compte, à tout le moins lors du commencement de cette aventure intellectuelle, une relation « Maître-disciple » au sens de la philosophie antique s'est instaurée au fur et à mesure de l'avancement de mes réflexions et de l'élaboration de cette thèse. Cette relation empreinte de bienveillance mais aussi reposant sur un engagement intellectuel fort m'a permis de mener à terme cette entreprise. Cette thèse se veut aussi et surtout un hommage que je souhaite lui témoigner pour ses idées, son esprit curieux et sa grande rigueur intellectuelle. Madame la Professeure Hélène Dumont est pour moi une source d'inspiration.

Bien évidemment, j'assume seul les erreurs et les lacunes que pourrait comporter cette thèse.

Je voue également une reconnaissance particulière et respectueuse aux professeures et professeurs de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, que j'ai croisés lors de mes études au sein de cette institution, dans le cadre d'enseignements, de conférences ou d'échanges privés. Elles et ils m'ont convaincu que l'intérêt du droit augmente lorsqu'on l'analyse sous le prisme d'un regard multidisciplinaire. Elles et ils ont, aussi et surtout, su me transmettre un savoir, souvent complexe, dans un langage clair et humble. Elles et ils se reconnaîtront.

Je ne peux évidemment pas oublier dans cette liste de remerciements mes parents que j'aime tant et qui ont toujours considéré que l'acquisition des connaissances surpassait le reste. J'espère avoir répondu à leurs attentes.

Enfin, je souhaite rendre un hommage particulier à mon épouse Aurore Benadiba pour le soutien indéfectible qu'elle m'a témoigné au cours de cette thèse.

*Je forme une entreprise qui n'eut jamais d'exemple et dont l'exécution n'aura point d'imitateur. Je veux montrer à mes semblables un homme dans toute la vérité de la nature; et cet homme ce sera moi.*

[...]

*Que la trompette du Jugement dernier sonne quand elle voudra, je viendrai, ce livre à la main, me présenter devant ce souverain juge. Je dirai hautement : Voilà ce que j'ai fait, ce que j'ai pensé, ce que je fus. J'ai dit le bien et le mal avec la même franchise. Je n'ai rien tu de mauvais, rien ajouté de bon, et s'il m'est arrivé d'employer quelque ornement indifférent, ce n'a jamais été que pour remplir un vide occasionné par mon défaut de mémoire; j'ai pu supposer vrai ce que je savais avoir pu l'être, jamais ce que je savais être faux. Je me suis montré tel que je fus; méprisable et vil quand je l'ai été, bon, généreux, sublime, quand je l'ai été : j'ai dévoilé mon intérieur tel que l'as vu toi-même. Être éternel, rassemble autour de moi l'innombrable foule de mes semblables; qu'ils écoutent mes confessions, qu'ils gémissent de mes indignités, qu'ils rougissent de mes misères. Que chacun d'eux découvre à son tour son cœur aux pieds de ton trône avec la même sincérité; et puis qu'un seul te dise, s'il l'ose : Je fus meilleur que cet homme-là<sup>1</sup>. **Jean-Jacques Rousseau, Les Confessions.***

[...] *the metaphors of the day before yesterday are the analogies of yesterday and the concepts of today*<sup>2</sup>. **Harold J. Berman.**

## Introduction

Cette thèse est consacrée à l'étude de l'aveu dans les traditions pénales occidentales accusatoire et inquisitoire dans le cadre d'une démarche historique. Pour les fins de notre propos, l'expression « aveu » est utilisée dans son acception la plus large et fait référence aux déclarations, paroles, révélations, confessions et aveux d'un suspect ou d'un accusé faits à l'extérieur ou à l'intérieur du système judiciaire et qui sont présentés à titre de preuve ou de pièce de procédure dans un procès pénal. D'un point de vue sémantique cependant, nous pensons qu'il existe une nuance dans l'échange qui conduit à l'aveu ou à la confession que nous préciserons ci-après. En l'état, lorsque nous examinons la pratique de l'aveu ou

---

<sup>1</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Les Confessions*, 2<sup>e</sup> éd, Livre I, Flammarion, Paris, 2003 à la p 29.

<sup>2</sup> Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1983 à la p 167 [Berman, *Law and Revolution*].

l'institution de l'aveu dans l'un ou l'autre des systèmes juridiques analysés, ce concept est interchangeable avec celui de « confession ». Il est vrai que l'aveu est un terme générique d'usage plus courant dans la tradition inquisitoire tandis que la confession est le terme plus couramment employé dans la tradition de common law. Dans les pays de culture continentale, en effet, la confession fait référence au sacrement de la pénitence ou encore, à un genre littéraire qui regroupe les écrits à caractère autobiographique. On lui préfère le terme d'aveu lorsqu'il est utilisé dans un contexte juridique ou judiciaire. Au besoin, des règles de droit propres à l'une ou l'autre des traditions exigeront l'emploi différent des mots « aveu » ou « confession ». La France, le Canada mais également d'autres juridictions de tradition accusatoire, comme l'Angleterre ou les États-Unis, serviront d'exemples au moment de faire ces distinctions dans leur droit respectif.

\*\*\*

Les enjeux du droit pénal fondamental et de la procédure pénale dépassent la simple sphère du droit. Les questions propres au droit pénal intéressent aujourd'hui le grand public et les événements criminels piquent sa curiosité et son intérêt. Il ne se passe pas un jour sans que les médias ne couvrent un procès pénal, une enquête policière, une arrestation ou une remise en liberté<sup>3</sup>. Lors d'une affaire criminelle particulière, le public se demande même, sans être concerné au premier chef, si l'accusé est coupable ou innocent et, en fonction des informations médiatisées, il se forge une intime conviction, même s'il n'est pas juge ou juré. La décision de justice, interlocutoire ou définitive, est acceptée ou critiquée. Jamais elle ne laisse indifférent. Le verdict de culpabilité ou d'acquittement est tantôt considéré erroné pour les uns, tantôt justifié pour les autres. S'il en résulte une peine, les uns peuvent juger la sentence trop clémentine, les autres, trop sévère.

Autour d'événements criminels, s'engage aussi une réflexion plus globale sur la justice. Des questions philosophiques sont alors soulevées « Qu'est-ce que faire justice? », « La Justice est-elle juste? », « Est-elle la même pour tous? »... Ces débats politico-

---

<sup>3</sup> Aaron Doyle, « How not to think about crime in the Media » (2006) 48:6 Can J Corr 867; John Pratt, *Penal Populism: Key Ideas in Criminology*, New York, Routledge, 2007 ch 3 aux pp 65-93.

philosophiques<sup>4</sup> peuvent être sérieux et féconds, mais ils peuvent parfois dérapier et provoquer des réactions populistes discutables<sup>5</sup>. En bref, les affaires criminelles intéressent tout le monde et suscitent des réactions multiples qui débordent le cadre légal.

Si les criminels et leurs crimes font l'objet de manchettes et animent les conversations sociales, familiales et amicales, l'accusé constitue le personnage « pivot » de notre étude. C'est autour de lui que s'articulent la procédure pénale et l'organisation judiciaire et que s'expriment les véritables enjeux de vérité et de justice en matière criminelle<sup>6</sup>. Certes, la personne de l'accusé nous intéresse en général mais ce sont ses paroles, ses déclarations, ses aveux et ses confessions comme éléments de preuve autonomes qui seront examinés en particulier.

Le crime, autre notion centrale du système de justice, suscite une réaction générale de défense sociale. La résolution du crime met en tension dialectique le réflexe de protection de la société et l'aspiration collective que justice soit rendue à l'égard de l'accusé<sup>7</sup>. Ces valeurs collectives et individuelles et les réactions qu'elles suscitent sont au cœur de la procédure pénale dite accusatoire et de la procédure de type inquisitoire des pays démocratiques contemporains. Autour de ces éléments centraux que sont l'accusé et le crime, ce que sait et dit l'accusé au sujet des faits criminels, ce que l'on appellera généralement ses aveux dans cette thèse, constitue un élément dynamique de configuration et de mise en mouvement de la procédure pénale dans les deux principaux systèmes juridiques occidentaux. L'accusé,

---

<sup>4</sup> Paul Ricoeur, *Le Juste*, Paris, Esprit, 1985 aux pp 11-27.

<sup>5</sup> Pratt, *supra* note 3; Québec, Ministère de la Sécurité publique, *La sévérité pénale à l'heure du populisme*, Sainte-Foy (Qc), Ministère de la Santé publique, 2006; Denis Salas, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Paris, Fayard/Pluriel, 2010.

<sup>6</sup> Cette situation n'a pas toujours été vraie, comme le remarque Denis Salas, dans le cadre des tribunaux issus de l'Inquisition, le procès prend une forme exceptionnelle et peut finalement fonctionner sans l'accusé, malgré les quelques moyens de défense réels dont il dispose, tant le pouvoir judiciaire est concentré entre les mains du juge enquêteurs. On peut également faire la même réflexion pour la procédure accusatoire de tradition de *common law* qui a, de par la confiscation du procès par les hommes de loi et des multiples garanties juridiques dont bénéficient depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle le suspect ou l'accusé, ce dernier n'est qu'un acteur passif du procès pénal de *common law*. Voir respectivement Denis Salas, *Du procès pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1992 à la p 14 [Salas, *Procès*] et John H Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York, Oxford University Press, 2003 aux pp 258-310 [Langbein, *Origins*].

<sup>7</sup> Herbert L Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1968 aux pp 149-74 [Packer, *Limits*], voir aussi pour l'ancienneté de cette dialectique, Richard M Fraher, « The Theoretical Justification for the New criminal Law of the High Middle Ages: Rei Publicae Interest, ne Criminal Remaneant Impunita » (1984) 183:3 Ill Law Rev 577.

observe-t-on, parle peu dans la procédure accusatoire; il parle plus dans la procédure inquisitoire. Paradoxalement, en vertu d'une longue tradition historique, l'accusé présumé innocent, doit, dans la procédure inquisitoire, participer à la manifestation de la vérité. Il peut toutefois décider de se taire, dans le cadre de l'exercice d'un droit qui lui est octroyé pendant sa garde à vue, à l'instruction et au procès. L'exercice de ce droit est souvent animé par des considérations stratégiques lors de l'instruction de l'affaire et de son procès<sup>8</sup>. Mais, dans les deux systèmes sa parole est méthodiquement analysée et interprétée. Il en sera de même de son silence, à tout le moins dans la tradition inquisitoire<sup>9</sup>.

Si dans les paroles du suspect ou de l'inculpé se glisse un aveu, cette assertion aura de multiples conséquences juridiques et judiciaires tant sur le plan socio-économique que sur le plan de la morale. Disons-le tout de suite, les paroles de l'inculpé, quelles qu'elles soient, sont susceptibles de constituer une preuve pertinente ou une pièce de procédure déterminante pour établir sa culpabilité dans son procès pénal. L'aveu « la reine des preuves », cette « *probatio probatissima* », a toujours hanté l'imaginaire des acteurs de justice et on lui attribue souvent une fonction utilitariste qui lève presque tous les doutes sur sa véracité<sup>10</sup>. La procédure du plaider de culpabilité, une forme d'aveu, courante dans la tradition accusatoire de *common law*, escamote même le procès pénal et a un impact direct sur la sentence<sup>11</sup>. L'aveu a

---

<sup>8</sup> Antoine Astaing et Gérard Clément, « Les “Muets Volontaires” dans la procédure pénale française de l'époque moderne et contemporaine » (2002) 70-3-4 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 291.

<sup>9</sup> *Ibid.* Voir aussi Partie II, Titre II, Chapitre II.

<sup>10</sup> Voir par exemple en droit canadien, le rappel de la Juge Arbour (dissidente) dans *R c Oickle*, 2000 CSC 38 [Oikle] au para 141 : « On a souvent dit de la confession qu'elle est [TRADUCTION] “la preuve de culpabilité la plus forte et la plus convaincante” : *Bigaouette c The King* (1926), 46 CCC 311 (BR Qc), à la p 320 (citant *R c Lambe* (1791), 2 Leach 552, 168 ER 379); voir également *R c Hodgson*, [1998] 2 RCS 449, aux para 14 et 17; *DeClercq*, précité, à la p 922; *R c Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 ER 234, à la p 235; *R c Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, aux pp 1093 et 1094; *R c Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 ER 568, à la p 574; *R c Guidice*, [1964] WAR 128 (Ct. Crim. App.), à la p 130; *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol 3, §§ 820b-820c, aux pp 301 à 306. Comme l'explique *Wigmore*, § 820b, à la p 303, cela est dû au fait que : [TRADUCTION][e]n règle générale, rien n'est davantage contraire aux intérêts permanents d'une personne que la confession d'un crime [...] il est normalement impossible d'imaginer qu'une personne innocente puisse être disposée à risquer sa vie, sa liberté ou ses biens en faisant une fausse confession. À supposer que la confession soit un fait incontestable, elle emporte une force de persuasion qu'on ne trouve nulle part ailleurs, parce qu'un trait fondamental de la nature humaine nous enseigne sa signification. »

<sup>11</sup> Ken Chasse, « Plea Bargaining is Sentencing » (2009) 14:1 Can Crim L Rev 55 aux pp 55-77; George Fisher, *Plea Bargaining's Triumph : A History of Plea Bargaining in America*, Stanford (Cal), Stanford University Press, 2003 [Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*]; Richard L Lippke, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford, Oxford University Press, 2011.



également un effet sur la peine dans la tradition inquisitoire mais il n'interrompt pas le procès<sup>12</sup>.

Dans son histoire de la vérité<sup>13</sup> que Michel Foucault a entrepris et élaboré à travers une grande partie de son œuvre, il a notamment et parfaitement montré comment l'aveu s'apparente à une obligation de vérité du locuteur vis-à-vis des tiers, mais aussi à l'égard de soi, obligation qui doit être aussi comprise comme un acte de soumission ou un acte d'obéissance à l'autre<sup>14</sup>. Cette obligation impose de dire la vérité en tant qu'action. L'aveu consiste, en outre, à dire une chose que l'on n'a pas encore révélée. Cette chose comporte pour soi et, dans un cadre judiciaire, surtout pour l'autre, une certaine valeur. La révélation de cette chose engendre aussi des conséquences et donc, un prix à payer. Dans ce contexte, l'aveu justifie l'exercice du droit de punir. Par son aveu, le déclarant donne en effet l'autorisation à ses juges de le punir et indique aussi sa volonté de participer au régime correctif de la peine<sup>15</sup>. Comme le relève Michel Foucault, celui qui avoue s'engage ou s'oblige, en outre, à être ce qu'il a dit : « *[c]elui qui avoue un crime s'engage en quelque sorte à être l'auteur du crime* »<sup>16</sup>. Il accepte alors toutes les conséquences juridiques de son aveu. En avouant, le locuteur cède aussi à l'autorité, et donc au pouvoir, qui lui impose également cette obligation de vérité. Enfin, l'aveu permet à celui qui avoue de modifier « *son rapport qu'il a à son*

---

<sup>12</sup> Il existe cependant en France une procédure dite de Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (CRPC) consacrée par *Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, JO, 10 mars 2004, 4567 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Le procureur de la République peut, dans le cadre d'une transaction, proposer au suspect en échange d'un aveu une peine d'amende, dont le montant ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue ou une peine de prison dont la durée ne peut ni être supérieure à 1 an, ni excéder la moitié de la peine encourue. Cette procédure ne s'applique qu'aux délits, les contraventions et les crimes en sont exclus. Certains délits sont également exclus comme : les menaces, les violences, les agressions sexuelles, les blessures involontaires punies par une peine d'emprisonnement de plus de 5 ans, les délits de presse et les délits politiques. Le ministère d'avocat est obligatoire et la victime peut se constituer partie civile à l'audience d'homologation de la transaction devant le juge.

<sup>13</sup> Voir pour une synthèse Hubert L Dreyfus et Paul Rabinow, *Michel Foucault, un parcours philosophique, au-delà de la subjectivité*, traduit de l'anglais par Fabienne Durant-Bogaert, Gallimard, Paris, 1984; voir aussi Simon Bourgoin-Castonguay, *Entre histoire et vérité, Paul Ricoeur et Michel Foucault, généalogie du sujet, herméneutique de soi et anthropologie*, thèse de doctorat, Université Paris-Créteil et Université Laval, 2014.

<sup>14</sup> Michel Foucault, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, éd établie par Fabienne Brion et Bernard E Harcourt, Louvain (Belgique), Presses universitaires de Louvain, 2012 aux pp 5-11 [Foucault, *Mal faire*].

<sup>15</sup> *Ibid* aux pp 207-08.

<sup>16</sup> *Ibid* à la p 6.

*crime* »<sup>17</sup>. Le criminel qui avoue prend conscience de son crime et s'oblige du coup à un travail d'introspection.

Le pouvoir judiciaire, dans lequel on inclut le pouvoir juridictionnel mais aussi plus globalement les autorités de poursuite, fait généralement, dans les démocraties occidentales, figure de cette autorité<sup>18</sup>, celle qui maintient ou qui essaye de maintenir cette obligation de vérité à l'égard du criminel, notamment pour le sanctionner. Cependant, dans le cadre de l'appréhension de l'aveu, le maintien d'un pouvoir qui impose une obligation de vérité relève du paradoxe. Si on veut donner effet à l'aveu, un effet juridique ou moral, il est important que celui-ci soit prononcé librement. Cette liberté est difficilement compatible avec une obligation de vérité.

***Ce que nous voulons démontrer :***

L'histoire de l'aveu que nous proposons dans cette thèse entend montrer et, surtout, expliquer quatre phénomènes ou constats qu'on peut relever au sein des institutions pénales des traditions inquisitoire et accusatoire.

***Premièrement***, nous montrons comment l'obligation de vérité constitue l'essence pleine et entière de la tradition inquisitoire; elle qui a toujours assumé, et continue à le faire, cette obligation de vérité dont est redevable l'accusé à l'égard de l'institution judiciaire et ce, presque à tous les stades de la procédure.

***Deuxièmement***, cette histoire de l'aveu entend également expliquer comment et pourquoi la tradition accusatoire a atténué l'obligation de vérité dès le XVII<sup>ème</sup> siècle, au profit des droits de l'accusé au stade du procès d'abord à l'étape de l'enquête (qui précède le procès) et ensuite, en instaurant un ensemble de règles et principes (règles des confessions, principe interdisant l'auto-incrimination, droit au silence...), même si des signes de résistance

---

<sup>17</sup> *Ibid* à la p 6.

<sup>18</sup> Voir Michel Foucault, *Théories et institutions pénales : Cours au Collège de France, 1971-1972*, Paris, Gallimard et Seuil, 2015; Marco Cicchini et Michel Porret, *Les sphères du pénal avec Michel Foucault : histoire et sociologie du droit de punir*, Lausanne, Antipodes, 2007; Carlo Guarnieri et Pederzoli Patrizia, *La puissance de juger : Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996; Didier Fassin, *Juger, réprimer, accompagner : essai sur la morale de l'État*, Paris, Seuil, 2013; Thierry Lévy, *Le désir de punir : essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979.

apparaissent ici et là<sup>19</sup>. Obligation de vérité certes atténuée, mais jamais supprimée, puisque la pratique du *plea bargaining* fondée sur une politique d'encouragement des aveux constitue aujourd'hui l'outil de procédure privilégié des acteurs de justice grâce à laquelle l'institution judiciaire dans la tradition pénale de *common law* règle plus de 90 % des affaires pénales<sup>20</sup>.

**Troisièmement**, puisque l'aveu judiciaire constitue un acte de soumission qui intervient dans le cadre d'une relation de pouvoir, nous entendons montrer que ce qui distingue fondamentalement la procédure accusatoire de la procédure inquisitoire, dans l'appréhension de l'aveu, c'est l'étendue de ce cadre de liberté que l'on souhaite offrir à l'accusé et le degré de soumission de celui-ci que le pouvoir judiciaire lui circonscrit, pour donner plein effet à ses aveux. Ce cadre de liberté est davantage limité dans la tradition inquisitoire que dans la tradition accusatoire et le degré de soumission de l'accusé à son obligation de vérité est selon nous, quasi identique dans les deux systèmes.

**Quatrièmement et dernièrement**, nous expliquons que dans les deux traditions procédurales que nous analysons, la vérité, à tout le moins dans le cadre de l'aveu, pourtant affichée comme le premier objectif du processus criminel, est en fait purement accessoire. Cette vérité obéit en réalité, pour reprendre l'expression de Gérard Pandelon, à « *un souci de cohérence* » entre le droit, le fait et l'équité<sup>21</sup>. Par ailleurs, historiquement, l'enquête judiciaire a pour objet de rassembler des preuves et autres pièces de procédure en vue de constituer, non pas une vérité, mais un savoir. Plus précisément, comme le souligne Michel Foucault « *l'enquête, [...] une forme politique, une forme de gestion de l'exercice du pouvoir, qui à travers l'institution judiciaire, est devenue, dans la culture occidentale, une manière*

---

<sup>19</sup> Voir par exemple pour le droit canadien *R c Singh*, 2007 CSC 48 où l'accusé qui a revendiqué pas moins de 18 fois l'exercice de son droit au silence a fini par avouer son crime dans le cadre d'un interrogatoire d'enquête. Sa confession a été déclarée valide. Voir para 13 : « *Monsieur Singh a invoqué son droit de garder le silence à 18 reprises avant qu'on lui montre les photos en question et qu'il fasse les aveux contestés. Chaque fois, le policier qui interrogeait M. Singh lui confirmait qu'il n'était pas obligé de parler, ou encore lui expliquait qu'il devait ou souhaitait lui exposer la preuve et poursuivait ensuite l'interrogatoire* ».

<sup>20</sup> Pour les Etats-Unis voir Albert W Alschuler, « A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent » (1996) 94-8 Mich L Rev 2625 à la p 2637, voir aussi Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, supra note 11. Pour la Canada, voici ce que nous rapporte Statistiques Canada : « *The extent to which plea negotiations are utilized in Canada currently remains unknown* » dans Statistique Canada, *Adult criminal court statistics in Canada, 2013/2014*, en ligne : <[www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2015001/article/14226-eng.htm](http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2015001/article/14226-eng.htm)>.

<sup>21</sup> Gérard Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse de doctorat, Faculté de droit et de Science politique d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2012 à la p 35.

*d'authentifier la vérité, d'acquérir des choses, qui vont être considérées comme vraies, et de les transmettre. L'enquête est une forme de savoir pouvoir »<sup>22</sup>. En verbalisant l'aveu, l'accusé ne fait qu'alimenter le savoir du pouvoir qui est l'origine de la production de cet aveu. L'acte d'avouer (dire l'aveu) l'emporte donc sur l'objectif de vérité.*

***Ce que nous voulons illustrer :***

L'histoire de l'aveu, que nous proposons dans cette thèse, est aussi l'occasion d'illustrer le fait qu'on lui a reconnu plusieurs utilités et fonctions, tant dans la tradition accusatoire qu'inquisitoire. ***Première utilité de l'aveu*** : un effet pratique de vérité qui permet de lier l'avouant au crime. ***Seconde utilité*** : l'aveu peut aussi assumer des fonctions en dehors du droit. L'aveu comporte, par exemple, une dimension psychologique qui permet de mieux comprendre le crime et son auteur. Dans une perspective de défense sociale, nous saisissons évidemment l'intérêt d'obtenir du délinquant un discours de vérité sur lui-même. ***Troisième utilité*** : l'aveu endosse aussi une fonction sociale de réconciliation qui permet au déclarant, de solliciter l'absolution ou le pardon de celui qui reçoit son aveu, son « juge », figure d'autorité au sein d'une institution judiciaire, religieuse ou communautaire. Le pardon sollicité ici est exactement l'inverse d'une accusation; il octroie à son auteur une nouvelle innocence, alors que l'accusation a pour objet de le stigmatiser et d'en faire un coupable. L'accusation exclut, le pardon réintègre : l'aveu permet cette réintégration.

Comme nous pouvons le constater, le concept d'aveu dans un cadre juridico-judiciaire offre plusieurs fonctions possibles et, est donc sujet à différentes lectures possibles. Les questions qu'il suscite portent autant sur ses origines, que sur sa véritable nature, son rôle et les finalités qu'il poursuit en tant qu'« outil »<sup>23</sup> de la procédure pénale dans les deux traditions procédurales étudiées dans cette thèse. Il importe donc de préciser le contenu de ces questions et les éléments de réponse qui peuvent y être apportés en présentant d'abord, les hypothèses

---

<sup>22</sup> Michel Foucault, « La vérité et les formes juridiques » dans François Ewald et Daniel Defert, dir, *Dits et écrits*, t 1 « 1954-1975 », Paris, Gallimard, 2001, 1406 à la p 1456 [Foucault, « La vérité et les formes juridiques »; Foucault, *Dits et Écrits*]; également cité par Bourgoïn-Castonguay, *Entre histoire et vérité*, *supra* note 13 à la p 171.

<sup>23</sup> Le mot outil est ici utilisé car l'aveu constitue, selon nous et comme nous le verrons, plus qu'un mode de preuve.

qui sont émises dans notre thèse et la méthodologie que nous adoptons (I) et ensuite, les éléments épistémologiques sur lesquels notre analyse s'appuie (II).

## **I- Hypothèses et méthodologie**

Trois hypothèses générales sont émises dans le cadre de cette thèse consacrée à une brève histoire de l'aveu (A). La première considère que les systèmes de justice pénale des traditions inquisitoire et accusatoire ont intégré les aspects multifonctionnels et multidimensionnels de l'aveu que nous avons esquissés plus haut. La seconde hypothèse entend montrer que sous couvert de laïcisation et de sécularisation des procédures, l'aveu en matière pénale dans les deux systèmes contemporains de justice pénale analysés conserve son fondement chrétien. Enfin, la troisième hypothèse suppose que cette histoire de l'aveu sera l'occasion de vérifier que la procédure inquisitoire contemporaine est plus dédiée à la vérité que la procédure accusatoire en vigueur dans les principales juridictions de *common law*.

Avant d'aborder la question des outils méthodologiques que nous utilisons dans cette thèse (C), il nous paraît nécessaire de préciser au préalable, compte tenu du caractère polysémique de l'aveu, les définitions que nous entendons retenir dans cette thèse (B).

### **A. Hypothèses**

#### **1) Un aveu multifonctionnel et multidimensionnel**

D'entrée de jeu, nous considérons que l'institution de l'aveu a rempli et remplit plusieurs fonctions à l'intérieur comme à l'extérieur d'un système pénal. La pratique de l'aveu utilisée dans la procédure pénale, tant inquisitoire qu'accusatoire, a historiquement suivi et coexisté avec les autres pratiques institutionnalisées de l'aveu présentes dans le domaine philosophique mais aussi, et surtout, celles relevant de l'ordre normatif religieux. On peut attester de la co-pénétration des ordres normatifs juridique et religieux. On peut également observer d'autres pratiques de l'aveu en marge du processus pénal présentes notamment dans les sciences sociales et qui l'ont influencé.

## **2) Un aveu juridique enraciné dans le religieux et la philosophie**

Nous avançons que l'aveu configuré dans un système juridique de type accusatoire ou inquisitoire en Occident a été prédéterminé, codéterminé et parfois surdéterminé par la philosophie, par la religion et par des savoirs scientifiques récents. Notre étude, par conséquent, ne peut se limiter à une analyse juridique de l'aveu en examinant seulement ses règles originales et distinctives de réception ainsi que ses effets dans les traditions inquisitoires et accusatoires contemporaines. Notre question d'étude doit non seulement donner lieu à une analyse juridique de droit pénal comparé mais doit aussi privilégier une approche de type historique et favoriser une approche multidisciplinaire.

## **3) Un aveu judiciaire qui privilégie l'apparence de vérité sur la réelle véracité du récit dans la procédure accusatoire contemporaine**

Nous soutenons que si aucun système de justice pénale n'est réellement dédié à la vérité, la procédure inquisitoire semble toutefois plus préoccupée par la véracité de l'aveu que la procédure accusatoire. L'analyse de l'histoire de l'Inquisition nous apprend que dans le cadre des procédures d'enquête et de jugement mises en place, le pouvoir ecclésiastique était préoccupé par la vérité de savoir si l'accusé avait commis les actes reprochés, mais aussi par le souci d'en connaître davantage sur lui et même essayer de comprendre la ou les raisons de ses actes. Le juge inquisiteur assume à la fois les fonctions de juge et de confesseur<sup>24</sup>. Nous estimons que les nécessités de savoir mais aussi de comprendre animent encore le processus de découverte de la vérité dans la procédure inquisitoire. La procédure accusatoire est moins préoccupée par cette vérité sur le sujet à travers l'aveu, qui en dit plus sur l'accusé et son crime éventuel. Elle préfère, selon nous, fournir aux autorités de poursuite les outils qui leur permettent d'obtenir cette vérité dont est redevable l'accusé sous des apparences de spontanéité et de volontarisme<sup>25</sup>. Si nous voulions résumer la différence entre la procédure accusatoire de *common law* et la procédure inquisitoire en quelques mots, nous dirions que la

---

<sup>24</sup> Henry Charles Lea, *Histoire de l'Inquisition au Moyen-Âge*, traduit de l'anglais par Salomon Reinach, Paris, Robert Laffont, 2004 à la p 292.

<sup>25</sup> Peter Brooks, *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, Chicago, The University of Chicago Press, 2000, aux pp 65-87 [Brooks, *Troubling Confessions*].

première privilégie et se contente du « Faire dire et du dire » et la seconde, insiste sur le « Faire dire, le dire, pour le comprendre ».

## **B. Intégration du caractère polysémique de l'aveu**

Le terme « aveu » doit d'abord être précisé par rapport à la notion de « confession » terme qui apparaîtra également dans cette thèse (1). L'aveu doit à la fois être considéré comme une preuve et comme un outil autonome de procédure (2). Enfin, l'aveu doit aussi être compris comme un acte manifestant un pouvoir d'action d'une personne sur la vérité par la narration (3).

### **1) L'aveu ou la confession, des nuances sémantiques**

L'aveu ne peut être circonscrit dans une seule définition juridique ou réduit à un seul élément de preuve. Le terme de « confession » est préféré à celui de l'aveu en *common law*, avons-nous dit. Nous avons également souligné que d'un point de vue sémantique, nous pensons qu'il existe une nuance, une différence dans l'échange qui conduit à l'aveu ou à la confession. La nuance entre ces termes est utile à notre propos. Le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert<sup>26</sup> définit l'aveu comme étant l' « *action d'avouer, de confesser quelque chose, de reconnaître certains faits plus ou moins pénibles à révéler* ». Cette définition renvoie aussi à l'action de confesser. Le terme confession, dans ce même dictionnaire, est défini comme suit, « *déclaration que l'on fait de quelque chose, et spécialement d'une faute, d'une erreur que l'on a commise* ». Le lecteur est aussi renvoyé au terme aveu<sup>27</sup>. Il découle de ces deux définitions que le déclarant « *affirme quelque chose à propos de lui-même* »<sup>28</sup>. Finalement, et c'est ce que pense Michel Foucault, à tout le moins pour la notion d'aveu<sup>29</sup>, ces deux définitions nous renseignent peu sur l'acte même de déclarer. Le contenu de l'aveu semble porter sur une déclaration d'une chose par nature qui relève du

---

<sup>26</sup> Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du Nouveau Littré, 1960, *sub verbo* « aveu ».

<sup>27</sup> Nous verrons, cependant, que la jurisprudence criminelle canadienne utilise le terme confession dans le même sens que la jurisprudence française utilise le terme aveu.

<sup>28</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 4. Notons que Michel Foucault ne s'intéresse qu'à la définition de l'« aveu » et omet, volontairement ou non (nous ne savons pas), dans son analyse le terme « confession ».

<sup>29</sup> *Ibid.*

reproche mais, peut viser une déclaration des plus banales; « avouer quelque chose » comme « Oui! Je suis plombier ». Le contenu de la confession semble être similaire à celui de l’aveu.

Aussi, faut-il peut-être chercher notre réponse sur la nature et la portée de la nuance sémantique entre les termes d’aveu et de confession dans les conditions dans lesquelles ces déclarations ont été faites. La confession correspondrait, en fait, à un récit spontané aux termes duquel son auteur admet un comportement fautif, voire même une pensée coupable<sup>30</sup>. On y expose une vérité souvent cachée et intime, voire honteuse. Son initiative relèverait « *purement d’une décision du locuteur, son discours peut n’avoir guère de rapport avec ce qui le précède : il fournit aux auditeurs tout ce qui leur est nécessaire pour comprendre ce que le locuteur est en train de faire* »<sup>31</sup>. L’aveu, quant à lui, s’inscrirait plutôt dans le cadre d’un interrogatoire et serait la réponse à une accusation incluse dans une ou plusieurs questions<sup>32</sup>. L’aveu est certes l’action d’avouer, mais il est aussi l’action de reconnaître quelque chose. Il suppose au préalable soit une question, soit une affirmation émise de l’extérieur et pour laquelle le locuteur est sommé de se prononcer. L’aveu requiert alors une parole ou encore un geste d’assentiment (un hochement de la tête par exemple) et répond ainsi à une « *conception extérieure de la culpabilité* »<sup>33</sup>. Il revêt de la sorte un caractère davantage politique. La confession, au contraire, permet de déplacer « *les actes extérieurs vers les intentions* » dans le cadre d’un processus pouvant parfois être intériorisé afin de reconnaître l’infamie de sa faute<sup>34</sup>. La confession aurait alors une connotation plus philosophique ou spirituelle. Ces nuances expliquent peut-être l’usage qui est fait des termes aveu et confession en France, pays de tradition inquisitoire où le terme aveu est utilisé dans un cadre juridique et celui de confession, dans un cadre extra-juridique.

---

<sup>30</sup> Aloïs Hahn, « Contribution à la sociologie de la confession et autres formes institutionnalisées d’aveu : autothématisation et processus de civilisation » (1986) 62-63 Actes Rech Sci Soc 54 à la p 55.

<sup>31</sup> Jean-Marie Maradin, « Analyse des dimensions constitutives de l’aveu en réponse à une accusation » dans Renaud Dulong, dir, *L’aveu : Histoire, sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, 135 aux pp 135-36.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Hahn, *supra* note 30 à la p 54.

<sup>34</sup> *Ibid.*



Ces nuances sémantiques sont reconnues dans l'extrait mis en exergue au tout début de cette thèse. Les premières lignes de l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau<sup>35</sup> résument à merveille les particularités sémantiques de la confession et ce, dans un contexte littéraire. Il révèle des dimensions et des répercussions qui devraient nous aider à faire des distinctions intéressantes dans un contexte pénal. D'abord, la confession est présumée être faite dans un objectif de vérité du déclarant : « [...] *Je veux montrer à mes semblables un homme dans toute la vérité de sa nature; et cet homme ce sera moi* [...] »<sup>36</sup>. La confession et le locuteur sont ici identifiables et le locuteur s'inscrit dans une démarche de vérité. Mais, deux questions restent en suspens : quels sont les aspects de la vie du confessant qui sont « confessables » et de quelle vérité s'agit-il? Voilà des questions pour une première réflexion.

Le locuteur va ensuite relater un fait passé ce qui soulève « *une question épistémique, celle des conditions de sa vérité factuelle* »<sup>37</sup>. L'avouant a-t-il des problèmes de mémoire? Sa vérité est-elle exacte et complète?

L'aveu est susceptible d'emporter de graves conséquences. Dans ce cas-ci, il implique un jugement moral de la part de l'autorité ou de la personne qui le reçoit : « [...] *Que la trompette du Jugement dernier sonne quand elle voudra, je viendrai, ce livre à la main, me présenter devant le souverain juge* [...] »<sup>38</sup>. L'aveu entraîne toutefois des conséquences différentes selon que le jugement émane d'une autorité judiciaire, religieuse ou morale (jugement moral de la communauté sur l'avouant). L'avouant dira-t-il la même chose devant l'une ou l'autre de ces autorités? Voilà une autre question qui sera soumise à notre examen.

Enfin, l'aveu est instable et, par conséquent, incertain « [...] *Je n'ai rien tu de mauvais, rien ajouté de bon, et s'il m'est arrivé d'employer quelque ornement indifférent, ce n'a jamais été que pour remplir un vide occasionné par un défaut de mémoire* [...] »<sup>39</sup>. Outre les problèmes de mémoire de l'avouant pouvant affecter la véracité de l'aveu; l'aveu pourrait être

---

<sup>35</sup> Rousseau, *supra* note 1.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Maradin, *supra* note 31 à la p 135.

<sup>38</sup> Rousseau, *supra* note 1.

<sup>39</sup> *Ibid.*

falsifié, en particulier, s'il est effectué en réponse à une accusation<sup>40</sup>. Voilà une autre mise au point.

Le droit n'a toutefois pas fait cette distinction linguistique parce que l'aveu et la confession s'inscrivent généralement dans le contexte d'une relation de pouvoir entre l'avouant et la personne qui reçoit l'aveu ou la confession. Parfois, cette relation de pouvoir paraît plus diffuse et prend la forme de jeux de langage<sup>41</sup>. Parfois aussi, la confession, sous des apparences de déclaration spontanée, peut intervenir en réponse à des accusations. Nous pensons ici à l'œuvre de Saint Augustin, *Confessions*<sup>42</sup>, qui semble répondre aux rumeurs infamantes diffusées par ses adversaires sur la sincérité de sa conversion à la foi chrétienne<sup>43</sup>. Quelle qu'elle soit, la déclaration issue d'un aveu ou d'une confession semble relever, en tout état de cause, de l'obéissance à Dieu ou à un tiers, ayant figure d'autorité.

Ces expressions, aveu et confession, sont donc interchangeables en droit et nous utiliserons dans cette thèse de manière générique le terme aveu et même les expressions « aveu juridique » ou « aveu judiciaire » dans un contexte juridico-judiciaire, sauf lorsque les traditions procédurales abordées exigeront l'emploi différent des mots « aveu » ou « confession ». S'agissant des fonctions que l'aveu assume en dehors du droit et relevant par exemple des domaines de la religion, de la littérature ou des sciences, il nous arrivera de faire usage du terme aveu suivi de l'adjectif qui caractérise le domaine dont il relève. Ainsi, par exemple, nous utiliserons les expressions « aveu religieux » et « aveu littéraire ».

---

<sup>40</sup> Richard J Ofshe et Richard A Leo, « The Consequences of False Confessions : Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation » (1998) 88 J Crim L & Criminology 429; Richard J Ofshe et Richard A Leo, « The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action » (1997) 74 Denv UL Rev 979; Gisli H Gudjonsson et James A C MacKeith, « Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects » (1988) 28 Med Sci Law 187; Welsh S White, « False Confessions and the Constitution: Safeguards against Untrustworthy Confessions » (1997) 32 Harv CR-CLL Rev 105.

<sup>41</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 4-7.

<sup>42</sup> Saint Augustin, *Confessions*, traduction originale par Pierre Horay, traduit par Louis de Mondadon, coll « Points Sagesse », Paris, Seuil, 1982 [Saint Augustin, *Confessions*].

<sup>43</sup> Jean-Yves Tilliette, « Saint Augustin entre Moïse et Jean-Jacques? L'aveu dans les confessions » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 147 [*Actes de la table ronde de Rome*].

## 2) L'aveu, un moyen de preuve, une pièce autonome de procédure

L'aveu du suspect, de l'inculpé ou de l'accusé à titre de preuve, de pièce de procédure ou de moyen pour parvenir à la vérité sur des faits criminels constitue un enjeu majeur de la procédure pénale et peut être envisagé comme étant le point de tension et d'intensité dramatique de tous les enjeux de vérité et de justice d'un système pénal. Reconstituer la vérité et rendre la justice au moyen de l'aveu de l'inculpé ont déterminé, transformé (encore aujourd'hui<sup>44</sup>) et parfois provoqué la dérive d'un système pénal. L'histoire des systèmes inquisitoire et accusatoire offre de nombreux exemples d'injustice et d'erreurs judiciaires résultant des abus du recours à l'aveu à titre de preuve. De tous les moyens de preuve et sans égard à la nature accusatoire ou inquisitoire du système pénal, l'aveu est, à la fois, le moyen jugé le plus efficace mais, aussi, le plus dangereux de reconstitution de la vérité et de la détermination de la culpabilité de l'accusé dans la procédure pénale. Efficace, car s'agissant d'une révélation unilatérale du suspect ou de l'accusé contre son intérêt, l'aveu serait alors doté d'une force probante absolue. Mais dangereux, car il peut également signifier la capitulation de l'accusé face à son interrogateur en raison d'une torture physique ou morale. Sa force probante ne serait donc pas si certaine<sup>45</sup>.

## 3) L'aveu, un régime de véridiction

Comme le souligne Michel Foucault, le droit et la religion ont en commun une volonté de « *lier l'individu à sa vérité, par sa vérité, et par l'énonciation par lui de sa propre vérité* »<sup>46</sup>. La recherche de « *cette étrange vérité* »<sup>47</sup> se distingue de la vérité scientifique où l'on cherche sa réponse dans d'autres segments de connaissances, comme la physique, les sciences de la vie, l'économie, etc. Pour lier l'individu à sa vérité cependant, encore faut-il que son aveu soit vrai. Se pose alors la question de savoir comment procéder à la vérification de cette vérité. Il faut donc distinguer deux choses : la parole ou l'assertion, d'un côté, qui est

---

<sup>44</sup> Joseph D Grano, *Confessions, Truth and the Law*, Ann Arbor (Mich), University of Michigan Press, 1996 [Grano, *Confessions*]; Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14.

<sup>45</sup> Maradin, *supra* note 31 aux pp 135-79.

<sup>46</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 8.

<sup>47</sup> *Ibid.*

presque secondaire malgré l'importance de son contenu et, de l'autre, le processus de production de cette assertion, « *l'acte de dire vrai, la véridiction* »<sup>48</sup>.

L'aveu constitue une pratique (un rituel) de vérité. Il produit une vérité chez le locuteur lui-même, une vérité sur « soi », mais aussi une vérité sur le locuteur, dès lors que l'aveu est verbalisé. En cela, l'aveu constitue lui-même un régime de véridiction qui, comme nous allons le voir ci-après, s'inscrit dans un modèle plus large, juridique ou autre, de reconstitution de la vérité<sup>49</sup>.

### **C. Méthodologie : Une analyse historique, multidisciplinaire et de droit pénal comparé**

L'histoire de l'aveu dans la tradition juridique occidentale constituera le fil conducteur de notre thèse à laquelle nous ajoutons au fur et à mesure des réflexions sur l'aveu issues d'autres disciplines. Ces réflexions multidisciplinaires sont associées à la démarche historique et accompagnent l'analyse de droit comparé. L'aveu juridique ne peut se comprendre que dans le cadre d'un récit historique et le droit qui le concerne ne peut vraiment s'apprécier qu'avec l'apport des connaissances extérieures au droit. La diversification des traditions juridiques occidentales exige également une analyse de droit pénal comparé.

#### **1) Une histoire chronologique et une méthodologie fondée sur des repères historico-épistémologiques des pratiques institutionnalisées de l'aveu**

La thèse est structurée en adoptant une démarche historique et chronologique. Le plan de notre thèse est lié à des périodes importantes de l'histoire contribuant au développement du droit relatif à l'aveu. Nous avons, en effet, identifié des repères historico-épistémologiques qui expliquent les sens et les conceptions diverses de l'aveu dans les traditions juridiques occidentales. Notre démarche est presque généalogique. Elle s'inscrit dans la mouvance de la méthode foucauldienne construite autour d'une « archéologie » des savoirs et d'une historicité des discours<sup>50</sup>. Il ne s'agit pas de répéter entièrement l'analyse de Michel Foucault sur le « *mal*

---

<sup>48</sup> *Ibid* à la p 9.

<sup>49</sup> Voir les développements de la partie II, A), 1) de cette introduction aux pages 18-19.

<sup>50</sup> Michel Foucault, *L'archéologie des savoirs*, Paris, Gallimard, 1969 [Foucault, *Archéologie*].

*faire* » et le « *dire vrai* »<sup>51</sup>. Mais son idée d'« *une histoire de l'aveu comme forme de lien et de rapport entre vérité et juridiction* » nous intéressera principalement<sup>52</sup>. Michel Foucault limite, en outre, son examen de l'aveu « *comme simple pièce de procédure* »<sup>53</sup> principalement à trois moments clés de l'histoire occidentale : l'Antiquité avec le droit grec, le Haut Moyen-Âge (IV<sup>ème</sup> - VII<sup>ème</sup> siècle) et le monde moderne (XIX<sup>ème</sup> -XX<sup>ème</sup> siècle). Nous allons au-delà de cette analyse afin de tenir compte de paramètres historiques et juridiques complémentaires, indispensables pour la compréhension de la place et de la portée de l'aveu dans les deux traditions juridiques que nous étudions.

L'aveu, comme expression de la vérité dans un rapport du déclarant à lui-même, prend également une dimension éthique; le sujet « *va regarder son acte à distance* »<sup>54</sup> et probablement chercher à retisser le lien social et tenter de réintégrer la communauté, en révélant son acte fautif ou sa pensée coupable<sup>55</sup>. L'aveu dans ses aspects éthiques, moraux et sociaux sera examiné et les travaux de Michel Foucault sont ici indispensables.

Mais l'examen de l'aveu comme pièce de procédure doit aussi passer par l'étude de la procédure pénale dans laquelle il est utilisé. Par exemple, l'aveu a-t-il été fait à l'intérieur ou à l'extérieur de la procédure judiciaire? Il importe aussi d'étudier les formes et les structures historiques du procès pénal dans la tradition occidentale, leur diversification en procédure inquisitoire et accusatoire ainsi que leurs liens de dépendance avec le pouvoir politique et celui, plus philosophique, de la vérité<sup>56</sup>.

Michel Foucault reconnaît idéalement que l'analyse de l'aveu comme rapport entre vérité et juridiction doit pouvoir « *être retracé des origines jusqu'à maintenant* »<sup>57</sup>. Les trois périodes historiques choisies par Michel Foucault ne rendent pas entièrement compte de la véritable historicité de l'aveu et, surtout de ses multiples retours et réinterprétations dans

---

<sup>51</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14.

<sup>52</sup> *Ibid* à la p 19.

<sup>53</sup> *Ibid*.

<sup>54</sup> Bruno-Marie Duffé, « La sollicitation de l'altérité » dans Dulong, *supra* note 31, 258 aux pp 258-68.

<sup>55</sup> Alan Montefiore, « La fonction du récit personnel » dans Dulong, *supra* note 31, 269 aux pp 269-82.

<sup>56</sup> Salas, *Procès*, *supra* note 6 aux pp 15-21.

<sup>57</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 19.

l'ordre juridique et judiciaire. Des historiens, à l'exception notable de Paul Veyne<sup>58</sup>, ont critiqué les découpages historiques ou moments-clés retenus par Michel Foucault. Mais, nous comprenons que ses thèmes de discontinuité, de rupture ou de saut pouvaient justifier sa sélection. Foucault justifiait ainsi son mode de pensée de la manière suivante : une « *certaine continuité objective* », « *un lieu où l'identité et la cohérence ne sont garanties que par le changement; un lieu où la seule continuité possible est celle d'une discontinuité [...] vécue en positif comme la seule possibilité de redéfinir le sujet de son "incessante mobilité", comme processus continu de modification* »<sup>59</sup>. Cette identification de points de repère de la discontinuité ou points de rupture peut se justifier dans le cadre de cette étude. Mais, dans notre thèse, nous évoquons que la continuité peut également signifier le changement. En adoptant cette approche continue et discontinue dans notre étude historique de l'aveu, des origines de la civilisation occidentale à nos jours, il sera possible de comprendre à la fois l'évolution continue de ce concept en droit et d'identifier les points de ruptures que l'institution de l'aveu a pu connaître dans les systèmes de droit inquisitoire et accusatoire. Puisque nous venons de faire référence à Paul Veyne, notre étude s'inspirera de sa méthode qui consiste à examiner ce qu'ont été les pratiques de l'aveu, « *ce qu'a été le faire* »<sup>60</sup>. Mieux on rendra compte de « *ce qu'à été le faire* » de l'aveu, mieux on comprendra la continuité de ses transformations dans le droit pénal.

## **2) Perspectives multidisciplinaires**

Les cadres procéduraux et judiciaires dans lesquels l'aveu a été un moyen de parvenir à la vérité et à la culpabilité des accusés sont analysés avec les apports d'autres domaines du savoir; ceux de la philosophie, de l'anthropologie, de la théologie, de la sociologie et la politique. Ces disciplines, en plus de l'histoire, contribuent à une meilleure compréhension des formes différentes d'expression de l'aveu dans les systèmes juridiques et les institutions judiciaires. Ces apports sont utiles pour comprendre les sens multiples de l'aveu mais, surtout,

---

<sup>58</sup> Paul Veyne, *Foucault, sa pensée, sa personne*, Paris, Albin Michel, 2008; Paul Veyne, *Foucault révolutionne l'histoire*, coll « Points Histoire », Paris, Seuil, 1978.

<sup>59</sup> Judith Revel, *Foucault, une pensée du discontinu*, Paris, Mille et une nuit, 2005 aux pp 41-42.

<sup>60</sup> Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, coll « Points Histoire », Paris, Seuil, 1978 à la p 403.

pour saisir les constructions idéologiques, politiques, morales, rationnelles et scientifiques faites autour de l'aveu.

### **3) L'aveu, une analyse de droit pénal comparé avec les exemples du droit français, du droit anglais, du droit américain et du droit canadien**

Cette étude va donner lieu à une analyse juridique de l'aveu dans la tradition continentale dominée par la procédure pénale inquisitoire et dans le système accusatoire se manifestant dans la tradition de *common law* anglaise et nord-américaine. Nous prenons comme exemples d'aboutissement les droits français et canadien contemporains en examinant l'aveu tel qu'il a évolué dans leur contexte historique réciproque. Leurs différences et leurs similitudes sont étudiées.

Ces deux modèles procéduraux ont une configuration différente aujourd'hui mais véhiculent des valeurs communes en raison d'un même héritage. Leur héritage commun est d'abord grec; c'est le début de la science et de la pensée philosophique en Occident. Rome assimile les connaissances grecques et lègue au monde occidental une science du droit. Le deuxième héritage commun est celui de la chrétienté dont les racines sont bibliques et juives. La tradition pénale occidentale est donc fondée sur une double tradition, « gréco-romaine » et « judéo-chrétienne ». Ces influences ne s'arrêteront pas aux frontières de l'Europe<sup>61</sup>. L'organisation procédurale de la justice du Moyen-Âge européen se construira discrètement sur ces fondations qui redeviendront plus apparentes à la Renaissance mais qui apparaîtront dès le XIII<sup>ème</sup> siècle. La réception qui sera faite par la France et l'Angleterre à l'interdiction faite aux clercs de l'Église de participer aux ordalies par le Concile oecuménique de Latran IV, en 1215, marquent, en effet, un point de rupture dans la procédure pénale de ces deux pays.

Si la Réforme (XVI<sup>ème</sup> siècle) met fin à l'unité de la religion chrétienne en Occident, cela n'entraîne pas la disparition de cet héritage commun dans l'organisation de la justice.

---

<sup>61</sup> William H McNeill, *The Rise of the West: A History of Human Community*, Chicago, The University of Chicago Press, 1963. Voir aussi Niall Ferguson, *Civilization: The West and the Rest*, New York, The Penguin Press, 2011. Voir notamment Jacques Pirenne, *Les grands courants de l'histoire universelle*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Albin Michel, 1947.

L'absolutisme monarchique<sup>62</sup>, cet art de gouverner fondé sur l'autorité Divine, donne lieu à des réformes importantes de la justice criminelle tant en France<sup>63</sup> qu'en Angleterre<sup>64</sup>. Certaines d'entre elles tentent malgré tout de limiter les abus et l'arbitraire du pouvoir judiciaire dans le recours à l'aveu dans leur régime procédural respectif.

Les XVIII<sup>ième</sup> et XIX<sup>ième</sup> siècles donnent lieu à des révolutions politiques qui n'ont pas épargné les espaces juridique et judiciaire. Ces siècles de réformes du droit pénal en Europe président à la naissance du droit pénal moderne<sup>65</sup>. Si la *common law* d'Angleterre, inspirée par la doctrine utilitariste, penche vers plus de sévérité, la philosophie des Lumières jugée trop généreuse n'a pas d'impact majeur immédiat sur le système pénal continental. On assiste toutefois à un adoucissement de la répression au milieu du XIX<sup>ième</sup> siècle. La science entre dans le droit pénal par la doctrine positiviste. On privilégie alors le traitement personnalisé du délinquant et on s'oriente davantage vers une philosophie de prévention du crime. La torture disparaît de la pratique pénale. La France abolit le système des preuves légales dans lequel s'inscrivait l'aveu. L'Angleterre développe des règles sur la fiabilité de l'aveu comme moyen de preuve. Mais, l'effet probant de l'aveu ne perd pas de sa force et de son importance dans l'issue de la procédure. Il demeure, en effet, décisif pour au moins deux raisons. Il constitue avant tout une reconnaissance de la violation de la loi entendue, ici, comme émanation de la volonté collective. Puis, selon Michel Foucault, en avouant, le déclarant se punit lui-même, par l'intermédiaire d'un tribunal chargé d'appliquer la loi qui est elle-même le fruit de la volonté personnelle de l'avouant tout comme de celle d'autrui<sup>66</sup>. En cela, l'aveu remédie à une incertitude, facilite le verdict et emporte des répercussions sur la peine.

---

<sup>62</sup> Nicolas Le Roux, *Le roi, la cour, l'État : De la Renaissance à l'Absolutisme*, Paris, Champ Vallon Editions, 2013.

<sup>63</sup> Marc Boulanger, « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance criminelle d'août 1670 » (2000) 47:1 R Hist Moderne 7 aux pp 7-36.

<sup>64</sup> John H Langbein, Renée Lettow Lerner et Bruce P Smith, *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York, Aspen, 2009 [Langbein, Lerner et Smith, *History*]. Voir aussi John H Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1974 [Langbein, *Prosecuting Crime*].

<sup>65</sup> Voir Jean Royer, *Histoire de la justice en France : du XVIII<sup>ième</sup> siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001 aux pp 180 et s; Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law*, vol 1, Londres, Pilgrim Trust, 1948.

<sup>66</sup> Michel Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 207.



Dans la tradition inquisitoire, le prononcé de la peine intervient au même moment que le verdict de culpabilité. Dans les systèmes de *common law*, ces étapes procédurales sont scindées. Nous émettons l'hypothèse, rappelons-le, que dans la procédure inquisitoire, la véracité de l'aveu est l'objet d'une attention plus poussée que dans la procédure accusatoire. Nous alléguons également que l'aveu a un impact d'atténuation de la peine plus important dans la tradition inquisitoire que dans la tradition de *common law*.

Le juge inquisitoire qui doit se prononcer en même temps sur la responsabilité pénale de l'accusé et sur la peine doit, non seulement apprécier la véracité de l'aveu mais aussi tenter de le comprendre. Cette compréhension est généralement fondée sur l'enquête de personnalité de l'accusé afin de saisir le sens de son acte criminel, mais aussi sa pensée intériorisée, ses motivations. Une enquête fusionnée de véridiction des faits et de compréhension de l'accusé favoriserait à la fois le verdict de culpabilité et un commencement de pardon. Dans la procédure accusatoire, le juge de *common law*, apprécie l'aveu-confession à partir de ses conditions externes d'obtention pour déterminer de son admissibilité en preuve aux fins du verdict. Un doute raisonnable suffit à l'exclure comme élément de preuve de la culpabilité de l'accusé. Le juge n'a pas à s'interroger sur le sens de cet aveu. Il en analysera la fiabilité avec peu d'outils accessoires. Lors du prononcé de la peine, une phase distincte du procès, la confession aura peu d'impact atténuant parce que son utilité a déjà opéré à l'étape du jugement. Comme tel, on ne lui donnera pas un effet automatique de pardon à l'étape de la sentence. Bien entendu, il faudra nuancer cette affirmation lorsque la confession s'exprime en un plaidoyer de culpabilité dans le système accusatoire.

Offrons dans cette introduction un début d'explication sur les règles entourant la réception de l'aveu dans la tradition de *common law*. Il faut savoir que dans cette tradition, l'admission de l'aveu en preuve est quadrillée par des règles d'admissibilité qui concernent essentiellement ses conditions d'obtention. Ces règles fonctionnent de façon préliminaire; le juge du procès agissant comme arbitre du droit et de la procédure. Cet examen préliminaire n'implique pas l'examen de la véracité de l'aveu. Le juge doit seulement conclure que l'aveu est vraisemblable si le processus de véridiction a été respecté. Si l'aveu devient un élément de preuve, son effet incriminant sur la culpabilité sera apprécié par le jury.

Dans la tradition accusatoire, il y a donc lieu de distinguer la vérité de la parole, en réalité le contenu de l'aveu, et son enveloppe qui permet de contrôler la vraisemblance du récit. On rattache donc la véracité de l'aveu non à l'individu lui-même mais à son contexte extérieur et aux interactions du suspect avec d'autres individus, eux en quête de vérité. Cette approche rappelle la conception « extérieure » de la culpabilité qui avait cours au Haut Moyen-Âge<sup>67</sup>. « *Ce sont les obligations et infractions extérieures qui se trouvent au centre de l'attention éthique* » durant cette période, rapporte Aloïs Hahn<sup>68</sup>. Celui-ci s'appuie sur les travaux de Jacques Le Goff qui a clairement montré que les hommes, à cette époque, étaient jugés sur leurs actes (et notamment leurs métiers) et non sur leurs sentiments<sup>69</sup>. L'Église s'est, dans un premier temps, emparée de cette extériorité en imposant au péché que l'on ne connaissait que sous sa forme extériorisée, un acte de pénitence correspondant à une réparation extérieure, plus importante parfois que la faute confessée<sup>70</sup>. L'Église s'intéresse alors davantage au péché qu'au pécheur lui-même. Elle opérera cependant un transfert d'objet au XII<sup>ième</sup>-XIII<sup>ième</sup> siècle, en redonnant une valeur aux pratiques pénitentielles de l'Antiquité tardive, en essayant de pénétrer la pensée des pécheurs. Cette nouvelle pratique ne pénètre pas le système accusatoire. À l'inverse, la tradition inquisitoire l'accueille avec beaucoup de souplesse. Nous avons ici un bel exemple d'intégration et de réinterprétation de l'aveu dans les procédures inquisitoire et accusatoire de *common law*, qui renvoie à un modèle de vérité très ancien qui existait au sein d'une autre pratique institutionnelle, religieuse celle-ci.

L'aveu, dans un contexte de justice moderne, n'est pas seulement le résultat d'une histoire du droit et d'une tradition juridique, il est aussi le résultat d'une combinaison de modèles normatifs et de pratiques institutionnelles qui ont existé, se sont développés en dehors du droit, qui ont pénétré les systèmes juridiques occidentaux et ont influencé le droit, dont il convient d'esquisser maintenant les grands traits.

---

<sup>67</sup> Hahn, *supra* note 30 à la p 55.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Jacques Le Goff, *Pour un autre Moyen-Âge : Temps, travail et culture en Occident : 18 essais*, Paris, Gallimard, 1977 à la p 167 [Le Goff, *Pour un autre Moyen-Âge*].

<sup>70</sup> Hahn, *supra* note 30 à la p 56.

## **II- Présentation d'éléments épistémologiques de notre étude**

Dans cette introduction générale, nous présentons les systèmes juridiques accusatoire et inquisitoire comme des modèles de recherche et de reconstitution de la vérité, l'aveu constituant une pièce maitresse des modèles (A). Le modèle juridique implique également des acteurs dans le système qui ont un statut et des fonctions précises dans l'obtention des aveux. Leurs pratiques entourant l'obtention d'aveux font partie de nos éléments d'analyse. Le modèle juridico-judiciaire de reconstitution de la vérité peut également être contrasté avec d'autres modèles structurés de recherche de la vérité : le « modèle religieux » et le « modèle scientifique ». L'aveu était déjà un archétype d'un discours religieux, il est devenu un archétype du discours juridique; il devient aujourd'hui un archétype d'un discours scientifique (B). Ceux-ci serviront de références épistémologiques dans cette étude sur l'aveu.

### **A. Les modèles juridico-judiciaires de reconstitution de la vérité et l'aveu**

L'aveu (ou la confession), à titre de pièce maitresse d'un système procédural de vérité et de justice a subi de multiples métamorphoses au cours de l'histoire du droit pénal. On peut même dire que le phénomène de l'aveu a engendré un discours juridique complexe sur sa « vérité ».

Nos traditions juridiques occidentales connaissent deux manières différentes de contrôler le rituel de production de l'aveu, selon que l'on se trouve dans un modèle accusatoire ou inquisitoire.

#### **1) Une analyse des modèles juridico-judiciaires à l'aide des acteurs de justice**

Au cours de cette étude, l'aveu est analysé sous l'angle de la procédure pénale et des règles de preuve qui l'encadrent. Il est également examiné à travers les figures et les acteurs, existants ou qui ont existé, de la procédure pénale, par exemple, le juge représentant l'autorité, la poursuite portant l'accusation (et également sujet d'autorité), la victime qui veut que justice soit rendue ou simplement connaître la vérité et enfin, l'accusé. Le procès sera abordé selon les modèles qui ont prévalu aux cours de l'histoire de la tradition juridique occidentale, qu'ils soient contradictoire, accusatoire ou encore inquisitoire. Les acteurs sont souvent ceux qui

créent des pratiques dans le système avant que le droit ne les reconnaisse officiellement. En examinant les acteurs d'un modèle, cela permet de décrire de façon dynamique, réaliste et pratique le système dans lequel s'insère l'aveu. Le développement de pratiques qui s'institutionnalisent au sein de la procédure pénale est le symptôme de leurs transformations sans qu'il n'y ait nécessairement rupture de la continuité historique de la procédure pénale.

Même si ces modèles méritent des développements ultérieurs plus approfondis dans le corps de notre thèse, il convient, dès maintenant, de distinguer à grands traits les procédures accusatoire et inquisitoire et de présenter, tout aussi succinctement, les réceptions respectives de l'aveu dans ces systèmes procéduraux contemporains.

## **2) Procédure accusatoire et procédure inquisitoire : quelques traits distinctifs**

Dans une version simplifiée, la procédure accusatoire (par exemple canadienne) est fondée sur la position philosophique suivante : tout être humain a droit à la liberté, à la sécurité et à la dignité de sa personne; l'accusé d'un crime ne peut par conséquent être privé de sa liberté pour un crime que lors d'une procédure respectueuse de principes de justice fondamentale. L'accusé ne peut voir son intégrité violée et sa dignité dégradée dans un processus policier et judiciaire de découverte de la vérité qui serait considéré comme inhumain ou avilissant. Le ministère public ne peut rechercher des indices et des preuves émanant de l'inculpé dans l'irrespect de ses droits fondamentaux. L'aveu constitue une preuve de cette nature. Dans le cadre d'une procédure judiciaire dont l'issue est l'innocence ou la culpabilité de l'inculpé, l'accusé d'un crime a également droit à la présomption d'innocence et jouit de l'avantage de l'incontraignabilité<sup>71</sup> ainsi que du principe de non incrimination. Par conséquent, la procédure ne peut être organisée de manière à mettre en péril cette posture initiale de l'inculpé dans le procès. La poursuite assume l'obligation de rechercher les preuves incriminantes sans enfreindre ces principes. Le ministère public assume entièrement le fardeau de présentation de la preuve et doit persuader le juge des faits de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable sans requérir l'assistance ou la collaboration forcée de l'accusé dans

---

<sup>71</sup> Voir par ex au Canada, *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 3 (ci-après « LP »).

son propre procès<sup>72</sup>. La Cour suprême du Canada s'est fait le chantre à plusieurs reprises de la présomption d'innocence. À titre d'exemple, le juge Lamer dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Dubois c La Reine*, souligne que le droit à la présomption d'innocence oblige le ministère public à présenter une preuve complète afin de prouver la culpabilité du contrevenant hors de tout doute raisonnable<sup>73</sup>. La preuve, imposée au ministère public, doit être établie au complet sans attendre une réaction, une réplique ou encore un témoignage de l'accusé. De la présomption d'innocence découle le droit au silence de l'inculpé dans la procédure. Cette posture initiale ne l'oblige pas à réagir ou à témoigner et il peut rester passif dans son propre procès<sup>74</sup>.

Le procès dans le système accusatoire se déroule conformément à une théorie dite « adversaire » (« *adversary* ») de présentation des preuves<sup>75</sup> et donne lieu à une discussion dialectique et contradictoire de chacun des éléments de preuve. Le système adversaire constitue une confrontation de deux argumentaires, « *a regulated story telling contest between champions of competing, interpretive stories* »<sup>76</sup>. La poursuite et la défense ont respectivement le droit de contester et de contredire les preuves de leur adversaire, le juge étant un arbitre passif et impartial sans initiative personnelle dans la présentation des preuves. Son rôle tient essentiellement dans le contrôle du respect des règles de preuve et de procédure par les adversaires.

---

<sup>72</sup> Abraham S Goldstein, « Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure » (1974) 26 Stan L Rev 1009 à la p 1017; David M Paciocco, « Understanding the Accusatorial System » (2010) 14 Can Crim L Rev 307.

<sup>73</sup> *Dubois c La Reine*, [1985] 2 RCS 350 aux pp 9-11.

<sup>74</sup> Le juge Lamer a précisé plus tard que « *le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui...* » C'est le principe de la « *preuve complète* ». Je fais remarquer que ce principe, « *est sans doute mieux décrit [...] par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et des libertés* », *R c P (MB)*, [1994] 1 RCS 555, remarques qu'il confirmera dans *R c S (RJ)*, [1995] 1 RCS 451.

<sup>75</sup> Mirjan Damaska, « Adversary system » dans *Encyclopedia of crime and Justice*, 2<sup>e</sup> éd par Joshua Dressler, New York, Macmillan Reference, 2002, 25.

<sup>76</sup> Gary Goodpaster, « On the theory of American adversary criminal trial » (1987) 78 J Crim L & Criminology 118 à la p 120.

Dans la procédure inquisitoire<sup>77</sup>, dans sa forme d'origine, l'État, avant l'étape du procès, a le droit de rechercher des déclarations émanant du suspect, celui-ci étant obligé de se soumettre à l'interrogatoire de police ou du juge d'instruction sans être assermenté. Lors de la phase du procès, le juge, en véritable inquisiteur, conduit personnellement l'instruction factuelle et juridique du dossier de preuves pertinentes constitué avant procès. Le procès participe plus de l'enquête ou de l'instruction, que d'un affrontement de thèses des parties. Le juge instruit à charge et à décharge et il peut également contraindre l'accusé à témoigner dans son propre procès. L'accusé contraint de répondre n'est pas assermenté et, à la limite, il peut mentir effrontément et impunément. Le modèle inquisitoire original (français par exemple) est conçu avec la prémisse d'un État fort, qui confie les pouvoirs de rechercher la vérité et de rendre la justice à une seule personne, le juge, qui cumule des pouvoirs d'enquête et de juridiction<sup>78</sup>. Autre caractéristique de ce système inquisitoire initial, l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir politique est plus réduite. Dans la forme originelle du système inquisitoire, le juge recherchait dans une phase préparatoire écrite, un aveu « *qui signe son adhésion au mythe idéologique fondateur* » de l'État<sup>79</sup>. Cette preuve a eu une force légitimante sur le pouvoir qui l'obtient. L'accusé en violation de son contrat social est alors perçu comme le porteur d'un mal qu'il faut absolument purger. Le système inquisitoire moderne reste déterminé par cette préoccupation d'obtenir un aveu dans le dossier de preuves à charge avant que le procès ne commence.

Les deux traditions accusatoire et inquisitoire endossent aujourd'hui des principes communs qui les rendent moins excessifs dans leurs différences, qui tendent à faire une répartition équilibrée des pouvoirs entre les parties, à promouvoir un procès public et équitable devant un tribunal indépendant et impartial et, enfin, à exiger une culpabilité légalement établie<sup>80</sup>. Des réformes timides à partir du XVI<sup>ième</sup> siècle, plus affirmées au XVIII<sup>ième</sup> siècle<sup>81</sup>,

---

<sup>77</sup> Voir pour une définition différente de l'accusatoire et de l'inquisitoire, Pierre Béliveau et Jean Pradel, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 aux pp 1-2.

<sup>78</sup> Salas, *Procès*, *supra* note 6 à la p 46.

<sup>79</sup> *Ibid* à la p 48.

<sup>80</sup> Ces critères sont d'ailleurs repris à l'article 6 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, à la p 233 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [CEDH] : « Article 6 – Droit à un procès équitable »

ont fait en sorte que les formes modernes des systèmes accusatoire et inquisitoire sont devenues le fruit, pour reprendre l'expression de Denis Salas, d'une combinaison de modèles<sup>82</sup>.

### 3) La notion de « modèle » de reconstitution de la vérité

Dès qu'on analyse un système pénal, en particulier avec le concept de « modèle », on ne limite pas l'étude du système à la seule phase du procès, on l'examine en entier pour le qualifier d'accusatoire ou d'inquisitoire. Denis Salas a raison, les systèmes pénaux contemporains sont plus hybridés qu'on veuille généralement l'affirmer. Ils empruntent des caractéristiques des modèles accusatoire et inquisitoire.

Ainsi, pour faire une image choc, le système de justice criminelle « anglo-américain » n'est pas purement accusatoire. Une célèbre décision de la Cour suprême des États-Unis, *McNeil v. Wisconsin*, précise même que le système américain « *is, and has always been, an*

- 
- 1 *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.*
  - 2 *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.*
  - 3 *Tout accusé a droit notamment à :*
    - a *être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;*
    - b *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;*
    - c *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;*
    - d *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;*
    - e *se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »*

<sup>81</sup> Voir par ex Antoine Astaing, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle), audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999; Langbein, *Origins*, supra note 6.

<sup>82</sup> Salas, *Procès*, supra note 6 aux pp 99 et s.

*inquisitorial one at the investigatory stage* »<sup>83</sup>. S'il est vrai que l'État supporte seul et exclusivement le fardeau de preuve de la culpabilité de l'accusé et qu'il ne peut contraindre l'accusé à témoigner contre son gré à l'étape du procès, il existe des situations où le suspect doit se soumettre à des obligations dans le cadre de l'enquête qui consistent à obtenir des preuves incriminantes venant de lui et contre son gré. L'alignement du ou des suspects avec d'autres personnes au poste de police pour des fins d'identification est une pratique répandue dans des juridictions de *common law*<sup>84</sup>. Autre exemple, au Canada, un agent de la paix qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a dans son organisme de l'alcool ou de la drogue et que, dans les trois heures précédentes, elle a conduit un véhicule, peut lui ordonner de fournir immédiatement un échantillon d'haleine<sup>85</sup>. Également, la personne arrêtée doit se soumettre à la prise d'empreintes digitales<sup>86</sup>. En droit canadien, il existe aussi un principe suivant lequel la défense d'alibi doit être communiquée au ministère public avant le procès, règle très ancienne en *common law*<sup>87</sup>. Ces quelques exemples montrent que les pays de *common law* ne peuvent aujourd'hui prétendre que leur système juridique est purement accusatoire et adversaire.

On peut dire la même chose du système pénal français actuel. Il n'est plus parfaitement et complètement inquisitoire. Le respect de l'équité procédurale et le principe de l'égalité des armes, lors de la phase du procès, lui ont conféré des caractéristiques du système accusatoire et contradictoire.

---

<sup>83</sup> *McNeil v Wisconsin*, 500 US 171 à la p 181 (1991).

<sup>84</sup> Voir par ex *United States v Wade*, 388 US 218 (1967) (Dans cet arrêt, la Cour Suprême a déterminé que la règle de l'auto-incrimination (et le V<sup>ième</sup> Amendement de la Constitution américaine) ne s'appliquait pas au « *lineup* » puisqu'en procédant à l'alignement l'individu ne « témoigne » pas. Ce faisant, un policier peut contraindre un individu en état d'arrestation à participer à un alignement. A contrario, un policier ne pourra pas forcer la participation d'un individu qui n'est pas en état d'arrestation. Cependant, ce même arrêt précise que l'individu a droit à ce que son avocat soit présent pendant l'alignement, lui refuser ce droit aurait pour conséquence l'exclusion de la preuve résultant de cette procédure.

<sup>85</sup> *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 254.2(b) (ci-après le « C.cr. »).

<sup>86</sup> *Loi sur l'identification des criminels*, LRC 1985, c I-1, art 2.

<sup>87</sup> R c Cleghorn, [1995] 3 RCS 175 aux para 3 et s.



#### 4) La place de la vérité dans la procédure pénale

Autre considération épistémologique, on parle de systèmes juridico-judiciaires comme des modèles de recherche et de découverte de la vérité. Inévitablement, la place faite à la vérité dans la procédure accusatoire et inquisitoire fait l'objet de nos réflexions. Sans contredit c'est un objectif crucial, mais un objectif à réconcilier avec celui de rendre la justice à l'échelle individuelle. Tout système de justice est appelé à pondérer des intérêts, ceux de la société et ceux de l'accusé, ces derniers devant primer<sup>88</sup>. Cette question revient souvent dans la littérature des pays de *common law*<sup>89</sup>. Elle ne semble pas constituer une question aussi débattue dans la littérature des pays de tradition inquisitoire. La discussion existe mais la question est traitée de manière plus ontologique que pragmatique comme dans la littérature de *common law*<sup>90</sup>. La place accordée à la vérité est au cœur de notre thèse sur l'aveu. Cette question générale de la vérité de l'aveu engendre bien des sous-questions : comment vérifier et apprécier la véracité de l'aveu? Avec quelle méthode, selon quels critères? Certains prétendent que l'abondance des règles et des formalités régissant l'aveu, plus importantes dans le système accusatoire nuit à l'appréciation véritable de la preuve, alors que d'autres soutiennent que cette abondance permet de s'approcher davantage de la vérité. Qui sera le décideur pour apprécier la vérité de l'aveu? Un juge profane comme dans la tradition de *common law*, ou un juge professionnel, à la fois expert de l'enquête et du jugement comme dans la tradition inquisitoire?

---

<sup>88</sup> Ronald J Allen, « Truth and its Rivals » (1998) 49 Hastings LJ 310; Mirjan Damaska, « Truth in Adjudication » (1998) 49 Hastings LJ 49 à la p 289; David M Paciocco, « Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof » (2001) 80 R du B can 433; David M Paciocco, « Balancing the Rights of the Individuals and Society in Matter of Truth and Proof: Part II Evidence About Innocence » (2002) 81 R du B can 39; Thomas L Steffen, « Truth as a Second Fiddle: Reevaluating the Place of Truth in the Adversarial Trial Ensemble » (1988) 4 Utah L Rev 799.

<sup>89</sup> William T Pizzi, *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York, NYU Press, 1999; Tom Stacy, « The Search for Truth in the Constitutional Criminal Procedure » (1991) 91 Colum L Rev 1360; John D Jackson, « Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: an Evolutionary Approach » (1988-1989) 10 Cardozo L Rev 475; A Kenneth Pye, « The Role of Counsel in the Suppression of Truth » (1978) 27:4 Duke LJ 921.

<sup>90</sup> Voir par ex Michel Van de Kerchove, « La vérité judiciaire: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? » (2000) 24:1 RDS 95 aux pp 95-101; Pierre Hugonnet, *La vérité judiciaire*, Paris, Litec, 1986; Sergio Mocca, « Vérité substantielle et vérité du procès » (2000) 24:1 RDS 109 aux pp 109-18; Foucault, « La vérité et les formes juridiques », *supra* note 22; Delphine Chalus, « La dialectique "aveu – droit au silence" dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé » (2009) 43 RJT 311.

Reconstituer la vérité et rendre la justice, voilà deux objectifs primordiaux des systèmes juridiques pénaux, inquisitoire ou accusatoire. Le professeur Herbert Packer, il y a plus de 50 ans, décrivait le processus pénal comme faisant l'objet d'une tension perpétuelle entre deux modèles en compétition : le « *Crime Control Model* » et le « *Due Process Model* »<sup>91</sup>. La thèse d'Herbert Packer, encore d'actualité à notre avis, ne s'applique pas au seul modèle de *common law*, même si les exemples de Packer sont tirés du système pénal américain. Tout système procédural pénal d'une société démocratique peut être compris comme devant faire des arbitrages, des compromis et des choix entre les valeurs qui sous-tendent ces deux modèles<sup>92</sup>. Selon Packer, le « *Crime Control Model* » suppose de construire le modèle (système pénal en entier) pour découvrir la vérité de manière à ce qu'il soit efficace pour résoudre le crime et favoriser sa répression. Ceci passe nécessairement par des procédures moins formelles au stade de l'enquête de police et de l'investigation du ministère public. À cette étape, le système doit être efficace. La police disposerait de larges pouvoirs de détention, d'arrestation, d'interrogation, de fouille et de saisie, afin de mieux départager entre les suspects et les innocents. Les règles régissant la cueillette et la recherche des indices et des preuves à ce stade de la procédure seraient plus souples; l'objectif de rechercher et de découvrir la vérité étant dominant. De toute façon, la procédure n'est pas terminée et il s'agit, principalement, de ramasser toutes les preuves pertinentes.

Le « *Due Process Model* » n'est pas l'image inversée du premier modèle et ne se limite pas à exiger des garanties procédurales à la seule étape du procès. Packer estime que l'objectif de la découverte de la vérité en vue d'une répression efficace du crime doit être envisagée avec un certain scepticisme sur la prétendue infailibilité du « *Crime Control Model* ». Le suspect est une personne vulnérable qui n'est pas à l'abri des excès ou du zèle de la poursuite. Pour se défendre il n'a pas les mêmes ressources dont le système pénal est lui-même doté. Le système doit protéger l'inculpé des abus de ces acteurs et, ce à tous les stades de la procédure. L'équité procédurale doit donc primer et doit œuvrer comme un mécanisme de contrôle de qualité en amont, pour éviter et prévenir une erreur judiciaire.

---

<sup>91</sup> Herbert L Packer, « Two models of the Criminal Process » (1964) 113 U Pa L Rev 1 [Packer, « Models »]; Packer, *Limits*, *supra* note 7.

<sup>92</sup> *Ibid* à la p 5.

Le risque d'erreur judiciaire constitue en effet une préoccupation importante lorsqu'on examine la place de la vérité dans la procédure pénale. La vérité a, par conséquent, quelque chose à voir avec la gestion des risques; le risque d'une condamnation erronée ou le risque d'un acquittement, également fruit d'une erreur. Blackstone a rappelé avec force que « *the law holds that it is better than ten guilty persons escape, than that one innocent suffer* »<sup>93</sup>. Il faut tout de même être réaliste, un système serait dysfonctionnel et inefficace s'il acquittait trop de coupables et condamnait trop d'innocents. On peut citer l'opinion utilitariste<sup>94</sup> du juge américain Richard Posner en guise de réflexion préliminaire : « *unless the resources devoted to determining guilt and innocence are increased, the only way to reduce the probability of convicting the innocent is to reduce the probability of convicting the guilty as well* »<sup>95</sup>. Selon certains, cette posture revient à donner une chance au renard poursuivi par une meute de chiens, lors d'une chasse à cour, de s'en tirer, ce qui serait discutable dans le cadre d'une enquête criminelle<sup>96</sup>.

On comprend dès lors pourquoi rechercher un aveu et s'en servir comme preuve incriminante autonome dans le procès pénal peut, en effet, être envisagé comme étant le point de tension et d'intensité dramatique de tous les enjeux de vérité et de justice de la procédure pénale. Les règles régissant l'aveu ont organisé, transformé ou parfois provoqué la dérive de la procédure pénale. La gestion de l'aveu la modifie encore aujourd'hui.

### **5) L'appréhension différente de l'aveu dans les systèmes accusatoire et inquisitoire : quelques traits distinctifs**

L'interrogatoire d'un suspect avant le dépôt d'une accusation formelle constitue le cadre typique au cours duquel les autorités d'un système de justice recherchent un aveu. L'action d'accuser, et avant elle, l'arrestation, entraînent de graves conséquences sociales et juridiques. L'arrestation, par exemple en droit canadien, donne lieu à la formulation de motifs

---

<sup>93</sup> Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765 à la p 358.

<sup>94</sup> Jeffrey Reiman et Ernest van den Haag, « On the Common Saying That it is Better That Ten Guilty Persons Escape Than That One Innocent Suffer: Pro and Con » (1990) 7:2 Soc Philos Policy 226 aux pp 226-48.

<sup>95</sup> Richard A Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1990 à la p 216.

<sup>96</sup> Joseph D Grano, « Selling the Idea to Tell the Truth: The Professional Interrogator and Modern Confessions Law (Book Review) » (1986) 89:4 J Crim L & Criminology 1465 aux pp 1482-83 [Grano, « Selling »].

raisonnables servant à contextualiser le crime et à dénoncer les liens de la personne arrêtée avec l'infraction<sup>97</sup>. L'accusation formelle déclenche une angoisse; elle est généralement reçue comme une honte<sup>98</sup> et suscite aisément chez l'accusé une réaction d'auto-protection. L'accusation a des répercussions sur la vérité. L'accusé peut vouloir modifier ses déclarations initiales, les désavouer. La formule de Jeremy Bentham, suivant laquelle; le locuteur ne souhaitant pas que l'infraction qu'il a commise lui soit imputée, s'il avoue, c'est qu'il ne peut dès lors mentir<sup>99</sup>, est sujette à caution. Dans le contexte d'une accusation, l'aveu est souvent le résultat de stratégies pour le provoquer. En bref, son caractère spontané est loin d'être évident; il dépend en grande partie des pouvoirs de l'interrogateur et des stratégies, ruses et abus de pouvoir de celui-ci.

En *common law*, il convient de faire état d'une distinction importante entre l'aveu extra-judiciaire appelé communément « confession », la déclaration judiciaire assermentée et l'aveu judiciaire de culpabilité communément appelé « plaidoyer de culpabilité ». Au plan juridique, ce sont trois catégories d'aveu. La confession, à titre de preuve au procès, fait l'objet d'une règle traditionnelle d'admissibilité qui gouverne l'interrogatoire de police des suspects avant le déclenchement de la procédure judiciaire. La confession extrajudiciaire doit être jugée libre et volontaire. Si la confession résulte de menaces ou de promesses de l'interrogateur, une personne en autorité, ou si cette personne en autorité a créé un climat d'oppression ou utilise des tactiques ou ruses susceptibles de soulever un doute raisonnable quant à son caractère volontaire, la confession ne sera pas considérée comme élément de preuve admissible au procès<sup>100</sup>. Une déclaration incriminante d'un suspect peut également survenir dans un cadre judiciaire ou quasi-judiciaire à la suite d'un témoignage sous serment. L'utilisation éventuelle de ce témoignage dans une procédure d'accusation contre ce témoin repose sur des règles strictes et circonscrites dans un principe (ou un privilège) interdisant

---

<sup>97</sup> Voir par exemple les articles 495 et 504 du C.cr.

<sup>98</sup> François Triccaud, *L'accusation, recherche sur les figures de l'agression éthiques*, Paris, Dalloz, 1977 à la p 147.

<sup>99</sup> Voir Dulong, *supra* note 31, à la p 7 qui cite Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*, London, Paget, 1825.

<sup>100</sup> Voir Oikle, *supra* note 10 au para 1 (pour le Canada); Grano, *Confessions*, *supra* note 44 (pour les Etats-Unis); *Police and Criminal Evidence Act*, 1984 (R-U), c 60, art 76(2) et 82(1) (pour le Royaume-Uni).

l'auto-incrimination<sup>101</sup>. En théorie, la poursuite ne pourra utiliser ce témoignage incriminant contre l'accusé lors de son propre procès. Enfin, la reconnaissance de culpabilité par l'accusé peut être le fruit d'une négociation entre son avocat et les autorités de poursuite. Ce plaidoyer de culpabilité peut survenir à la suite d'un « *plea bargaining* », cette dernière formule étant encore plus explicite pour décrire cette négociation<sup>102</sup>. Cette procédure historiquement exceptionnelle est devenue un mode généralisé de règlement sur le verdict de culpabilité qui évite un procès et, est considéré comme un outil quotidien de l'administration de la justice pénale au Canada<sup>103</sup>. Cette vérité négociée fait l'objet d'un certain contrôle judiciaire, le juge

---

<sup>101</sup> Voir John Henry Wigmore, *Wigmore on Evidence*, éd révisée par John T McNaughton, vol 8, Boston, Brown & co, 1961, art 2250 à la p 284. Voir par ex pour les États-Unis, le Vème amendement de la Constitution américaine, US Const Amend V : « *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation* ». Voir aussi Steven M. Salky, *The Privilege of Silence: Fifth Amendment Protections Against Self-Incrimination*, Chicago, American Bar Association, 2009; Andrew JM Bentz, « The Original Public Meaning of the Fifth Amendment and Pre-Miranda Silence » (2012) 98 Va L Rev 897; John Henry Wigmore, « *Nemo Tenetur Seipsum Proder* » (1891-1892) 5 Harv L Rev 71; Edmund M Morgan, « The Privilege Against Self-Incrimination » (1949-1950) 34 Minn L Rev 1 aux pp 1-18; RH Helmholz et al, *The Privilege Against Self-Incrimination, Its Origins and Development*, Chicago, Chicago University Press, 1997; Leonard W Levy, *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, New York (NY), Oxford University Press, 1968; John H Langbein, « The Historical Origins of the Of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1992) 92 Mich L Rev 1047; Julie Desrosiers, Fannie Lafontaine et Alexandre Stylios, « Les garanties juridiques énoncées aux articles 12, 13 et 14 de la *Charte* » dans Stéphane Beaulac et Errol Mendes, dir, *Charte canadienne des droits et libertés / Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5<sup>e</sup> éd, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, 879 en particulier les pages 901-925.

<sup>102</sup> Stephanos Bibas, « Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial » (2004) 117:8 Harv L Rev 2463 aux pp 2463-547; Herbert S Miller, William Frank McDonald et James A Cramer, *Plea Bargaining in the United States*, Washington (DC), U.S. Department of Justice, 1978; Fisher, *supra* note 11; Stephen Taman, *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham (NC), Carolina Academic Press, 2010.

<sup>103</sup> *Canada (Procureur général) c Obadia* (1998), 20 CR (5th) 162 aux pp 10-11, 1998 CanLII 13044 (QCCA), opinion du Juge Proulx, majoritaire : « *Les discussions entre le ministère public et la défense qui précèdent un plaidoyer de culpabilité font partie du quotidien de l'administration de la justice pénale. On ne saurait minimiser l'importance attachée à ces discussions par tous les intervenants si l'on considère que la grande majorité des dossiers se terminent sans qu'un procès ne soit tenu, soit qu'il y ait retrait d'une ou de plusieurs accusations, un consentement à un plaidoyer de culpabilité à une accusation réduite, ou encore un plaidoyer de culpabilité sur les accusations initiales. Généralement, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, cette disposition des dossiers fait suite à des discussions qui ont abouti à une entente entre les deux parties qui en communiquent l'essentiel à un juge dans le cadre d'une suggestion commune quant à la peine appropriée. C'est ce que l'on désigne comme étant le "plea-bargaining". Dans notre tradition, le juge n'exerce pas la fonction de médiateur dans le cadre de ces discussions ou négociations. En principe, il n'est saisi du dossier que par le plaidoyer de culpabilité et alors les parties font état de la suggestion commune et des motifs qui la justifient. Il s'agit bien d'une "suggestion", car il*

ne prononçant un verdict de culpabilité qu'après avoir vérifié que l'accusé a bien compris et mesuré les conséquences de son plaidoyer et qu'il l'a fait librement et volontairement<sup>104</sup>.

Toutes ces règles et tous ces principes autour des trois catégories d'aveu en *common law* ont supposé trois siècles d'histoire à partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle, la *common law* devenant de plus en plus préoccupée par la fiabilité des preuves. Ces règles sont également tributaires de l'organisation historique du procès pénal devant juge (expert) et jury (des profanes); ce juge du procès ayant pris soin d'exclure préalablement toutes preuves non fiables de l'examen d'un jury<sup>105</sup>. En effet, ce contrôle judiciaire *a priori* a pour objectif d'éviter une erreur judiciaire et d'asseoir un verdict de culpabilité rendu par des profanes (le jury) au moyen de preuves fiables. Le jury ou le juge des faits doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé sur les preuves pertinentes et fiables admises en preuve au procès. Le juge du droit n'assiste pas aux délibérations du jury. Rappelons, qu'il appartient au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Ce standard de preuve en matière criminelle est explicitement formulé à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle en *common law*<sup>106</sup>.

Ces règles de droit de la preuve en *common law* anglaise, il est important de le préciser, ont émergé d'une saine pratique judiciaire (« *a good judicial practice* ») pour la bonne tenue des procès. Cette pratique s'est développée sous la pression des avocats (« *lawyers* »); elle s'est progressivement muée en un ensemble de règles édictées par les juges (directives) qui se pliaient, en réalité, aux multiples objections soulevées par les hommes de loi<sup>107</sup>. Remaniées, précisées, complétées au fil des siècles, ces règles de preuves ont fini par donner lieu à un corpus technique et complexe de règles législatives et jurisprudentielles assorties de multiples exceptions<sup>108</sup>.

---

*est admis que le juge n'est pas lié par l'entente entre les parties. Cela signifie que chaque partie prend le risque que la peine imposée se situe au-delà ou en deçà de celle qui fut négociée ».*

<sup>104</sup> Pour le droit canadien, voir l'article 606 C cr.

<sup>105</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 178-89.

<sup>106</sup> *Ibid* aux pp 261-66. Voir aussi Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64.

<sup>107</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 178-89.

<sup>108</sup> On ne compte pas moins de 1000 règles de droit de la preuve. Voir par ex le *Uniform Rules of Evidence Act* (2005) américain qui comporte 1008 règles de droit de la preuve, National Conference of Commissioners On Uniform State Laws, *Uniform Rules of Evidence Act (Last Revised or Amended in 2005)*, Denver, NCCUSL,

Dans la tradition inquisitoire, en France en particulier, l'aveu n'est pas ou presque pas encadré par des règles de droit explicites et codifiées. Le système inquisitoire est réputé être un système de « liberté de preuves » (mais de preuves morales) parce que le juge expert est en mesure de faire le tri entre les preuves fiables et non fiables.

La parole ou, plus précisément, le récit du suspect est retranscrit dans un procès-verbal à la suite de l'interrogatoire policier réalisé au cours de sa garde à vue, sauf si le suspect exerce son « droit de se taire »<sup>109</sup>. Cet aveu, s'il est prononcé, sera confirmé ou discuté devant le juge d'instruction dans le cadre de l'enquête préliminaire. Le greffier dressera également procès-verbal de ce récit ou de cette nouvelle version. Dans le procès, le dossier des preuves accumulées est transmis à la juridiction de jugement. On cherchera alors à faire répéter à l'accusé, non assermenté, ses aveux consignés au cours de ces deux étapes préalables, afin de confirmer ou d'infirmer la véracité et pour en comprendre la substance.

L'article 427 du *Code de procédure pénale* français dispose : « [h]ors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement »<sup>110</sup>. S'agissant de l'aveu plus spécifiquement « comme tout élément de preuve, [il] est laissé à la libre appréciation des juges »<sup>111</sup>.

Aucune loi française ne demande aux juges de rendre compte des moyens en vertu desquels ils se sont convaincus. La loi ne prévoit pas de règles d'appréciation autre que « la suffisance et la plénitude d'une preuve »<sup>112</sup>. La loi impose aux juges « de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher dans la sincérité de leur conscience quelle impression ont fait sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens

---

2005, en ligne : [www.uniformlaws.org/shared/docs/rules%20of%20evidence/uroea\\_final\\_99%20with%2005amends.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/rules%20of%20evidence/uroea_final_99%20with%2005amends.pdf).

<sup>109</sup> Voir notamment art. 63-1 3<sup>o</sup> du Code de procédure pénale français *Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957*, JO, 8 janvier 1958, 258 portant institution d'un Code de procédure pénale (ci-après le « C proc pén fr ») et Cass crim, 3 avril 2013, (2013) Bull crim n° 12-88.428, Dr Pén, comm 82, A Maron et M Hass.

<sup>110</sup> L'article 427 a été modifié par *Loi n° 93-1013 du 24 août 1993*, JO, 25 août 1993, 11991, art 28, en vigueur le 2 septembre 1993 [Loi du 24 août 1993].

<sup>111</sup> Art 428 C proc pén fr. L'article 428 a été modifié par la Loi du 24 août 1993, *supra* note 110.

<sup>112</sup> Art 353 C proc pén fr.

de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question : avez-vous une intime conviction? »<sup>113</sup>. Cela ne veut pas dire pour autant que l'intime conviction supplée à l'insuffisance de preuve. S'agissant de l'aveu en particulier, de l'avis de la magistrature, il ne saurait constituer, en principe et à lui seul, une preuve suffisante et déterminante de culpabilité. Le juge doit vérifier si cet aveu a été librement prononcé, à l'instar d'un simple témoignage<sup>114</sup>. Nul besoin ici de codifier une règle spécifique. Elle découle du simple bon sens ou tout simplement de la raison. La réalité, comme nous le verrons, est cependant beaucoup plus complexe<sup>115</sup>.

Les deux modèles de reconstitution et de construction de la vérité judiciaire, celui issu de la *common law* et celui issu d'une longue tradition inquisitoire, s'appuient sur la raison. Dans le premier modèle, l'examen rationnel des preuves donne lieu à un contrôle judiciaire *a priori* (juge seul) des preuves et génère de multiples règles d'admissibilité de l'aveu avant qu'il ne soit librement apprécié par un jury. Dans le deuxième modèle, les preuves, dont l'aveu, font l'objet d'une liberté d'appréciation à deux ou trois reprises par une autorité judiciaire experte. Se pose enfin, dans le cadre de notre thèse, la question de savoir comment ces deux traditions juridiques et judiciaires en sont arrivées à un processus de production et d'appréciation de la vérité différent, alors qu'ils reposent respectivement sur une histoire et des valeurs communes.

## **B. D'autres modèles de véridiction autour de l'aveu : les modèles philosophiques, religieux, littéraires et scientifiques**

Le XIX<sup>ième</sup> siècle constitue certainement un tournant important dans l'histoire, pour reprendre la formule d'Aloïs Hahn, « *des aveux institutionnalisés* » autres que d'ordre juridique<sup>116</sup>. Parmi ces « aveux institutionnalisés », nous avons déjà mentionné la catégorie

---

<sup>113</sup> *Ibid.* Sur l'intime conviction voir Clara Tournier, *L'intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-en-Provence, 2003.

<sup>114</sup> Voir en ce sens, Alain Blanc, « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction » (2005) 7-8 AJ pénal 271.

<sup>115</sup> Marie-José Arcaute-Descazeaux, *L'aveu : Essai d'une contribution à l'étude pénale de la justice négociée, thèse de doctorat*, Université des sciences sociales de Toulouse I, 1998 [non publiée]; Voir aussi Dulong, *supra* note 31.

<sup>116</sup> Hahn, *supra* note 30 à la p 54.



des aveux religieux. Ce tournant historique, dont parle Aloïs Hahn, concerne surtout les rituels d'aveu sécularisés relevant de la littérature, comme l'autobiographie, ou encore ceux que l'on trouve dans la médecine et la psychiatrie. Ces aveux, que nous nommons « aveux sécularisés » puisent néanmoins, à l'instar des aveux juridiques, leurs origines dans les aveux religieux, dont on trouve des traces dès le II<sup>ème</sup> siècle.

Nous analysons dans cette thèse quelques un de ces régimes de véridiction. Nous nous intéressons surtout aux pratiques de vérité mises en place par les institutions religieuses pertinentes à la culture occidentale, dont les fondements sont judéo-chrétiens<sup>117</sup>. Elles constituent la source de ce que nous pouvons appeler désormais l'aveu juridique. Nous trouvons ces modèles religieux de vérité dans le judaïsme, dans le christianisme et enfin, dans le protestantisme. À l'exception du judaïsme qui puise exclusivement ses modèles de vérité dans les textes sacrés, les pratiques de vérité du christianisme surtout, et du protestantisme par ricochet, ont aussi été influencées à divers degrés par les premiers modèles philosophiques de vérité de l'Antiquité. Ces pratiques philosophiques et ces modèles religieux de vérité pénètrent, au XIX<sup>ème</sup> siècle, le domaine des sciences. Les vérités objets de ces modèles varient selon le cadre institutionnel dans lequel ces pratiques de vérité se réalisent. Ainsi, les pratiques philosophiques de vérité s'intéressent à la vérité de la raison mais aussi, à la vérité du sujet ou du soi. Les pratiques religieuses s'intéressent, quant à elles, à la vérité des textes mais aussi, à la vérité du soi. Les pratiques scientifiques de vérité, et pour se limiter à celles qui relèvent de l'examen de l'inconscient, les plus pertinentes pour les fins de notre thèse, s'intéressent bien évidemment à la vérité du soi.

Mentionnons également que chacun des régimes de véridiction dans lequel l'aveu s'épanouit, a développé des méthodes d'interprétation du dire vrai qui en résultent. La technicité de ces méthodes interprétatives varie selon les types de dire vrai en cause<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Sur les origines de cette expression, Joël Sebban, « La genèse de la “morale judéo-chrétienne” : étude sur l'origine d'une expression dans le monde intellectuel français » (2012) *Revue de l'histoire des religions* 1, aux pp 85-118.

<sup>118</sup> Michel Foucault, *Mal faire*, supra note 14 aux pp 167-169.

### III - Plan

Lorsque l'on aborde l'histoire d'un concept ou d'une idée, la difficulté réside souvent dans la question suivante : « Par où commencer? ». La meilleure réponse à cette question est de commencer par le début car toute histoire comporte un début. Dans une démarche historico-épistémologique lors d'une étude portant sur un concept, une seconde difficulté peut aussi faire son apparition. Elle concerne la place et l'importance à accorder aux institutions intéressées par le concept mais dont l'intérêt, le désintérêt ou le regain d'intérêt pour le concept en question varie au cours de l'histoire. S'agissant, plus précisément, de l'aveu et ses modes opératoires<sup>119</sup> dans les systèmes procéduraux issus de la civilisation occidentale, nous constatons, pour reprendre la formule de Michel Foucault, qu'ils évoluent de manière discontinue « *par paliers et par plages, par à-coups, avec arrêts et brusques accélérations* »<sup>120</sup>. Aussi, et compte tenu de la double nature de l'aveu, à savoir morale et juridique, nous avons décidé de scinder cette histoire de l'aveu en deux périodes.

La première porte sur ce que nous appelons l'histoire morale de l'aveu et qui couvre la période qui démarre de l'Antiquité et se termine au Haut Moyen-Âge.

Cette histoire de l'aveu débute, en effet, au IV<sup>ième</sup> -V<sup>ième</sup> siècle avant notre ère dans la Grèce antique avec le prédroit grec. Dès cette époque, on identifie dans l'institution des joutes rhétoriques des orateurs antiques les premières règles qui déterminent l'aveu au plan juridique<sup>121</sup>. Nous retrouvons encore de nos jours ces règles de rhétorique relatives à l'aveu dans les systèmes juridiques des pays de traditions inquisitoires et accusatoires. Mais on peut tout de suite attester que le droit relatif à l'aveu est fortement marqué par la religion. Le fait religieux et ses différentes évolutions sociohistoriques, qui ont façonné la tradition et la pensée occidentales, ont déterminé ou influencé la configuration de règles de droit concernant l'aveu, provoqué leurs changements, présidé à leurs variations puis, à leur originalité respective dans les deux traditions, inquisitoire et accusatoire.

---

<sup>119</sup> On pourrait également utiliser l'expression « rituels d'aveu ».

<sup>120</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 7.

<sup>121</sup> Edwin Carawan, *The Antic Orators*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Les institutions religieuses ont assumé une fonction primordiale de contrôle social à partir du II<sup>ème</sup> siècle en Occident en mettant notamment en place des modes opératoires permettant à un sujet, d'une part, de dire ou de montrer à des tiers (une autorité religieuse ou la communauté) une vérité, souvent cachée ou déjà connue et, d'autre part, de s'analyser dans le cadre d'un processus d'introspection de lui-même par lui-même entrepris dans un souci d'amélioration et, donc, de modification ou de purification de soi. Parmi ces modes opératoires, les pratiques pénitentielles, développées à partir du II<sup>ème</sup> siècle, ont permis ces manifestations de vérité. Ce qu'il faut aussi retenir de ces pratiques religieuses, c'est l'émergence d'un moi; d'un sujet qui prend conscience de sa subjectivité. Michel Foucault y voit vraisemblablement l'émergence du sujet moderne<sup>122</sup>.

À partir du V<sup>ème</sup> siècle, ces pratiques religieuses s'adaptent aux réalités économiques et sociales de l'époque et font l'objet d'une réglementation de plus en plus précise, laquelle introduit de nouveaux concepts de nature juridique, comme la sanction et le degré de sévérité de cette sanction qui complètent le processus pénitentiel. Ces pratiques pénètrent davantage la société chrétienne occidentale et conduisent, en 1215, lors du Concile œcuménique de Latran IV, l'Église à créer une obligation annuelle, pour tous les chrétiens, de se confesser dans le cadre du sacrement de la pénitence. Cette longue période prépare les fondements d'un aveu juridique. Elle fera l'objet de notre première partie (**Partie I**).

Ces différentes pratiques religieuses, fondées sur la pénitence, pénètrent progressivement le processus judiciaire et permettent au fil du temps l'émergence de pratiques de vérité sur le crime et le criminel<sup>123</sup>. Le paroxysme de ces pratiques est vraisemblablement atteint avec l'usage, presque systématique, de la torture en vue de l'extorsion des aveux, entendus comme le dévoilement de la vérité, pendant l'Inquisition à partir du XIII<sup>ème</sup> siècle. Ce XIII<sup>ème</sup> siècle marque, à d'autres égards, un tournant dans l'histoire de l'Occident en général mais aussi, dans l'histoire juridique occidentale. Outre l'instauration d'une obligation d'une confession auriculaire annuelle obligatoire, le Concile œcuménique de Latran IV, en 1215, interdit aux clercs de l'Église de prendre part aux modes de résolution des litiges qui ont

---

<sup>122</sup> Michel Foucault, *L'origine de l'herméneutique de soi, Conférences prononcées à Dartmouth College 1980*, Paris, Vrin, 2013 [Foucault, *Herméneutique de soi*].

<sup>123</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14, voir la note des éditeurs à la p VI.

recours aux ordalies. C'est vraisemblablement les différentes réponses, que donnent l'Angleterre et le reste du continent, à cette interdiction qui conduisent à la naissance de deux régimes de véridiction distincts, que nous avons sommairement exposé plus haut. La place de l'aveu dans ces deux régimes va occuper l'essentiel de notre seconde partie.

Mais, comme nous l'avons vu, les disciplines religieuses et juridico-judiciaires autour de l'aveu influencent aussi d'autres domaines de savoir au XIX<sup>ième</sup> siècle, comme la médecine (dans le cadre de l'anamnèse médicale), la psychiatrie, la psychanalyse et même la littérature, avec le genre autobiographique<sup>124</sup>, lesquels, à leur tour, gouvernent d'une certaine manière le traitement judiciaire de l'aveu juridique contemporain. Cette histoire juridique et séculière de l'aveu qui couvre la période du Moyen-Âge à nos jours fera l'objet de notre seconde partie **(Partie II)**.

---

<sup>124</sup> *Ibid*; Hahn, *supra* note 30; Brooks, *Troubling Confessions*, *supra* note 25.

# **PARTIE I. L'AVEU MORAL OU LES ASSISES RELIGIEUSES DE L'AVEU (DE L'ANTIQUITÉ AU HAUT MOYEN-ÂGE)**

Dans cette première partie, nous entendons montrer comment l'idée d'une obligation de vérité a germé dans l'histoire de la pensée occidentale, comment elle s'est manifestée dans le cadre de pratiques de vérité et comment elle a pénétré l'institution religieuse pour jeter les bases d'un aveu juridique.

À cette fin, nous nous intéressons aux héritages gréco-romain et judéo-chrétien qui présideront à la naissance des premières règles juridiques relatives de l'aveu et à l'émergence de processus de vérification par l'aveu dans les deux principaux systèmes juridiques occidentaux. Il s'agit d'identifier les points de repères épistémologiques-historiques qui vont constituer le bagage génétique de l'aveu comme preuve autonome ou pièce de procédure déterminante servant à établir la culpabilité de l'avouant devant un tribunal pénal.

Ce capital génétique est d'ordre philosophico-moral et d'inspiration religieuse. Dans un premier titre, nous expliquons comment l'aveu, expression de la vérité personnelle de l'avouant, est confronté à l'idée de vérité juste dans l'Antiquité grecque, romaine et juive (**Titre I**).

Dans le deuxième titre, nous identifions des rituels et des procédures entourant des pratiques religieuses chrétiennes de l'aveu qui, de l'Antiquité tardive au Haut Moyen-Âge, engendreront les premiers modèles procéduraux de reconstitution de la vérité qui pénétreront progressivement et plus tard l'institution judiciaire (**Titre II**).

## TITRE I. L'aveu dans les procédures pénales de l'Antiquité grecque, romaine et juive : les premières confrontations de deux paroles, celle de la Vérité et celle de la Justice

*Il est d'usage de faire remonter à Israël, à la Grèce et à Rome l'origine des grands systèmes d'idées constructives qui ont servi à édifier la civilisation occidentale moderne : la morale et la religion à Israël; les sciences, les arts et les lettres, à la Grèce; le droit de l'administration publique, à Rome. Si c'est là une vérité, elle ne saurait exister sans posséder, dans une certaine mesure, tous ces différents éléments*<sup>125</sup>. **Léon Roth, La pensée juive.**

*La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop émoussés pour y toucher exactement; s'ils y arrivent, ils en écachent la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai*<sup>126</sup>. **Blaise Pascal, Pensées.**

Durant la période antique que nous abordons ici, la Vérité repose sur des fondations religieuses en tant que Vérité ou Vérités révélées par un Dieu ou des Dieux. La parole vraie a longtemps été considérée comme provenant d'une source exclusivement providentielle avant d'être fondée sur des bases philosophiques, scientifiques, juridiques et judiciaires, ou de reposer sur des connaissances relatives à la nature humaine et aux sociétés<sup>127</sup>. Les chapitres qui suivent montrent comment la « parole vraie » va devenir dans nos sociétés occidentales contemporaines « *une arme dans les relations entre individus* »<sup>128</sup>. Michel Foucault emprunte cette formule à Georges Dumézil mentionnée dans son ouvrage consacré à la transposition d'un mythe indo-européen dans l'histoire romaine. Il s'agit de l'histoire de Servius, roi légendaire de la Rome antique (VI<sup>ème</sup> siècle avant notre ère)<sup>129</sup>. Le célèbre linguiste écrit en commentant cette histoire :

---

<sup>125</sup> Léon Roth, *La pensée juive, Facteur de civilisation*, Paris, UNESCO, 1960, à la p 9.

<sup>126</sup> Blaise Pascal, *Pensées, Œuvres complètes de Blaise Pascal*, t 1, Paris, Charles Lahure, 1858 à la p 259.

<sup>127</sup> Marc Louis Bourgeois, « Les quatre vérités : philosophique (aletheia), scientifique (apodicité), juridique (l'intime conviction), humaine (biosociopsychopathologie) » (2012) 170:2 Ann Med Psychol 88.

<sup>128</sup> Foucault, *Mal faire, supra* note 14 à la p 18.

<sup>129</sup> Georges Dumézil, *Servius et la fortune. Essai sur la fonction sociale de louange et de blâme et sur les éléments indo-européens du cens romain*, Paris, Gallimard, 1943. *Servius Tullius* était un roi étrusque de la Rome antique du VI<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune, vraisemblablement à l'origine de la réforme servienne, laquelle

*aussi haut qu'on remonte dans les comportements de notre espèce, la "parole vraie" est au contraire une force à laquelle peu de forces résistent. [...] la Vérité est très tôt apparue aux hommes comme une des armes verbales les plus efficaces, un des germes de puissance les plus prolifiques, un des plus solides fondements pour leurs institutions*<sup>130</sup>.

Michel Foucault en tire deux idées. En premier lieu, la parole vraie on la trouve aussi dans les relations humaines et sociales qui engendrent des rapports de pouvoirs parmi ceux qui parlent et ceux qui écoutent. Le détenteur de la parole vraie, ou qui pense détenir la parole vraie, en tire un pouvoir ou, au moins, une certaine puissance. En second lieu, la parole vraie intervient également dans les mécanismes institutionnels de véridiction, dans lesquels s'inscrit l'aveu (en tant que parole vraie) et qui conduisent à produire le dire vrai<sup>131</sup>. Cette parole vraie se confronte alors à une autre parole, plus institutionnelle celle-ci, celle de la Justice qui consiste d'une part, à dire ce qui est juste et d'autre part, « *ce qu'il faut faire pour que la justice soit instaurée ou restaurée* »<sup>132</sup>. On peut conclure que le dire vrai doit donc être véridique et juste à la fois ou encore selon la formule plus éloquente de Michel Foucault : « *Parole de vérité et parole de justice, véridiction et juridiction* »<sup>133</sup>.

Introduisons ces deux idées dans le contexte religieux de l'époque. Vérité et Justice émanent, pour les anciens, d'une source commune qui est d'abord religieuse, avons-nous dit. La Justice découle en effet de cette Vérité, de cette parole vraie, portée en religion à la suite des changements radicaux qui se sont opérés entre les VIII<sup>ième</sup> et II<sup>ième</sup> siècles avant notre ère qui ont permis non seulement l'émergence de nouveautés culturelles embrassant les idées d'unicité et d'universalité de Dieu, mais également le développement des religions de salut<sup>134</sup>. La Justice se rationalisera par l'intervention de la raison. Cette raison même que l'on définit comme une forme de pouvoir de sentir, d'agir, de juger et même de décider en gardant en

---

répartissait les citoyens en fonction de leur fortune (le cens). Dans son ouvrage, Gerorges Dumézil raconte notamment comment *Servius* a accédé au pouvoir pour devenir le premier *ensor* en ayant rapidement compris que le savoir et la verbalisation d'une vérité apparente vont devenir un outil de pouvoir.

<sup>130</sup> *Ibid* aux pp 243-244.

<sup>131</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 18.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Yves Lambert, *La naissance des religions. De la préhistoire aux religions universalistes*, Paris, Collin, 2007; voir également Karl Jaspers, *Origine et sens de l'histoire*, traduit de l'allemand par Hélène Naef avec la collaboration de Wolfgang Achterberg, Paris, Plon, 1954.

ligne de mire ce qui est juste<sup>135</sup>. Le prédroit grec, comme nous allons le voir, va faire en sorte que cette parole vraie résulte d'une confrontation verbale entre les hommes, avec les Dieux comme juges d'abord, pour décider du caractère juste et véridique de cette parole, puis progressivement sous l'autorité des hommes.

Dans le cadre d'une analyse des configurations formelles de ces paroles, plusieurs auteurs identifient certains outils mis en œuvre par les acteurs de l'Antiquité grecque qui permettent de vérifier la parole vraie ou, à tout le moins, sa vraisemblance. L'étude du droit grec antique et surtout du prédroit grec, en se basant plus particulièrement sur les réflexions de Michel Foucault, sera l'occasion de rendre compte des premières liaisons entre le vrai et le juste et dans lesquelles apparaissent les premières formes d'aveu<sup>136</sup>. Précisons d'ores et déjà que ces formes d'aveu ne revêtent pas la forme d'une déclaration libre et spontanée faite à une personne en autorité qui caractérise l'aveu judiciaire contemporain. Le vrai, et incidemment, l'aveu découlent en fait de pratiques discursives sur la vérité et s'inscrivent dans un rapport dynamique de « savoir-pouvoir ».

Le droit pénal romain, ignoré par Michel Foucault, poursuit dans la voie du droit grec. Il a du mal, cependant, à faire la distinction entre un aveu et un témoignage, mais confirme les jeux de pouvoir qui peuvent s'instaurer entre les titulaires de la parole vraie et les autres. L'aveu constitue parfois une stratégie de défense afin d'obtenir la clémence du juge. En cela, l'aveu constitue un outil de procédure. Enfin, le droit romain institutionnalise de manière formelle la torture, comme régime de véridiction, en tant que productrice d'aveux dans une optique de recherche de la vérité. Le droit grec et du pénal romain de l'aveu seront analysés dans un même chapitre (**Chapitre I**).

Le droit juif antique, en revanche, se distingue nettement de la tradition gréco-romaine dans sa manière d'aborder l'aveu. Il s'en démarque aussi dans l'idée d'une Justice héritée de Dieu dans le cadre d'un legs pacté avec son peuple et qui coexiste avec un ensemble de règles rationnelles, pourtant d'origine Divine, portant spécifiquement sur un régime procédural d'obtention de la vérité. Ces règles ont pour objet de prévenir l'erreur judiciaire et de protéger

---

<sup>135</sup> Bertrand Saint-Sernin, *La raison*, Paris, PUF, 2003 à la p 3.

<sup>136</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 19.



le suspect vulnérable. Le droit juif n'ose pas considérer l'aveu comme un régime complet de vérité. L'aveu est avant tout un exercice intérieur et privé d'auto-analyse. Il ne se verbalise pas aux tiers, sauf à Dieu. Il est limité à un cadre strictement religieux. En outre, l'aveu judiciaire est probablement une parole vraie mais hautement risquée pour celui qui le reçoit. Il ne saurait quel effet lui consacrer. Si l'aveu relève de la dissimulation, le juge qui s'appuierait sur cet aveu pour rendre justice commettrait une erreur judiciaire dont il aurait à subir seul les conséquences dans le cadre de la Justice Divine. De plus, le droit juif interdit l'aveu judiciaire car le criminel en avouant son crime se condamne lui-même à la mort. Il s'enlève la vie. L'aveu judiciaire est comparable au suicide, acte strictement interdit dans le judaïsme. En cela, il ne relève pas de ce qui est juste. En droit juif, vérité et juridiction dans le cadre de l'aveu ne font pas bon ménage (**Chapitre II**).

## **Chapitre I. De l'aveu imaginé à l'aveu extorqué dans les droits pénaux grec et romain : les prémices d'une procédure accusatoire et d'une procédure inquisitoire en droit pénal.**

Abordons d'abord le droit grec (**Section I**) puis le droit pénal romain de l'aveu (**Section II**).

### **Section I. Le prédroit et le droit grecs de l'aveu (VIII<sup>ième</sup>-IV<sup>ième</sup> siècle de l'ère commune)**

Identifions au préalable, en introduction, certains marqueurs sociohistoriques qui vont nous permettre de comprendre le contexte du développement du droit grec de l'aveu.

#### **Introduction : Concept de vérité et philosophies sous-jacentes au développement du droit grec**

Pendant de nombreuses années, les historiens ont considéré que l'histoire de la Grèce commençait avec les œuvres d'Homère, l'*Illiade*<sup>137</sup> et l'*Odyssée*<sup>138</sup>, vers la fin du VIII<sup>ième</sup> siècle avant notre ère. Aujourd'hui, on estime que cette histoire débute à la fin du III<sup>e</sup> millénaire ou

---

<sup>137</sup> Homère, *L'Illiade*, traduit par Eugène Lasserre, Paris, Flammarion, 2000 [Homère, *L'Illiade*].

<sup>138</sup> Homère, *L'Odyssée*, traduit par Médéric Dufour et Jeanne Raison, Paris, Flammarion, 2006 [Homère, *L'Odyssée*].

au début du II<sup>ème</sup> millénaire avant notre ère et coïncide avec l'âge de bronze<sup>139</sup>. Seules deux périodes de l'Antiquité grecque retiennent spécialement notre attention pour les fins de notre analyse de l'aveu. Elles correspondent à l'époque archaïque (du VIII<sup>ème</sup> au V<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune) et à l'époque classique (V<sup>ème</sup>-IV<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune)<sup>140</sup>. La période dite hellénistique (du III<sup>ème</sup> -I<sup>er</sup> siècle) est écartée parce qu'elle marque la fin d'une république démocratique et l'avènement de monarchies. Elle ne change pas fondamentalement les systèmes judiciaires mis en place dans les cités démocratiques<sup>141</sup>.

Ces deux périodes retenues permettent d'identifier les points de repère historico-épistémologiques de notre question d'étude ou les assises philosophiques et rationnelles des concepts de vérité et de justice, des concepts incontournables pour expliquer le recours à l'aveu dans la procédure pénale.

Si l'histoire de la pensée humaine occidentale démarre dans cette Grèce de l'époque archaïque, c'est cependant, et surtout, au cours de la période classique que la pensée comme sujet d'étude ainsi qu'une recherche méthodique de la sagesse et de la vérité font leur apparition. C'est ce qu'on appelle communément le miracle grec<sup>142</sup>.

Les concepts de vérité et de justice prennent de l'importance dans ce miracle grec des idées philosophiques et dans la vie intellectuelle, politique et sociale des cités grecques et d'Athènes, en particulier. Le citoyen prend directement part à la vie politique et, parfois même, à l'activité judiciaire dans le cadre de l'*Héliée*; ce tribunal qui fonctionne en plein air,

---

<sup>139</sup> Claude Orieux et Pauline Schmitt Pantel, *Histoire Grecque*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 aux pp 5 et s; Ian Morris et Barry B Powell, *The Greeks: History, Culture and Society*, Upper Saddle River (NJ), Prentice Hall, 2006 aux pp 42-70; Voir généralement Jean Claude Poursat, *La Grèce préclassique : des origines à la fin du VI<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Seuil, 1995; Nicholas Hammond, *A History of Greece to 322 BC*, 3<sup>e</sup> éd, Toronto (Ont), Oxford University Press, 1986; Matthieu G De Durand, *Précis d'histoire grecque*, Paris, Cerf, 1991.

<sup>140</sup> Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2006 aux pp 97-116 [Gaudemet, *Les naissances du droit*].

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> Claude-Henry du Bord, *Panorama de la philosophie occidentale*, Paris, Didier, 2007 aux pp 3-97; Voir aussi Theodor Gomperz, *Greek Thinkers: a History of Ancient Philosophy*, Bristol, Thoemmes Press, 1996 à la p 1 (l'auteur y cite une lecture de Summer Maine du 22 mai 1875 qui déclare que « C'est à ce petit peuple qu'il a été donné de gérer le principe du progrès, et que, à l'exception des forces aveugles de la nature, rien ne se meut dans cet univers qui ne soit grec par son origine »).

ouvert à tous et composé de 6000 jurés<sup>143</sup>. On y discute indistinctement d'affaires privées, publiques et même constitutionnelles, le tout dans un langage accessible voulu par les orateurs afin que leurs arguments soient compris et emportent l'adhésion du plus grand nombre<sup>144</sup>. D'après Michel Villey « *c'est en Grèce que nous découvrirons les germes de la théorie du droit naturel; mais on n'y observait pas moins les germes du positivisme juridique, du relativisme, sinon même du sociologisme* »<sup>145</sup>. Cette réalité politique citoyenne et l'importance des orateurs déterminent le contexte de l'aveu en Grèce.

Jusqu'à Platon, la philosophie qui inspire le droit grec traverse trois grandes étapes qu'il faut brièvement préciser et qui traduisent une approche rationnelle de la Justice et de la Vérité. Les sophistes, ces experts en rhétorique, contribuent à rationaliser les idées de Justice et de Vérité et confirment ainsi que la parole vraie, ou celle qui prend les apparences du vrai, constitue un outil de puissance.

#### **a) Les premières traductions rationnelles des données mythiques et mystiques de la Justice**

La première étape se caractérise jusqu'à la fin de la période archaïque par son culte de la tradition le νόμος (le *nomos*) (la loi, l'ordre social) et l'ἔθος (l'*éthos*) (la coutume), en reproduisant un ordre social qui distingue les grecs des barbares. La justice présente un caractère mythologique, voire théologique, comme nous le voyons avec le développement des concepts de *Themis* (la loi Divine, mais aussi le « bon conseil », ou encore les règles de procédure) et de *Dikē*<sup>146</sup> (la justice ou plus précisément la sentence). Mais, au cours de cette période archaïque comme au début de la période classique, les premiers philosophes grecs (les présocratiques) vont traduire l'ensemble des données mythiques et mystiques en termes plus rationnels notamment, en reconnaissant la réalité de la matière et en analysant logiquement les événements naturels. Ils tentent d'expliquer l'Univers en s'appuyant sur des cosmogonies diverses en rupture avec les religions et mythologies anciennes. Ils s'émancipent des

---

<sup>143</sup> Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 à la p 59 [Villey, *La formation*].

<sup>144</sup> *Ibid* aux pp 59-60.

<sup>145</sup> *Ibid* à la p 60.

<sup>146</sup> *Ibid* à la p 61.

explications Divines, développent un intérêt pour l'analyse et la recherche de la vérité et élaborent une première réflexion scientifique tirée de l'observation des phénomènes naturels<sup>147</sup>. Ces philosophes présocratiques, physiciens, mathématiciens, géographes, grammairiens, contribuent à l'élaboration d'une pensée scientifique, logique et rationnelle<sup>148</sup>. Ils s'interrogent également sur les destinées de l'âme après la mort à travers la doctrine orphique<sup>149</sup>, en traitant des effets des péchés et de la nécessité de les expier pour sauver son âme<sup>150</sup>. Par cette doctrine, ils tentent d'expliquer la dualité de la condition humaine; cette lutte permanente entre le bien et le mal, et prétendent que la confiance en une justice Divine peut sauver l'âme. La morale imprègne alors la philosophie grecque et la *diké* et le *nomos* y occupent une place prépondérante. La parole vraie doit donc être morale pour être juste.

Avec l'atomisme, la pensée grecque évolue vers plus de rationalisme scientifique. On découvre le monde de l'infiniment petit et on avance même l'idée que l'âme est en fait constituée d'atomes ou de microparticules invisibles, donc de matière<sup>151</sup>. Les atomistes expliquent l'Univers par un mécanisme en mouvement animé par un premier moteur donnant un sens ordonné aux particules. L'être humain prend conscience de ce qu'il est et, surtout, de sa place dans cet Univers.

### **b) Les prémices d'un droit naturel et d'une vérité plurielle**

Les sophistes sont les philosophes prédominants de la deuxième phase de l'évolution de la philosophie du droit en Grèce<sup>152</sup>. Fortement critiqués par Platon qui les considérera plus tard comme des ennemis de la vérité, ils ont néanmoins le génie de la parole et permettent

---

<sup>147</sup> Jacques Chevalier, *Histoire de la pensée*, vol 1 « La Pensée antique », Paris, Flammarion, 1955, aux pp 67-123 [Chevalier, *La pensée antique*].

<sup>148</sup> *Ibid.* Ainsi pour en citer quelques uns, Thalès de Milet, que les Grecs comptaient parmi les Sept Sages, grand observateur des astres aurait découvert l'inégalité des quatre saisons astronomiques, aurait affirmé que tout l'univers était fait d'eau, aurait inventé des applications permettant de calculer les distance entre les navires ou la hauteur des monuments; Anaximandre qui aurait dressé les bases de l'infini en tant que géographe et aurait, le premier donné naissance à la cosmologie; Anaximène, pour qui l'air illimitée qui ferait l'unité du monde; Pythagore créateur de l'arithmétique qui pensait que les lois de la nature se réduisaient à des équations, le 4 et le 9 représentant la justice car ils sont des carrés parfaits.

<sup>149</sup> André Boulanger, *Le salut dans l'orphisme*, Paris, Gabalda, 1940; Luc Brisson, *Orphée et l'orphisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Brookfield (VT), Variorum, 1995.

<sup>150</sup> Chevalier, *La pensée antique*, *supra* note 147 à la p 72.

<sup>151</sup> *Ibid* aux pp 109-16.

<sup>152</sup> Villey, *La formation*, *supra* note 143 aux pp 60-61.

l'essor de l'étymologie, de la grammaire, de l'argumentaire et de la preuve<sup>153</sup>. Le sophisme s'oppose à l'atomisme, cette philosophie de la nature jugée trop dogmatique même si elle a fourni les principaux sujets de méditation de la pensée philosophique (comme l'âme, la matière, la métaphysique). Les sophismes contribuent cependant à libérer la parole, sans pour autant que celle-ci soit la parole vraie.

Toutes les thèses soutenues par les présocratiques, qui regroupent les sophistes et d'autres écoles de pensée, sont autonomes et parallèles; elles se contredisent constamment de sorte que la philosophie ne propose pas une seule vérité. À cette époque, on est en présence de plusieurs vérités sur les mêmes phénomènes dans la pensée grecque. C'est donc chez chacun que la conviction se forme, le vrai étant réduit à l'apparence ou à la vraisemblance. Avec les sophistes, ce relativisme prend de l'importance. Il est impossible de distinguer le vrai du faux. Ces fabricateurs de thèses, d'abord considérés comme des sages, se font experts en tout et en rien et se prétendent omniscients<sup>154</sup>; « [d]ès lors, la porte était ouverte à tous les abus : ils furent multipliés par les succès mêmes que rencontrèrent ces singuliers professeurs de sagesse et de vertu » souligne Jacques Chevalier<sup>155</sup>.

Cette philosophie sophistique va s'insurger contre la loi de la cité, le *nomos* traditionnel, dont le premier fondement demeure religieux et mythologique. Elle préfère les lois de la nature, dont la justice constitue un élément essentiel<sup>156</sup>. Les forces créatrices du droit sont dans la nature, affirme-t-elle. Nous sommes aux premières origines du droit naturel. Cette philosophie sophistique, qui fait appel à la raison pour découvrir et distinguer ce droit naturel du *nomos* traditionnel, va rapidement devenir un outil de persuasion redoutable avec le développement de la rhétorique. Par la force de la parole, les petites choses semblent grandes et les grandes, petites. Le sophisme et la rhétorique contribuent au développement de la pensée en favorisant des processus de simplification de celle-ci afin de la rendre accessible. Les sophistes « ont apporté une contribution considérable à toutes les sciences et à tous les arts : l'étude des formes de la pensée et du discours, la rhétorique, la mnémotechnie, la

---

<sup>153</sup> Chevalier, *La pensée antique*, supra note 147 aux pp 123-35.

<sup>154</sup> *Ibid* à la p 125.

<sup>155</sup> *Ibid* à la p 127 (Gorgias, Tisias et Protagoras étaient les plus célèbres).

<sup>156</sup> Platon, « Protagoras » dans *Œuvres complètes*, traduit par Léon Robin, t 1, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1940, 273 [Platon, « Protagoras »].

*grammaire, la physique, la médecine, la morale et la politique* »<sup>157</sup>. Ces influences constituent des sources du droit naturel et configurent son contenu.

### c) Le rapprochement entre la raison et la vérité

Enfin, la troisième et dernière étape de cette évolution philosophique va être marquée par Socrate. Plus précisément, Platon et Aristote seront les commentateurs de la pensée socratique de cette période. La pensée devenue ésotérique avec les sophistes, perdue dans des structures discursives complexes et nébuleuses, a oublié ses fondements inscrits dans la sagesse et la vertu. La morale réapparaît avec Socrate et le bien redevient une norme fondamentale de la pensée. La maïeutique en constitue la méthode. Sur le plan de la philosophie du droit, la raison<sup>158</sup> supplante le scepticisme de la période précédente qui avait perdu foi dans le *nomos*<sup>159</sup>. Ce nouveau rationalisme s'enrichira de dimensions idéalistes grâce à Socrate, Platon et Aristote. Ce dernier mettra en relief les concepts de justice et d'équité<sup>160</sup>.

Les Grecs amorcent donc une désacralisation du droit que poursuivront les Romains. Les pratiques judiciaires de la Grèce et le concept de vérité judiciaire évoluent et se dessinent dans le contexte de cette élaboration progressive d'une pensée rationnelle. On doit cependant parler de vérités plurielles qui s'inscrivent constamment dans une interaction du savoir et du pouvoir en matière judiciaire comme le suggère Michel Foucault<sup>161</sup>. Le sujet (moral et

---

<sup>157</sup> Chevalier, *La pensée antique*, supra note 147 à la p 132.

<sup>158</sup> Saint-Sernin, supra note 135.

<sup>159</sup> Villey, *La formation*, supra note 143 à la p 63.

<sup>160</sup> Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, A Durand & Pedone Lauriel, 1978 à la p 30; Voir en particulier, Platon, « La République » dans *Œuvres complètes*, traduit par Léon Robin, t 1, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1940, 857 [Platon, « République »]; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004 [Aristote, *Éthique*].

<sup>161</sup> Foucault, « La vérité et les formes juridiques » supra note 22 à la p 1438 : « *L'Occident va être dominé par le grand mythe selon lequel la vérité n'appartient jamais au pouvoir politique, le pouvoir politique est aveugle, le véritable savoir est celui qu'on possède quand on est en contact avec les dieux ou quand on se souvient des choses, quand on regarde le grand soleil éternel ou que l'on ouvre les yeux à ce qui s'est passé [...] le grand mythe doit être liquidé. C'est ce mythe que Nietzsche a commencé à démolir, en montrant, [...], que, derrière tout savoir, derrière toute connaissance, ce qui est en jeu c'est une lutte de pouvoir. Le pouvoir politique n'est pas absent du savoir, il est tramé avec le savoir.* »); Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, 2004 à la p 22 (l'enjeu du travail de Michel Foucault, comme il le disait lui-même, était « *de montrer comment le couplage entre une série de pratiques et un régime de vérité forme un dispositif de savoir-pouvoir* »).

juridique) constitue néanmoins le centre d'intérêt de ces vérités judiciaires et des discours multiples président à la formation de règles du jeu, dont le jeu du vrai et du faux<sup>162</sup>.

Délaissant peu à peu une conception transcendante et Divine de la vérité, les Grecs vont instaurer divers modèles de recherche de la vérité fondés, d'abord sur la force puis, sur la raison. Précisons d'ores et déjà que la vérité résulte de l'affirmation d'une puissance, puissance qui s'incarne soit par la force physique, soit par la détention d'une puissance. C'est ce que nous examinons dans un premier temps (§1).

Les modèles de recherche de vérité en Grèce se développent aussi et, principalement, avec la rhétorique. Des pratiques discursives sur la vérité principalement et sur l'aveu accessoirement s'incarnent dans un rapport dynamique de « savoir-pouvoir » et donnent lieu à une forme de jeu, « *un jeu de questions et de réponses, de domination et d'esquive, ainsi que de lutte* »<sup>163</sup>. Les maîtres de la rhétorique et de l'argumentation, les premiers à développer les idées de Justice et de Vérité dans un cadre rationnel, ouvrent les premières réflexions sur l'aveu. Cependant, le concept de confession spontanée ou d'aveu comme nous le connaissons aujourd'hui ne semblent pas avoir été finement analysé par les Grecs. Même si le mot « ομολεγω »<sup>164</sup> (« *homolegeio* », homologuer) est souvent utilisé par les orateurs des V<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> siècles<sup>165</sup> avant notre ère comme Démosthène, Lysias ou Andocide<sup>166</sup>, les Grecs n'auraient pas démontré un grand intérêt pour l'aveu, à tout le moins dans le sens actuel qu'on lui donne, à savoir comme régime de véridiction autonome. En effet, la plupart des auteurs qui se sont intéressés à la justice pénale dans l'ancien droit grec, et à son droit de la preuve en particulier, font état du peu de place conféré à l'aveu comme moyen de preuve dans le

---

<sup>162</sup> Foucault, « La vérité et les formes juridiques », *supra* note 22 à la p 1438.

<sup>163</sup> *Ibid.*, à la p 1439.

<sup>164</sup> Reconnaître, avouer en grec.

<sup>165</sup> John Frederic Dobson, *The Greek Orators*, Chicago, Ares, 1974.

<sup>166</sup> Robert J Bonner et Gertrude Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, vol 2, New York, Greenwound Press, 1968 aux pp 120, 127, 130 (sur la confession). Ce terme « *homolegeio* » est aussi utilisé – et pour cause – dans la version grecque (la « κοινή » « *Koinê* ») du nouveau testament. Bien qu'il s'agisse pour ce dernier exemple d'une toute autre période, ce terme de confession existait bien et semble se rapprocher du terme qu'on lui donne présentement.

fonctionnement du système judiciaire de la société grecque. D'autres auteurs<sup>167</sup> contestent ce point de vue et l'expliquent essentiellement par le silence d'Aristote au sujet de l'aveu, le penseur ne l'ayant pas fait figurer dans son énumération des preuves au livre de la *Rhétorique*<sup>168</sup>. Pour ces derniers, l'aveu aurait eu tout de même une place dans la justice grecque, en particulier dans le cadre de mécanismes stratégiques. C'est ce que l'on examine dans un second temps (§2).

### **§1. Le prédroit grec ou l'instauration d'un régime de vérité fondé sur la puissance**

Dans les sociétés anciennes et archaïques, la Justice est plutôt conçue comme une donnée préétablie<sup>169</sup>. Pour ces sociétés, la Justice, attribut Divin, relève de la transcendance et n'est qu'affaire de volonté Divine. Par essence Divine et religieuse, la Justice suppose un devoir de justice pour les hommes. Ils remplissent ce devoir en prévoyant seulement le cadre de cette vérité transcendante et les conditions dans lesquelles elle opère, ou plus exactement les « formes juridiques » sous lesquelles elle se manifeste pour reprendre l'expression de Michel Foucault<sup>170</sup>.

Il ne s'agit pas dans cette thèse de proposer une analyse exhaustive de la procédure pénale grecque ou athénienne (la plus connue) ou de son droit de la preuve. D'autres, l'ont déjà fait<sup>171</sup>. De plus, cela ne nous apprendrait rien sur les modèles de vérité privilégiés par les

---

<sup>167</sup> Marie-Madeleine Mactoux, « Les pratiques discursives comme stratégies de reconnaissance » dans *Actes de la table ronde de Rome*, supra note 43, 27; Giulia Sissa, « L'aveu dans le dialogue » dans *Actes de la table ronde de Rome*, supra note 43, 53.

<sup>168</sup> Aristote, *Rhétorique*, Paris, Livre de poche, 1991 [Aristote, *Rhétorique*].

<sup>169</sup> Giorgio del Vecchio, *La justice - La vérité : essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1995.

<sup>170</sup> Foucault, « La vérité et les formes juridiques », supra note 22 aux pp 1406 et s.

<sup>171</sup> Bonner et Smith, supra note 166 aux pp 120, 127, 130; Robert J Bonner, *Evidence in Athenian Courts*, Chicago, University of Chicago Press, 1905 [Bonner, *Evidence*]; Robert J Bonner, *Lawyers and Litigants in Ancient Greece: The Genesis of Legal Profession*, Chicago, Illinois University Press, 1927 [Bonner, *Lawyers*]; Jean-Joseph Thonissen, *Le droit pénal de la République Athénienne (Précédé d'une étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire)*, Paris, A Durand & Pedone Lauriel, 1875 [Thonissen, *Droit pénal*]; Hans Julius Wolff, « The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks » (1946) 6 *Traditio* 31 à la p 72; Louis Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1964 [Gernet, *Droit et société*]; Gérard Sautel, « La preuve dans le droit grec archaïque » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 117 à la p 160 [Recueils Jean Bodin, « Preuve »]; André Soubie, « Les preuves dans les plaidoyers des orateurs attiques » (1973) 20 *RIDA* 244 [Soubie, « Preuves I »]; André Soubie, « Les preuves dans les plaidoyers des orateurs attiques (II) » (1974) 21 *RIDA* 77 [Soubie, « Preuves II »].



Grecs. Nous examinons de préférence la relation « savoir-pouvoir » qui s'est instaurée dans leurs modèles de recherche de la vérité et de la justice; nous observons comment le savoir a pris progressivement de l'importance au détriment du pouvoir incarné par la puissance. Nous le faisons d'abord dans le cadre d'une analyse sommaire de quelques litiges rapportés par Homère et Hésiode dans lesquels on discute de la force qui détermine le résultat de la Vérité et de la Justice (A), puis à travers la vision de Michel Foucault de l'histoire d'Œdipe (B). Avec ces exposés, nous souhaitons montrer l'abandon progressif d'une conception transcendante de la Vérité par les Grecs et l'établissement d'une vérité recherchée par le jeu, méthode plus rationnelle, des questions-réponses. Ces récits constituent pour notre thèse des repères historico-épistémologiques.

### **A) La puissance physique comme expression de la vérité : les enseignements des récits d'Homère et d'Hésiode**

Jusqu'à la fin de l'époque de la Grèce archaïque, la poésie demeure la seule source écrite d'informations<sup>172</sup>. Les Grecs considèrent généralement *L'Iliade*<sup>173</sup> et *L'Odyssée*<sup>174</sup> comme les œuvres d'un seul poète, Homère<sup>175</sup>. Avant *L'Iliade* et *L'Odyssée* s'étendent des siècles de poésie orale, composée, récitée et transmise par des bardes dont c'était le métier, sans l'aide d'un seul mot écrit. La société décrite dans *L'Iliade* et *L'Odyssée*, est une société de rois et de nobles possédant beaucoup de terres et de troupeaux et ayant une vie de magnificence et de combats. Les récits d'Homère, contrairement à la Bible, ne constituent pas des textes dogmatiques<sup>176</sup>. Bien au contraire, la société polythéiste qui y est décrite présente des Dieux irrévéreux, colériques et inconstants qui n'incarnent pas nécessairement l'idée de justice transcendante. Or, dans ces premières manifestations de la pensée grecque, le mot « *δικαιοσύνη* » (« *dikeisonei* »), désignant la justice n'y figure pas<sup>177</sup>. Il en est ainsi dans

---

<sup>172</sup> Moses I Finley, *Les anciens Grecs : une introduction à leur vie et à leur pensée*, traduit par Monique Alexandre, Paris, La Découverte, 1984 à la p 27.

<sup>173</sup> Homère, *L'Iliade*, *supra* note 137.

<sup>174</sup> Homère, *L'Odyssée*, *supra* note 138.

<sup>175</sup> Il existe une interrogation moderne parmi les chercheurs modernes sur le fait de savoir si Homère est l'auteur des deux poèmes, ainsi que sur leur date. Voir aussi Finley, *supra* note 172 à la p 13; Orioux et Schmitt Pantel, *supra* note 139 aux pp 44-50.

<sup>176</sup> Claude Mossé et Annie Schnapp-Gourbeillon, *Précis d'histoire grecque*, Paris, Armand Colin, 2003 à la p 110.

<sup>177</sup> Giorgio del Vecchio, *supra* note 169 à la p 10.

l'œuvre postérieure d'Hésiode, *La Théogonie*, immense poème mettant en scène la création du monde Divin et humain<sup>178</sup>. Le mot justice est plutôt représenté par le mot « *δίκη* » (« *dikei* »), qui veut dire « *décision judiciaire* » et par le mot « *θέμις* » (« *thémis* ») qui veut dire « bon conseil »<sup>179</sup> et que l'on traduit aujourd'hui respectivement par les mots droit (ou sentence) et loi (ou encore les règles qui permettent le règlement d'un litige)<sup>180</sup>.

À première vue, la justice ne semble pas constituer une vertu essentielle requise des héros de ces récits, à la différence du courage et de la ruse, des mots couramment utilisés pour décrire les qualités des héros homériques. Par ailleurs, on fait référence à la déesse Thémis, une Divinité de l'Olympe. Elle n'est que la conseillère de Zeus<sup>181</sup>. De l'union de Thémis et de Zeus naît Diké, déesse des jugements (sœur de la Vérité, elle aussi fille de Zeus) qui s'imposera finalement par sa sévérité<sup>182</sup>. On lui attribue les fonctions de vengeance et de peine. Ce processus de transformation de la fonction des diverses Divinités ira de pair avec le renforcement progressif de l'autorité politique en Grèce<sup>183</sup>.

Homère et Hésiode nous montrent cependant que la procédure judiciaire aboutissant à un jugement constitue une activité courante au VII<sup>ème</sup> et VI<sup>ème</sup> siècles dans la Grèce archaïque<sup>184</sup>. À titre d'exemple, le chant XII de *L'Odyssée*, lorsqu'Ulysse revient à Charybde et Scylla, l'illustre bien :

*Toute la nuit, je fus emporté et, au lever du soleil, j'arrivai à l'écueil de Scylla et à la terrible Charybde. Celle-ci engloutit l'eau salée de la mer, et moi m'élançant vers le haut du figuier, je m'y tenais suspendu comme une chauve-souris. Mais je n'avais nul moyen de poser le pied ou grimper. Car les racines étaient loin au-dessous de moi et les branches s'élevaient, larges et grandes, hors de ma prise, et ombrageaient Charybde. Je m'agrippai, jusqu'à ce que le gouffre vomît mât et quille. À ma joie ils revinrent enfin. C'est l'heure où le juge qui règle maintes querelles entre plaideurs se lève et pour souper rentre de l'agora [...]*<sup>185</sup>.

---

<sup>178</sup> Hésiode, *Théogonie*, traduit par Philippe Brunet, Paris, Livre de Poche, 1999.

<sup>179</sup> Giorgio del Vecchio, *supra* note 169 à la p 10.

<sup>180</sup> Thonissen, *Droit pénal*, *supra* note 171 aux pp 12-13. Voir aussi Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 25.

<sup>181</sup> Thonissen, *Droit pénal*, *supra* note 171.

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> Sautel, *supra* note 171 à la p 120.

<sup>184</sup> Michael Gagarin, « Early Greek Law » dans *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, 82.

<sup>185</sup> Homère, *L'Odyssée*, *supra* note 138 à la p 186 (Chant XII, 440).

Or, rendre des jugements constitue l'une des tâches importantes des rois homériques. La justice et la véridiction résultent cependant d'une démonstration de puissance physique (1) et doit, en tout état de cause, respecter l'ordonnement des forces en litige (2). Nous allons pouvoir faire deux constats : si la vérité résulte d'une démonstration de puissance l'aveu est inutile; si la justice doit respecter l'ordre des puissances en présence, l'aveu est alors signe d'impuissance.

### 1) Se faire justice par la force physique ou l'aveu inutile

Un épisode célèbre de L'Iliade concerne la fameuse scène de la confection du bouclier d'Achille par le Dieu Héphaïstos. Le bouclier représente l'activité humaine dans trois lieux distincts, une cité calme, une cité en guerre et enfin un lieu rural. Dans la cité en paix, on y observe la célébration d'un mariage et la tenue d'un procès :

*Il fit d'abord un bouclier, grand, robuste, bien ouvré en tout sens. [...]*

*Il y représenta la terre, et le ciel, et la mer et le soleil infatigable et la lune pleine [...].*

*Il y fit deux villes humaines, belles. Dans l'une c'étaient noces et festins. [...] – La foule, sur la place publique, était rassemblée. Une querelle s'y était élevée. Deux hommes se querellaient pour le prix d'un meurtre. L'un affirmait avoir tout donné, et le déclarait devant le peuple, l'autre niait avoir rien reçu. Tous deux s'élançaient vers un témoin, pour en finir. La foule criait, partie pour l'un, partie pour l'autre; des hérauts contenaient la foule. – Les anciens étaient assis sur des pierres polies, dans le cercle sacré. Leurs sceptres étaient aux mains des hérauts dont la voie ébranle l'air. Ils les prenaient ensuite, s'élançaient, donnaient leur avis à tour de rôle. Au milieu étaient déposés deux talents d'or, pour celui qui, entre eux, prononcerait le jugement le plus droit<sup>186</sup>.*

La scène judiciaire du bouclier d'Achille a fait, bien évidemment, l'objet de nombreux commentaires<sup>187</sup>. Pour comprendre cette scène, il faut se représenter comment, dans la Grèce archaïque, le procès ou la procédure se déroulait. Comme dans beaucoup de sociétés

---

<sup>186</sup> Homère, *L'Odyssée*, *supra* note 138 aux pp 318-19 (Chant XVIII, 449-537).

<sup>187</sup> Gernet, *Droit et société*, *supra* note 171 aux pp 64-69; Wolff, *supra* note 171 aux pp 34-49 (les hypothèses émises par l'auteur sont, un plus d'un titre, surprenantes); Eva Cantarella, *La peine de mort en Grèce et à Rome, origines et fonctions dans l'Antiquité classique*, traduit par Nadine Gallet, Paris, Albin Michel, 2000 aux p 57-60.

primitives, la vengeance privée constitue le mode habituel de règlement des conflits<sup>188</sup>. Cette vengeance privée coexiste, bien entendu, avec la violence physique exercée par celui qui punit en vertu d'un pouvoir familial absolu et illimité. Dans la société homérique, la vengeance constitue même un devoir social pour celui qui souhaite être l'objet de respect et d'admiration<sup>189</sup>.

Dans une culture véhiculée par la tradition orale, les poèmes d'Homère et d'Hésiode n'assument pas l'unique fonction de simple divertissement. Ils ont également une valeur d'enseignement des vertus nécessaires aux hommes et qui sont celles des héros : courage, honneur, force, savoir défier la mort. Ces vertus se traduisent dans l'usage de la force par le héros. La violence du héros est signe de courage et d'honneur, en particulier dans la guerre, y compris dans des conflits privés en temps de paix. Cela étant précisé, le bouclier d'Achille est là pour le confirmer : il s'implante une nouvelle pratique sociale pour contenir cette violence en temps de paix. La pratique dite de la *poivé* (« *poine* »), à savoir l'offre d'une rançon par l'offenseur à l'offensé, permet de réduire considérablement cette violence. Cette offre peut être librement refusée par son destinataire. Elle correspond d'abord à une compensation en nature qui sera, au fil du temps, remplacée par la monnaie. Homère fait référence à cette pratique dans *L'Iliade* :

*Alors Ajax, rival d'un Dieu, le fils de Télamon, parla :*

[...]. *Achille a, dans sa poitrine, tourné en sauvagerie son orgueil, le cruel, sans s'occuper de l'amitié de ses compagnons, qui nous le faisait honorer, près des vaisseaux, plus que les autres. Impitoyable! Pour le meurtre d'un frère, pour la mort d'un fils, on accepte une rançon : le meurtrier reste dans son pays, ayant payé cher son crime; l'offensé contient son cœur et sa colère virile, ayant touché la rançon*<sup>190</sup>.

Si l'offensé accepte la rançon, il doit mettre de côté sa colère, laquelle, rappelons-le, est perçue comme une qualité. Dans cet extrait, il est reproché à Achille de ne pas avoir

---

<sup>188</sup> Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Paris, 2000 à la p 10 [Carbasse, *Histoire*]; voir Raymond Verdier, *La vengeance : études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, Paris, Cujas, 1980.

<sup>189</sup> Cantarella, *supra* note 187 à la p 51.

<sup>190</sup> Homère, *L'Iliade*, *supra* note 137 à la p 163 (Chant IX, 635-36).

contenu sa colère. Au chant XIX de *L'Iliade*, une scène met en évidence l'acceptation d'une *poinë* par Achille :

*Ils allèrent à la barque d'Agamemnon l'Atride; et aussitôt, en même temps, ils parlèrent et la chose fut faite. De la barque, ils apportèrent sept trépieds promis à Achille, vingt chaudrons allant au feu, douze chevaux, ils emmenèrent aussitôt des femmes habiles aux travaux irréprochables, sept femmes, et (ce fût la huitième) Briséis aux belles joues. Quant à l'or, Ulysse en avait pesé dix talents, au total, et il marchait devant; d'autres l'accompagnaient, portant les présents, de jeunes Achéens.*

*Ils les déposèrent au milieu de la place [...] <sup>191</sup>.*

Dans la description du bouclier d'Achille, nous retrouvons cette même pratique. Il appert de cette scène ou de ce tableau qu'un homme avait manifestement tué un autre homme et que la famille du défunt souhaitait venger ce dernier en s'en prenant à un membre de la famille du coupable. Ce dernier prétendait avoir remis la *poinë* à la famille du défunt et s'en remettait au peuple, mais surtout aux anciens, pour vérifier le bien-fondé de sa prétention. Devant l'assemblée, chacune des parties avait déposé un talent d'or. Il appartenait aux anciens d'apprécier cette vérité et si elle se révélait conforme à la prétention qu'il y avait eu remise de la *poinë*, la vengeance n'avait plus de raison d'être. Dans le cas contraire, le recours à la force ou à la violence restait socialement autorisé. On voit ainsi apparaître un premier contrôle social de la violence.

Mais le procès de l'homicide se présente d'abord comme un combat, un affrontement, un rapport de pouvoir au cours duquel on fait valoir, avant tout, ses prétentions par la force <sup>192</sup>. La prise de risque est absolue. L'issue du combat détermine la vérité et, a préséance sur le mérite même de la question du procès <sup>193</sup>. Hésiode compare indirectement le procès aux jeux du stade (ἀγών) :

*Qui lui plaît se distingue parmi l'assemblée du peuple,  
Lorsque les hommes s'arment pour le combat homicide,*

---

<sup>191</sup> Homère, *L'Iliade*, *supra* note 137 aux pp 328-29 (Chant XIX, 243-49).

<sup>192</sup> Gustave Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, A Fontemoing, 1904 à la p 47.

<sup>193</sup> Bonner et Smith, *supra* note 166 à la p 41.

*La déesse porte secours à ceux qui lui plaisent,  
Et octroie de tout cœur la victoire, et accorde la gloire,  
Au tribunal, elle siège auprès des rois vénérables.  
Généreuse, lorsque s'affrontent aux jeux les athlètes;  
Car la déesse leur porte secours et grande assistance :  
Et le puissant vainqueur remporte le prix de la lutte  
Dans la joie, sans peine, octroyant la gloire à ses pères.  
Généreuse, elle assiste les cavaliers qui lui plaisent<sup>194</sup>.*

La déesse à laquelle il est fait référence est la déesse Hécate, déesse de la lune, qui agit comme une déesse de l'émulation. Le duel judiciaire fait donc principalement appel à la force; l'intervention possible de la Divinité devient accessoire. Elle était certes recommandée, mais non obligatoire<sup>195</sup>. Sous cet aspect, il y a une émancipation de la vérité judiciaire de la vérité Divine.

Plus tard, à la période classique, les mœurs judiciaires conservent encore l'empreinte des croyances et des traditions de cette Grèce légendaire. Mais lorsque l'État grec se renforce<sup>196</sup>, on assiste à l'institution d'une procédure véritable, soit sous la forme d'un arbitrage, soit sous la forme d'un contrôle judiciaire public des conflits privés<sup>197</sup>. Le droit grec classique reste toutefois un droit prétorien. La théorie occupe peu de place et ne permet pas de retrouver une description des procédures instituées. L'organisation de procédures alternatives au recours à la violence privée résulte d'un compromis entre d'une part, la nouvelle puissance publique et, d'autre part, l'exercice de la liberté personnelle des protagonistes. Cette force physique, censée constituer la clé du litige, peut également apparaître dans le cadre de jeux à caractère sportif et pas seulement dans un combat violent réel.

## **2) Établir la vérité par l'ordonnement des forces en présence ou l'impuissance de l'aveu**

Dans son interprétation du Chant XXIII de l'*Illiade*<sup>198</sup>, Michel Foucault considère que ce chant contiendrait une première manifestation « *d'une forme d'aveu judiciaire* »<sup>199</sup>. Il

---

<sup>194</sup> Hésiode, *supra* note 178 à la p 42 (Vers 430 et s).

<sup>195</sup> Sautel, *supra* note 171 à la p 125.

<sup>196</sup> Wolff, *supra* note 171 à la p 31.

<sup>197</sup> Bonner et Smith, *supra* note 166 aux pp 97-116; Hansen Carmine Harrell, *Public Arbitration in Athenian Law*, New York, Arno press, 1979.

<sup>198</sup> Homère, *L'Illiade*, *supra* note 137 aux pp 377-97 (Chant XXIII, 257-650).

analyse les décisions prises par Achille pour régler une course de chars à laquelle ont participé cinq protagonistes de forces différentes, mais surtout inégales. La logique voudrait qu'avant même le départ on connaisse déjà le vainqueur. L'arrivée finale vient cependant ébranler cette vérité fixée dès le départ. En effet, le plus jeune et le moins expérimenté des athlètes, Antilochos, arrive, contre toute attente, en seconde position. La course révèle également qu'un certain nombre d'irrégularités ont été commises pendant son déroulement, irrégularités qu'on attribue aux Dieux. En revanche, la seconde place du jeune Antilochos est expliquée par la ruse de ce dernier, une malice non pas des Dieux mais purement humaine (et même imaginaire)<sup>200</sup>. La vérité initiale étant remise en cause, il va falloir la rétablir.

Michel Foucault analyse la course de chars comme une dramatisation d'un ordre de vérité connu dès le départ. Les agissements du jeune Antilochos sont alors perçus comme des actes anti-vérité, ils empêchent que la course soit « *la cérémonie visible d'une vérité déjà visible* »<sup>201</sup>. Cette rivalité athlétique va donc se poursuivre lors de la remise des prix qui est contestée par le premier perdant de cette course, Ménélas. Il va faire en sorte que cette remise de prix soit corrigée aux termes d'une procédure de serment qu'il fait approuver par l'assemblée présente. Ce règlement final de la course s'apparente à une procédure judiciaire compte tenu du vocabulaire utilisé et du rituel processuel extrêmement strict mis en place. En effet, Antilochos doit prêter serment selon un rite bien précis. En prêtant serment, Antilochos doit affronter Zeus, donc un Dieu. L'exercice s'avère plus difficile. Il n'est plus confronté à la justice des hommes mais doit, par son serment, se soumettre à la justice Divine. Compte tenu des risques encourus, que l'on imagine plus importants, Antilochos refuse de prêter serment. Il capitule devant cet exercice requis.

On peut voir avec Michel Foucault dans cette capitulation une forme d'aveu, non l'aveu d'une faute, mais la reconnaissance de l'accusation portée par Ménélas contre lui. En

---

<sup>199</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 20 et s.

<sup>200</sup> Homère, *L'Iliade*, *supra* note 137 aux pp 386-88 (Chant XXIII 421-507). Il est reproché, en réalité, à Antilochos une conduite hasardeuse et dangereuse de son char. Il n'y pas véritablement de ruse. Il a fermé la voie à tout dépassement malgré la lenteur de ses chevaux. Ménélas était certes plus fort, mais Antilochos lui a refusé la corde.

<sup>201</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 28. Selon Michel Foucault, la course devait incarner une liturgie du vrai.

réalité, qu'est-il reproché à Antilochos? Le Chant XXIII de l'Iliade, dont il est ici question, ne fait nulle mention d'une quelconque ruse. Antilochos a tout simplement refusé le passage à Ménélas pourtant plus rapide. Il s'agit d'un acte compétitif; Antilochos veut la victoire. En refusant de céder sa place à Ménélas, Antilochos empêche le plus fort - s'agissant d'une vérité reconnue - de terminer sa course devant lui. Il défie ainsi la vérité que seul le serment peut rétablir. Il doit sous serment reconnaître qu'il n'a pas cherché à entraver la route de Ménélas. En refusant de prêter serment, Antilochos reconnaît la supériorité de Ménélas et la puissance de ses chevaux. Il confirme ainsi la vérité qui existait au départ de la course. L'irrégularité commise par Antilochos a consisté à vouloir masquer cette vérité. Voilà comment d'une simple rivalité athlétique, émerge une structure judiciaire qui n'est que la poursuite d'une structure agonistique, d'une *ἀγών* (« *agôn* », à savoir un combat, un affrontement). Louis Gernet considère que le prédroit grec émane de la vie des jeux<sup>202</sup>. Nous avons donc ici une illustration du jeu de la vérité.

La recherche de la vérité est par conséquent modélisée dans le cadre d'une relation de pouvoir où la force est censée l'emporter dans cette Grèce archaïque et classique. La force règle la question de la vérité du plus fort et l'issue de la justice. Ce rapport de force n'a peut-être pas disparu de nos jours. On peut suggérer qu'il est ritualisé et que la force physique est sublimée dans la procédure. La procédure de règlement des conflits que constitue le procès pénal met en opposition une autorité publique et un individu dans une joute ou un rituel de bataille, dont l'issue coercitive fait jaillir la vérité et la justice. Si cette issue n'est plus déterminée par la victoire du plus fort au plan physique, elle peut encore aujourd'hui dépendre de la victoire des arguments rationnels et rhétoriques du plus fort. Cette force initialement physique a été peu à peu remplacée par le savoir (une force intellectuelle ou une rhétorique de persuasion). La recherche de la vérité d'abord développée dans un rapport de force physique conserverait cet héritage dans la procédure contemporaine du procès pénal fondé sur l'appréciation du caractère persuasif des arguments.

---

<sup>202</sup> Gernet, *Droit et société*, *supra* note 171 aux pp 17-18; cité aussi par Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 26.



L'analyse par Michel Foucault de l'histoire d'Œdipe nous fournit un autre exemple édifiant de cet héritage<sup>203</sup>.

### **B) La puissance par le savoir comme expression de la vérité : une analyse foucauldienne d'Œdipe**

Dans le cadre de conférences à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro au Brésil, en mai 1973, Michel Foucault discute de « *la vérité et [de ses] formes juridiques* »<sup>204</sup>. Il montre « *comment des pratiques sociales [peuvent ...] engendrer des domaines de savoir qui non seulement font apparaître de nouveaux objets, de nouveaux concepts, de nouvelles techniques, mais aussi [qui] font naître des formes totalement nouvelles de sujets et de sujets de connaissance* »<sup>205</sup>. Pour Michel Foucault, le sujet même de la vérité a une histoire. Pour les fins de la période grecque et de sa contribution au développement de la vérité judiciaire, il fait une analyse de l'histoire d'Œdipe. Il explique comment cette histoire contribue à l'histoire de la vérité judiciaire par le jeu des questions-réponses et le jeu des moitiés<sup>206</sup>.

Rappelons brièvement l'histoire d'Œdipe, œuvre de Sophocle qui date de la période classique grecque (430 avant notre ère)<sup>207</sup>. La ville de Thèbes est atteinte d'un mal (la peste) qui frappe mortellement sa population. Le peuple réclame alors à son roi Œdipe d'identifier les sources de ce mal et de les éliminer. Œdipe est déjà un héros pour avoir affronté l'Oracle de Delphes (le Sphinx) qu'il a tué par la ruse. Il envoie ses hommes interroger les Dieux à Delphes et obtient pour réponse que le pays est atteint d'une souillure dont il faut se débarrasser. Œdipe va alors commencer le jeu des questions : - Qui a causé la souillure? On lui répond un assassinat. - Qui a été assassiné? Laïos le roi précédent. - Qui l'a tué? Les Dieux refusent de répondre à cette question. Œdipe va diligenter une enquête via Créon. Créon va interroger un devin aveugle du nom de Tirésias. Ce devin répond à Œdipe que c'est lui, Œdipe, la cause du mal puisqu'il est l'assassin. Tirésias est un demi Dieu, proche d'Appollon que l'on peut voir comme le double humain d'Appollon avec les différences

---

<sup>203</sup> Foucault, « La vérité et les formes juridiques », *supra* note 22 aux pp 1421-38.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> *Ibid* aux pp 1421-22.

<sup>206</sup> Cette analyse a également été reprise par Michel Foucault en 1981 à Louvain, voir Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 47-72.

<sup>207</sup> Sophocle, *Œdipe Roi*, traduit par Jean-Paul Savignac, Paris, Différence, 2006.

suivantes : Appollon est immortel, ce n'est pas le cas de Tirésias qui reste un être humain, Appollon est le Dieu du soleil, de la lumière. Mais, Tirésias est aveugle. Tirésias est donc la « *moitié d'ombre de la vérité Divine* »<sup>208</sup>.

Cette vérité Divine apparaît sous une forme prophétique, au futur. Pour Michel Foucault, il s'agit d'une demi-vérité. À cette étape de l'histoire de la pensée, la vérité relève du Divin, mais elle n'est pas suffisante pour Œdipe. Il a en effet des doutes car l'oracle avait prédit que le roi Laoïs serait tué par son fils. Or, Œdipe a toujours cru que son père était Polybe. Cependant, un esclave va apprendre à Œdipe que Polybe n'est pas son père et qu'Œdipe a tué son père et épousé Jocaste, femme de Laoïs, en fait sa mère. Mettons de côté toutes les conséquences psychanalytiques de cette situation pour seulement retenir qu'Œdipe a appris la vérité de la bouche d'un esclave, individu sans autorité ni droits, qui dispose néanmoins d'un savoir personnel pour avoir été le témoin des faits. La réception et l'acceptation de ce témoignage par Œdipe peuvent aussi être lues comme un aveu de sa part<sup>209</sup>. La lecture de Michel Foucault d'Œdipe montre que la vérité s'est déplacée d'un discours Divin et prophétique (le futur, ce qui va arriver si...) vers un discours rétrospectif (le passé reconstitué par le témoignage de l'esclave)<sup>210</sup>. De la prophétie, on passe à la connaissance empirique détenue par un esclave. Mais les deux discours Divin et humain ont constaté les mêmes faits, la même vérité. Œdipe qui est certes roi, donc une autorité, est sans savoir (ou possède un savoir inconscient dira Freud, mais un non-savoir pour les fins de la vérité).

Selon l'interprétation foucauldienne, le savoir a pris le dessus sur le pouvoir, qui lui ne sait pas, pour établir une vérité. Œdipe s'est ensuite crevé les yeux après avoir découvert sa mère Jocaste (sa femme) pendue. Il s'exilera. Cette histoire montre comment un tyran, qui ne voulait pas voir et donc qui ne voulait pas savoir en n'écoutant pas les Dieux, s'est perdu dans le néant, alors que la prophétie Divine et le savoir du peuple lui disaient la même chose. Elle nous révèle surtout que le savoir du roi reposant essentiellement sur le savoir des Dieux ne tenait qu'à la détention d'un pouvoir. En prétextant savoir tout, le tyran ne savait rien en

---

<sup>208</sup> Foucault, « La vérité et les formes juridiques », *supra* note 22 à la p 1425.

<sup>209</sup> Jean François, « Aveu, vérité, justice et subjectivité autour d'un enseignement de Michel Foucault » (1986) 7 RIEJ 163 à la p 167.

<sup>210</sup> Foucault, « La vérité et les formes juridiques », *supra* note 22 aux pp 1435-1437.

réalité. Le discours rétrospectif du peuple, basé sur le souvenir, représente la vérité. Le savoir devient à son tour une forme de pouvoir ou un instrument de lutte pour le pouvoir. En connaissant la vérité, l'esclave permet au savoir de s'arroger le pouvoir.

Selon Foucault, dans l'histoire grecque sur la vérité, on a d'abord des disputes et des litiges réglés par la force, ensuite réglés par le jeu ou le défi sans enquête ou témoignage, donnant lieu à une forme de vérité non arbitrée. Puis on assiste à l'apparition d'une forme nouvelle de vérité avec le témoin, détenteur d'un savoir empirique sur une situation de faits, susceptible de renverser ou de contrer le pouvoir. On voit ainsi comment le peuple a pu s'emparer de la recherche de la vérité ou conquérir le droit « *d'opposer la vérité sans pouvoir à un pouvoir sans vérité* »<sup>211</sup>.

C'est ainsi que le peuple grec deviendra progressivement souverain dans l'administration de la justice<sup>212</sup>. La parole y trouve toute sa place.

## **§2. Le droit grec de l'aveu ou l'instauration d'un régime de vérédiction fondé sur des pratiques discursives**

Les historiens s'accordent sur le fait que l'aveu demeure un mode de preuve peu développé et peu utilisé chez les orateurs grecs<sup>213</sup>. Aristote, rappelons-le, ne mentionne pas l'aveu dans son énumération des preuves « *indépendantes de l'art* »<sup>214</sup>. On y fait cependant allusion dans le Pseudo-Aristote, *Rhétorique à Alexandre*<sup>215</sup>, qui mentionne l'aveu mais sans insistance dans son chapitre XXXVI. Contrairement à la thèse proposée par Marie-Madeleine Mactoux, nous pensons que l'aveu dans sa fonction probatoire est loin d'être reconnu dans le droit grec<sup>216</sup>. Le terme ὁμολογία (« *homologia* », homologuer) est moins suggestif que le terme de confession. Si on définit le terme homologuer comme le corollaire d'avouer, il doit

---

<sup>211</sup> *Ibid* à la p 1437.

<sup>212</sup> *Ibid* aux pp 1436-37.

<sup>213</sup> Soubie, « Preuves II », *supra* note 171 à la p 238; Gernet, *Droit et société*, *supra*, note 171 (l'auteur n'aborde même pas ce concept); Mactoux, *supra* note 167 à la p 27.

<sup>214</sup> Aristote, *Rhétorique*, *supra* note 168 à la p 170 (il ne cite que cinq espèces : les lois, les témoins, les conventions, la torture et le serment).

<sup>215</sup> Anaximène de Lampsaque, *Pseudo-Aristote Rhétorique à Alexandre*, traduit par Pierre Chiron, Paris, Belles Lettres, 2002. L'attribution de cette œuvre a suscité bien des débats. Il semblerait qu'on ne peut l'affecter à Aristote. Anaximène de Lampsaque, l'un des précepteurs d'Alexandre, en serait l'auteur. Cet écrit daterait du IV<sup>ème</sup> siècle avant J.-C.

<sup>216</sup> Mactoux, *supra* note 167 à la p 27.

plutôt être compris comme l'expression d'une reconnaissance dans le cadre d'une tension entre deux discours. Il signifie plutôt : être d'accord avec quelqu'un. D'ailleurs, il n'est fait aucunement mention de l'aveu spontané chez les Grecs. L'aveu ou plutôt la reconnaissance intervient soit à la suite d'une torture, soit dans le cadre d'un dialogue (ou d'une accusation). Il évoque une acceptation ou une conversion à la thèse de l'autre. On est encore ici dans une dialectique rhétoricienne. En effet, c'est en prétendant connaître la vérité, en s'arrogeant ainsi un savoir exclusif, que les rhéteurs identifient des aveux et convainquent leur audience de leur existence. Aveu et rhétorique constituent des manifestations de cette relation entre le savoir et le pouvoir. C'est ce que l'on examine d'abord (B).

Cette relation « savoir-pouvoir » aura des conséquences plus importantes. L'idée de confession comporte aussi l'idée de conversion. L'expression d'un savoir exclusif va produire chez l'individu qui entend le discours, une adhésion non pas immédiate (comme les héliastes, convaincus de l'argumentation des rhéteurs) mais consécutive à une réflexion plus profonde. La confession résulte alors d'un travail sur soi, d'une réflexion en profondeur et aboutit à un changement intérieur ou à une purification de l'âme. L'aveu est par conséquent le résultat d'une conversion à une idée contraire et correspond à une exploration de soi (C).

Mais au préalable, il nous paraît nécessaire de contextualiser ces réflexions en précisant le cadre juridico-judiciaire dans lesquelles elles interviennent (A).

### **A) Le procès, la conception de la justice et le système de preuves du droit grec**

L'*Hélié*, le tribunal populaire créé par Solon, joue un rôle majeur dans la vie judiciaire de la cité<sup>217</sup>. Il est composé lorsqu'il siège de 200 à 900 héliastes tirés au sort parmi 6000 citoyens. Ces héliastes remplissent le rôle passif de juges et de jurés jusqu'à la phase de jugement. Le procès commence par un serment (« *διωμοσια* », « *diomoseia* ») des parties en vertu duquel chacune fixe sa ou ses prétentions<sup>218</sup>. La procédure connaît alors deux étapes,

---

<sup>217</sup> Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2000 à la p 84 [Gaudemet, *Institutions*].

<sup>218</sup> Bonner et Smith, *supra* note 166 aux pp 73-93.

chacune respectant le principe du contradictoire : une phase d'instruction (1<sup>ère</sup> étape) et le procès au fond (2<sup>ème</sup> étape).

Si la profession d'avocat n'existe pas encore véritablement, les parties, peu versées dans la maîtrise de l'écrit et de l'art oratoire, peuvent faire appel à des logographes, pour les premiers, et à des synégores, pour les seconds<sup>219</sup>. Des professionnels de la défense et de l'accusation font donc leur apparition, mais toute action frivole de leur part est susceptible d'être sanctionnée<sup>220</sup>.

Le procès demeure cependant une bataille ou une opposition, une *αγών* (« *agôn* »). Aux rapports physiques se substitue la joute verbale et la notion de litige au sens judiciaire du terme prend tout son sens<sup>221</sup>. Les orateurs y tiennent donc une place prépondérante<sup>222</sup>. Le caractère religieux de la justice répressive s'est affaibli, mais il n'a pas complètement disparu. Les Dieux inspirent les juges, et c'est en invoquant les Dieux que les représentants de la justice citoyenne prononcent leurs décisions<sup>223</sup>. Même pour les Athéniens, pourtant éclairés et raisonneurs, contemporains de Socrate, comme pour les populations de la Grèce primitive, la justice humaine trouve encore sa base et sa légitimité dans la justice Divine. Aux yeux de Démosthène, celui qui enfreint l'ordre légal attaque l'œuvre des Dieux<sup>224</sup>. La loi est, pour lui, un don du ciel<sup>225</sup>. Platon affirme, quant à lui, que c'est la crainte des Dieux qui rend les lois inébranlables<sup>226</sup>. Un autre phénomène moral et juridique, qui remonte aussi à l'âge archaïque et qu'on s'étonne de retrouver dans la cité d'Athènes à l'âge de sa splendeur, c'est le sentiment vif et profond de la légitimité de la vengeance individuelle ou collective. Associée

---

<sup>219</sup> Soubie, « Preuves II », *supra* note 171 aux pp 172-76.

<sup>220</sup> Bonner, *Evidence*, *supra* note 171 aux pp 82 et s.

<sup>221</sup> Matthew R Christ, *The Litigious Athenian*, Baltimore (MD), Johns Hopkins University press, 1998 aux pp 1-13.

<sup>222</sup> Voir Soubie, « Preuves II », *supra* note 171; Dobson, *supra* note 165.

<sup>223</sup> Démosthène, « Discours XXIV Contre Timocrate » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Octave Navarre et Pierre Orsini, t 1, Paris, Les Belles Lettres, 1945, 114 à la p 126 [Démosthène, « Timocrate »]; Démosthène, « Discours XXVIII Contre Aphobos II » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 1, Paris, Belles Lettres, 1954, 53 [Démosthène, « Aphobos II »].

<sup>224</sup> Démosthène, « Contre Aristogiton II » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Georges Mathieu, t 4, Paris, Les Belles Lettres, 1945 à la p 126 au para 27.

<sup>225</sup> *Ibid* au para 16.

<sup>226</sup> Platon, *Lois*, Paris, Flammarion, 2006 ch 10 [Platon, *Lois*].

aux idées religieuses, elle devient l'un des principaux mobiles de l'exercice du droit de punir en guise de représailles. En accusant Androtion, Démosthène s'écrie :

*J'ai lutté devant vous, et j'ai obtenu un acquittement. On ne dira pas qu'il s'en est fallu de peu, car Androtion n'a pas même eu pour lui le cinquième des voix. Voilà pourquoi je veux me venger, avec votre aide, aujourd'hui et toujours*<sup>227</sup>.

Dans le langage des orateurs les plus illustres, l'accusé d'un crime est un ennemi qu'ils détestent et dont ils désirent ardemment la ruine, l'exil ou la mort<sup>228</sup>. On peut dès lors légitimement s'interroger comment, dans de telles circonstances, Platon et plus tard Aristote réussiront à faire de la justice une vertu universelle. Cette singularité de leur pensée va faire en sorte que la justice deviendra la vertu par excellence, relayant au second plan, le courage ou la sagesse, valeurs qui seront par la suite des dérivations de la justice<sup>229</sup>. Aristote commentera plus tard :

*Ainsi donc la justice constitue la vertu finale, et ce, non de manière pure et simple, mais relativement à autrui.*

*Et c'est la raison pour laquelle, souvent, celle des vertus qui semble avoir la suprématie est la justice. On dit encore : « Ni l'étoile du soir, ni celle du matin, n'est aussi merveilleuse ». Et de manière proverbiale, nous prétendons : « Mais la justice résume en elle-même la vertu toute entière »*<sup>230</sup>.

Platon, quant à lui, développera une forme déontologique de la justice et considèrera ce devoir comme un principe régulateur des rapports individuels et sociaux<sup>231</sup>. Sa pensée n'aura cependant pas d'effet immédiat sur le système judiciaire des Grecs qui demeurera dominé par les rapports de force individuels et par la justice Divine. Même si la justice se démocratise

---

<sup>227</sup> Démosthène, « Discours XXII Contre Androtion » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Rodolphe Dareste, t 1, Paris, E Plon, 1879 à la p 4.

<sup>228</sup> Démosthène, « Discours XXI Contre Midias » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Jean Humbert, t 2, Paris, Les Belles Lettres, 1959, 14 à la p 58 au para 118; Démosthène, « Timocrate », *supra* note 223 à la p 132 au para 8; Lysias, *Contre Eratosthène, l'un des trente tyrans*, traduit par Louis Genet et Michel Bezos, Paris, Les Belles Lettres, 2010 à la p 21 au para 2 [Lysias, *Eratosthène*]; Lysias, *Discours XXII, Contre Andocide*, traduit par Louis Gernet et Marcel Bizot, t 1, Paris, Belles Lettres, 1955 aux pp 89-105 [Lysias, *Andocide*].

<sup>229</sup> Giorgio del Vecchio, *supra* note 169 à la p 18.

<sup>230</sup> Aristote, *Éthique*, *supra* note 160 aux p 230 et V [1129b 26-30].

<sup>231</sup> Giorgio del Vecchio, *supra* note 169 à la p 19; Platon, « République », *supra* note 160, ch I, 6, 331 e.

pendant l'ère classique et qu'un système de preuves a fait son apparition, il y aura toujours un net décalage entre la réalité du système judiciaire et la conception platonicienne de la justice.

On ne peut encore parler d'un système de preuve spécifique au droit pénal. La distinction entre les litiges civils ou pénaux est encore inexistante. Comme le précise Gérard Sautel, le problème de la preuve ne se pose pas dans un cadre procédural ou institutionnel préétabli<sup>232</sup>. Le plaideur ou le demandeur ne s'attarde pas à prouver un fait ou un droit, il s'attache à réaliser une prétention, au moyen de rites ou d'actes appropriés qui sont convenus et acceptés par le corps social. Il y a certes un effort de recherche de la vérité, mais cette notion de vérité est à la merci de diverses influences et ne s'ajuste pas toujours à rechercher l'exactitude de la réalité. Les particularités de la justice grecque que nous avons vues plus haut, nous conduisent à chercher dans plusieurs directions pour illustrer la manière dont on recherche la vérité. Le procès, nous l'avons vu, est un mélange de rapports de force, de Divin et de rationalisme, étatique ou privé. Ces éléments participent directement ou indirectement au processus de recherche de la vérité. Mais le savoir devient progressivement un élément clé des modèles de recherche de la vérité, pour occuper une place substantielle à l'époque classique. Avec le savoir, la raison fait son apparition dans l'ordre juridique. C'est elle qui commande la recherche de la vérité dans la vérification des faits et dans les prétentions des parties.

Cette combinaison de facteurs contribuant à la recherche de la vérité ne constitue pas une spécificité du droit grec. Dans toutes les sociétés primitives, on retrouve cet agencement d'influences. Avant de fonder un système de justice sur le savoir et la reconstitution des faits avec ce savoir, il faudra du temps. C'est néanmoins dans ce contexte complexe de force, de Divin et de rationalité humaine que se sont forgés les systèmes juridiques de preuves et de procédure grecs.

L'histoire de la preuve montre, et ceci semble valable pour toutes les sociétés primitives, y compris la société de la Grèce Antique qu'à côté des moyens de preuve

---

<sup>232</sup> Sautel, *supra* note 171 à la p 117.

rationnels (comme les écrits et les témoignages) cohabitent l'ordalie et le serment<sup>233</sup>. La preuve irrationnelle persistera et influencera la décision du juge pendant longtemps encore.

C'est grâce à la parole qui va prendre toute son ampleur avec la rhétorique que les régimes de véridiction vont se développer. D'après André Soubie : « *les Grecs n'ont pas créé une science autonome du droit : ils ne pensaient pas qu'une discipline d'ordre strictement juridique pourrait donner aux orateurs tout le langage technique nécessaire. Aussi la rhétorique, art de l'argumentation, apparaît-elle comme le pendant théorique, le support de l'éloquence judiciaire; il s'établit un rapport constant entre les deux* »<sup>234</sup>. Avec l'habileté rhétorique, les moyens de preuve se précisent et les modes irrationnels sont peu à peu écartés, avec une exception notable : le serment<sup>235</sup>. C'est par conséquent l'art de la persuasion qui va forger le système de preuves grec. Ce qui fait dire à André Soubie que « *l'avènement d'un régime de preuves rationnelles n'apparaît pas nécessairement comme la conséquence de transformations sociales, mais plutôt comme l'affirmation de données spirituelles, des progrès de la pensée et de ses formes caractéristiques, ce qui précisément, constitue l'art des rhéteurs* »<sup>236</sup>. Celui qui possède la connaissance va donc l'emporter.

Démosthène nous offre une classification des preuves en droit grec qu'il mentionne dans une de ses causes célèbres « *contre Aphobos* »<sup>237</sup>. Dépossédé par ses trois tuteurs, Démosthène entame une procédure à leur encontre à la suite de l'échec de pourparlers et de procédures d'arbitrage. Conformément aux règles de procédure, Démosthène est obligé de diviser chacune de ses actions. Son action contre Aphobos est la seule qui fait l'objet d'un écrit complet :

*Non, juges, je ne dois pas subir à votre tribunal ce déni de justice, et il ne doit pas conserver un tel bien, lui, au mépris de la justice. Si vous n'avez pas encore éprouvé mon dévouement, l'espérance est du moins permise que je ne serais pas inférieur à mon père. Pour Aphobos, l'épreuve n'est plus à faire; vous savez qu'ayant recueilli une fortune considérable, non seulement il ne s'est jamais signalé à votre service,*

---

<sup>233</sup> Jean-Philippe Lévy, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 9 [Lévy, « L'évolution de la preuve »].

<sup>234</sup> Soubie, « Preuves II », *supra* note 171 à la p 179.

<sup>235</sup> Bonner et Smith, *supra* note 166 à la p 145; Bonner, *Evidence*, *supra* note 171 aux pp 74-79.

<sup>236</sup> Soubie, « Preuves II », *supra* note 171 à la p 179.

<sup>237</sup> Démosthène, « Aphobos II », *supra* note 223 à la p 53.



*mais la preuve est faite qu'il s'est emparé du bien d'autrui. Considérez tout cela, rappelez-vous le reste, et votez suivant la justice. Les preuves ne vous manquent pas : témoignages, présomptions, vraisemblances, aveux même, puisqu'ils reconnaissent avoir pris possession de tout mon bien*<sup>238</sup>.

Les témoignages sont cités en premier. Il s'agit d'ailleurs du moyen de preuve le plus usité<sup>239</sup>. Cependant, ce mode de preuve ne présente pas un caractère objectif. Il faut y voir une parade d'amis venus apporter un soutien moral à l'une des parties au procès. Dans un plaidoyer prononcé dans l'affaire *contre Euboulydès*, l'accusation cite une quinzaine de témoins, Démosthène remet en cause l'authenticité et l'utilité de ces témoignages :

*En tout cas, juges, je pensais que le devoir d'Euboulidès, voire de tous ceux qui soutiennent aujourd'hui l'accusation dans ce genre de cause, c'était de dire tout ce qu'ils savent précisément, mais de n'introduire aucun on-dit dans un tel débat. Car l'injustice du procédé a été depuis longtemps si bien reconnue que le témoignage par oui-dire est interdit par les lois, même dans les affaires insignifiantes. Et cela se comprend : quand on a vu convaincre de mensonge des témoins qui prétendaient savoir la vérité, comment se fier à ce que le témoin ne sait pas personnellement?*<sup>240</sup>.

Viennent ensuite les présomptions et les vraisemblances qui constituent des preuves artificielles ou « élaborées » pour reprendre l'expression d'André Soubie<sup>241</sup>. C'est, bien entendu, la rhétorique qui a élaboré ces modes de preuves que sont à l'évidence, la vraisemblance, les présomptions (au sens strict et la présomption contraire) et surtout la prétention de savoir. Ces modes de preuve inductifs se réduisent en réalité à une probabilité en vue de produire une certitude dans l'esprit de celui qui les reçoit ou les entend.

La vérité est donc affaire de langage. L'aveu, dans un tel contexte, est classé par les historiens parmi les preuves extrinsèques ou « *non artificielles* »<sup>242</sup>. Celles-ci comprennent la torture et le serment. Placer l'écrit au même rang que l'aveu, la torture ou le serment paraît relever d'une contradiction, mais la torture n'est pas une preuve mais le moyen d'obtenir des

---

<sup>238</sup> Démosthène, « Aphobos II », *supra* note 223 à la p 61 au para 22.

<sup>239</sup> François Pringsheim, « Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque » (1951) 6 RIDA 161; Claude Préaux, « La preuve à l'époque hellénistique, principalement dans l'Égypte grecque » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 48 à la p 110.

<sup>240</sup> Démosthène, « Discours LVII Contre Euboulidès » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 4, Paris, Les Belles Lettres, 1954 à la p 15 au para 4.

<sup>241</sup> Soubie, « Preuves II », *supra* note 171.

<sup>242</sup> Soubie, « Preuves II », *supra* note 171 à la p 183.

aveux forcés qui peuvent être vrais ou faux. La recherche de la vérité ne constitue toutefois pas un objectif de justice lorsque l'on a recours à la torture mais la rhétorique en a décidé autrement. En effet, la torture, sous la pression des rhéteurs sophistes, a fini en réalité par devenir un mode alternatif de résolution des conflits en dehors du procès (*dikastêrion*), se rapprochant de l'ordalie<sup>243</sup>. La torture ne concernait toutefois que les esclaves, les non citoyens grecs. Par exemple, un litigant proposait à son adversaire d'interroger un de ses esclaves comme témoin sous la torture, en se réservant le droit de garder un contrôle sur le mode de torture. L'esclave (*basanos*) est censé connaître la vérité et devait affirmer ou infirmer la prétention de son maître. Démosthène rapporte :

*[...] il me lit une sommation qui n'en finissait plus, où il exigeait qu'on mît à la question un esclave qu'il prétendait au courant des faits; si ses allégations étaient prouvées, je devais lui payer la réparation qu'il fixait [...]*<sup>244</sup>.

Cette procédure alternative est, de toute pièce, créée par les rhéteurs qui mettaient de côté les difficultés juridiques et procédurales avec une grande facilité. La torture devait donc produire initialement des aveux. L'objectif premier des rhéteurs était de persuader l'assemblée et l'adversaire, ainsi qu'Anaximène le précise :

*L'opinion de l'orateur consiste à faire connaître sa propre pensée sur l'affaire. Il faut faire ressortir ton expérience sur les sujets que tu traites, et démontrer qu'il est dans ton intérêt de dire la vérité sur eux*<sup>245</sup>.

La torture, ainsi utilisée par les rhéteurs, apparaît comme un moyen de convaincre de la vérité plus que de vérifier des faits et cela donne lieu à des témoignages forcés, cette volonté de convaincre à tout prix, constituant l'essence même de la rhétorique. La rhétorique a donc eu un impact important et particulier sur l'aveu judiciaire contraint dans le monde grec.

## **B) Aveu et rhétorique, ou la tension dialectique entre savoir et vérité**

Il convient de distinguer les aveux en matière civile, des aveux en matière pénale. Les premiers, selon André Soubie, sont décisifs et, ont un effet opératoire immédiat. On les

---

<sup>243</sup> David C Mirhady, « Torture and Rhetoric in Athens » (1996) 116 JHS 119 à la p 119.

<sup>244</sup> Démosthène, « Discours XXXVII Contre Panténètos » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 1, Paris, Les Belles Lettres, 1954, 243 au para 40.

<sup>245</sup> Lampsaque, *supra* note 215 à la p 52.

considère comme des actes de disposition créateurs de droit à l'instar de la « *confessio in iure* » en droit romain<sup>246</sup>. Les seconds présentent des affinités avec la torture et le témoignage et constituent un moyen accessoire de recherche de la vérité. Dans son analyse de la preuve dans le droit grec, André Soubie s'appuie sur une analyse des discours de rhéteurs qui concernent surtout des affaires civiles<sup>247</sup>. Les affaires pénales rapportées par l'auteur semblent se limiter aux cas de crimes contre la religion, à ceux d'accaparement de blé et de dénonciation à l'encontre de citoyens.

Analysons respectivement les aveux figurant dans les discours sur lesquels s'appuient les auteurs André Soubie et Marie-Madeleine Mactoux pour étayer leur thèse reconnaissant une place non négligeable à l'aveu dans le système judiciaire de la Grèce ancienne. Le premier discours est celui de *Lysias contre Andocide*<sup>248</sup>. Nous ne discuterons pas de la question de l'authenticité de ce discours<sup>249</sup>. On en fait l'analyse tel qu'il est relaté. Andocide est un personnage singulier du V<sup>ème</sup> siècle avant notre ère. Il a vécu à Athènes et a œuvré comme orateur occasionnel de talent. En 415, il aurait participé aux Hermocopides (l'affaire de la mutilation des parties viriles ou du visage d'Hermès). Il réussit à obtenir une immunité en sa faveur pour avoir dénoncé les autres participants mais, il doit s'exiler. Il revient à Athènes une dizaine d'années plus tard, puis devient un politicien. Malgré un début de carrière remarqué, il fait l'objet d'une arrestation puisqu'il est accusé d'avoir participé à la cérémonie des Mystères; un rite religieux qui permet notamment de savoir s'il existe une vie après la mort. On allègue qu'il ne pouvait participer à ce rituel en raison de son atimie (son statut de banni). C'est dans le procès qui suit que s'inscrit le *Lysias* (ou le *pseudo Lysias*) *contre Andocide*. D'après cet écrit, l'orateur Lysias connaissait très bien Andocide. Il en dresse un portrait peu élogieux en raison de ses prétendus crimes religieux passés. Rappelons que ce discours

---

<sup>246</sup> Soubie, « Preuves I », *supra* note 171 à la p 249.

<sup>247</sup> Démosthène, « Discours XXXVI Pour Phormion » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 1, Paris, Les Belles Lettres, 1954, 199; Démosthène, « Discours XLVIII Contre Olympiodoros » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 2, Paris, Les Belles Lettres, 1954, 231.

<sup>248</sup> Lysias, *Andocide*, *supra* note 228 aux pp 89-105.

<sup>249</sup> Louis Gernet dans la notice préalable à ce discours insiste sur le caractère fragmenté et même mutilé du texte. Il le considère au demeurant comme étant une diatribe contre Andocide, composée après le procès.

intervient après la défense d'Andocide dans son célèbre *Sur les Mystères*<sup>250</sup>. Lysias prétend qu'Andocide a prononcé des aveux :

*Mais il est étrange, dira-t-il, que le dénonciateur subisse les derniers châtiments. Lorsque ceux qui ont été dénoncés, restant citoyens, conservent les mêmes droits que vous; et à vrai dire, il ne se défendra pas lui-même, il accusera les autres. Il est certain que ceux qui ont ordonné le rappel des autres sont en faute et coupables de la même impiété qu'eux : mais si c'est vous qui, cette fois souverains, allez priver les Dieux de leur vengeance, les coupables ce sera vous. Ne permettez donc pas qu'on retourne contre vous cette accusation : pour vous en décharger, vous n'avez qu'à châtier le criminel. De plus, ceux qui ont été dénoncés nient; lui au contraire, avoue. Or, devant l'aréopage, le plus vénérable et le plus juste des tribunaux, qui avoue périt; tandis que, celui qui conteste, il y a débat contradictoire et, bien des fois, un verdict d'innocence; il ne faut donc pas avoir la même opinion de ceux qui nient et de ceux qui avouent*<sup>251</sup>.

Cet extrait du discours de Lysias appelle plusieurs remarques. En premier lieu, l'existence de prétendus aveux repose sur une affirmation péremptoire de l'accusation et résulte d'une interprétation très tendancieuse de la défense élaborée par l'accusé. Il est donc difficile de se faire une idée précise sur l'étendue de ces aveux. En second lieu, dans le cadre de sa défense, Andocide n'a jamais fait état qu'il avait fait des aveux. Dans son exorde, bien au contraire, il attaque ses accusateurs et fait appel à la justice du tribunal. Il affirme qu'il n'a pas fui contrairement à bien d'autres : c'est une bonne raison de le présumer innocent<sup>252</sup>. Son texte constitue une dénégation générale des accusations portées à son encontre et constitue même une démonstration juridique convaincante. Nous savons par ailleurs que ses juges lui donnent finalement gain de cause dans cette affaire. On peut donc conclure qu'il n'y a pas eu d'aveu de la part d'Andocide.

Avant de tirer toutes les conclusions sur l'absence d'aveu dans cette affaire, analysons à présent la thèse de Marie-Madeleine Mactoux. Elle fait pour l'essentiel une analyse sémantique et linguistique d'un autre discours de Lysias, *Lysias contre Nicomachos*<sup>253</sup>. Dans ce texte, il est difficile de cerner avec exactitude les incriminations dont fait l'objet

---

<sup>250</sup> Andocide, *Discours*, traduit par Georges Dalmeyda, Paris, Belles Lettres, 1930.

<sup>251</sup> Lysias, *Discours*, *Discours XXX, Contre Nicomachos*, traduit par Louis Gernet et Marcel Bizot, t 2, Paris, Belles Lettres, 1926 à la p 97 [Lysias, *Nicomachos*].

<sup>252</sup> Lysias, *Andocide*, *supra* note 228 à la p 62 (voir *Sur Les Mystères*).

<sup>253</sup> Lysias, *Nicomachos*, *supra* note 251 aux pp 157-71.

Nicomachos. Louis Gernet dans sa notice met en doute l'authenticité de ce texte comme provenant de Lysias, en raison de son ordonnancement maladroit et de son manque de structure. À l'instar du discours *contre* Andocide, nous le prenons tel quel sans discuter de son authenticité.

Nicomachos semble avoir outrepassé ses fonctions de transcripteur et, surtout, se serait dérobé à son obligation de reddition de compte. Nicomachos est d'origine servile et exerce alors le métier de sous-greffier. Il est affranchi et devient athénien. Nicomachos exerce alors la fonction de transcripteur de lois. Lysias lui reproche son manque de reconnaissance à l'endroit de la cité et l'accuse même de forger des textes de lois inexistantes et de les prétendre authentiques. Les preuves avancées par Lysias sont médiocres. La charge, en revanche, est agressive et, sans doute, exagérée. Pour son accusateur, Nicomachos mérite la mort. Dans de telles circonstances, la preuve doit être sérieuse et motivée. À la lecture du discours de Lysias, on doit demeurer dubitatif sur le caractère fondé de culpabilité de Nicomachos, en raison de la pauvreté de l'argumentation. Certes, le style rhétorique de l'époque reste très habile, mais on remarque une absence de preuves.

Il est difficile, dans ces conditions, d'adhérer à l'opinion de Marie-Madeleine Mactoux sur la question de la présence d'un aveu dans le texte de Lysias. Ses travaux consistent à procéder à une « analyse lexicale du plaidoyer », à « une analyse factorielle des correspondances ». Notre réflexion est celle d'un juriste qui s'interroge de la manière suivante : sommes-nous en présence d'une preuve de la nature de l'aveu? À notre avis, il n'en est rien. On observe, certes avec cet auteur, l'effacement du « je » du locuteur qui devient censeur, la prédominance d'un « vous » (les juges), le suremploi de termes politiques, « cité », « loi », « peuple », qui sont vidés de leur substance. Nous constatons, en réalité, pour notre part, une absence de vocabulaire qui permet l'identification de la preuve et même de l'accusé. Le tout crée une confusion pour le linguiste qui y voit cependant une structure de « substitution-inversion », et donc, une situation de reconnaissance d'un aveu, inexistante pour le juriste que nous sommes.

En fait, la thèse de Marie-Madeleine Mactoux sur le discours de Lysias met en relief l'impossibilité pour Nicomachos de nier l'allégation. Selon Lysias, Nicomachos doit, et il n'a pas d'autres choix, faire des aveux. Il est redevable d'une obligation de vérité. Cette analyse,

aussi intéressante soit-elle, confirme en tout état de cause que l’aveu joue un rôle mineur dans les systèmes judiciaires de la Grèce archaïque et classique et l’analyse, faite plus haut, du *Contre Andocide* confirme ce point de vue. En fait, Lysias en bon sophiste, par son habileté rhétorique, prétend que Nichomachos fait des aveux. Il n’en précise ni les circonstances, ni le moment. Il fait plutôt des effets de toge et émet des généralités. Par exemple, dans le *contre Andocide* il affirme : « *celui qui avoue périt, celui qui conteste, il y a débat contradictoire* ». Sa persuasion est vide de sens quand il dit : « *il ne faut donc pas avoir la même opinion de ceux qui nient et de ceux qui avouent* ». Lysias remplit le silence de Nichomachos. Il prétend connaître la vérité car il est Lysias l’orateur, mais il est aussi Nichomachos. Lysias le connaît et peut le lire : il sait en tant que Nicomachos. Lysias, devant le tribunal, prétend savoir, mais il ne sait pas en vérité. Sa prétention non contestée de la vérité fait de lui le maître ou l’autorité. Il accède au pouvoir par une prétendue connaissance exclusive des faits, mais aussi des individus. Son pouvoir, il le tire d’aveux non pas prononcés, mais supposés. C’est donc ce savoir imprégné de rhétorique qui l’emporte sur la preuve des faits et sur la preuve de l’aveu.

L’aveu dont il est question dans les textes des rhéteurs n’est pas des plus courants – et pour cause. Leurs discours ne sont pas faits pour reconnaître des crimes mais pour les réfuter ou pour accuser l’adversaire. Il faut cependant attirer l’attention sur le titre de l’article de Marie-Madeleine Mactoux que nous avons cité plus haut; « *Les pratiques discursives comme stratégie de reconnaissance* ». Il mérite que l’on s’y arrête. Il évoque ce qui ne ressort pas réellement du texte, l’idée que l’aveu constitue généralement un thème discursif et de persuasion pour les rhéteurs de la Grèce antique mais non un mode de preuve. L’aveu fait donc essentiellement l’objet d’une véritable construction intellectuelle, souvent de la part de l’accusation, au service d’une argumentation. Le mot « aveu » emporte tout de même une conséquence. Même s’il n’est pas énoncé dans les écrits de la Grèce, on doit tout de même le supposer et affirmer son existence occasionnelle à titre de preuve. Il est avant tout d’une efficacité redoutable pour entériner la mort de l’avouant<sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup> Nous pensons qu’il demeure difficile d’affirmer de manière catégorique que l’aveu ne constituait pas un moyen de preuve valable en Grèce. L’aveu peut toutefois avoir un effet déterminant lorsqu’il existe et conduit à la mort. Mais il s’agissait surtout d’un moyen de preuve intervenant à la suite ou dans le cadre d’une torture. Il ne fait l’objet d’aucun commentaire par Aristote. Il n’a même pas pris le soin de le mentionner comme moyen de

### C) L'aveu : entre confession, rhétorique, conversion et metanoïa

À la fin du V<sup>ième</sup> siècle et de la première moitié du IV<sup>ième</sup> siècle avant notre ère, on assiste aux derniers soubresauts de la démocratie athénienne avant que celle-ci ne soit engloutie dans les conquêtes de Philippe de Macédoine, puis d'Alexandre le Grand. Un nouveau genre littéraire à part entière a fait son apparition : la rhétorique. De très grands orateurs, dont on a parlé plus haut, se partagent la vedette : Lysias, Démosthène, son adversaire Eschine, Isocrate et bien d'autres encore... Tous ces orateurs mettent leur art au service, soit des tribunaux (comme « logographes »), soit au service de causes politiques et patriotiques. Les règles de l'art oratoire se codifient peu à peu. Il reviendra à Aristote de les synthétiser.

La preuve semble avant tout être un élément du discours, une fonction de l'argumentation du locuteur. Elle ne semble pas jouer ou n'est pas censée jouer le rôle qu'on lui connaît aujourd'hui, à savoir la preuve de faits participant à la découverte de la vérité. La création d'une catégorie « artificielle » des preuves (témoignages, indices, écrits...) confirme la thèse selon laquelle la preuve n'est qu'une donnée de l'argumentation. C'est dans cet esprit que Chaïm Perelman rappelle l'existence d'un « *débat séculaire entre les partisans de la vérité et ceux de l'opinion, entre philosophes, chercheurs absolus et rhéteurs, engagés dans l'action* »<sup>255</sup>. Selon cet auteur, il existe une différence entre convaincre et persuader. Si on s'attache au résultat recherché, persuader est plus que convaincre. En revanche, au strict plan rationnel, convaincre est plus que persuader. Il existerait un élément affectif dans la persuasion qui relèverait davantage du sophisme. La thèse de l'auteur, à laquelle nous adhérons, suppose différents types d'auditoire. Une argumentation est persuasive lorsqu'elle vaut pour un auditoire particulier, elle sera convaincante, si elle obtient l'adhésion de tout être de raison, à savoir l'auditoire universel<sup>256</sup>.

---

preuve. À l'instar d'Aristote, la plupart des auteurs que nous avons cités et dont les travaux portaient sur le droit et les institutions dans la Grèce antique n'accordent que peu de place, voire aucune à l'aveu.

<sup>255</sup> Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1988 à la p 35.

<sup>256</sup> *Ibid* aux pp 36-40.

Cette thèse appliquée à notre sujet de l'aveu dans la Grèce antique, nous amène à nous pencher sur la critique de Socrate à l'endroit des rhéteurs et rapportée par Platon dans *L'Apologie de Socrate*<sup>257</sup> et le *Gorgias*<sup>258</sup>.

Dans le *Gorgias*, Socrate est ainsi d'avis : si le rhéteur a pour fonction de persuader en matière de justice, alors il doit préalablement connaître la justice. Or, celui qui connaît la justice ne peut commettre d'injustice. Il est convaincu qu'il suffit de connaître le bien pour le pratiquer, et le vice relève donc de l'ignorance. Selon Socrate, à chaque art correspond une sorte de flatterie. Ainsi la sophistique se serait développée avec la législation, la rhétorique avec la justice, la cuisine avec la médecine, et la toilette avec la gymnastique. Mais, l'un des interlocuteurs de Socrate, en l'occurrence Polos, se refuse à considérer les rhétoriciens comme de simples flatteurs. D'après lui, ils sont les citoyens plus puissants, capables, à l'instar des tyrans, de satisfaire toutes leurs volontés et tous leurs intérêts grâce à la prétention de savoir. Pour Socrate, les rhéteurs comme les tyrans qui commettent des crimes ne sont pas puissants. Ils ne peuvent pas commettre des crimes pour leur avantage personnel, mais en vue d'une autre fin qui est celle du bien. Or, comme une attitude criminelle est contraire au bien, l'orateur et le tyran ne peuvent pas atteindre leur fin et ne sont donc pas puissants. Pour Socrate : « *le plus grand des maux, c'est de commettre l'injustice* »<sup>259</sup>, si bien que : « *quiconque est honnête, homme ou femme, est heureux, et quiconque est injuste et méchant, malheureux* »<sup>260</sup>.

Selon Socrate, la rhétorique ne cherche qu'à plaire ou à séduire. Le véritable orateur devrait établir dans les âmes, l'ordre et la règle, qui forment des hommes justes et modérés. Mais sa critique ne s'arrête point là puisque Socrate s'en prend également au langage judiciaire :

*Bienheureux Polos, tu essayes de me réfuter avec des preuves d'avocat, comme on prétend le faire dans les tribunaux. Là en effet, les avocats croient réfuter leur adversaire quand ils produisent à l'appui de leur thèse des témoins nombreux et considérables et que leurs adversaires n'en produisent qu'un seul ou pas du tout. Mais*

---

<sup>257</sup> Platon, *L'Apologie de Socrate*, traduit par Luc Brisson, Paris, Flammarion, 2005 aux pp 83-159 [Platon, *Apologie*].

<sup>258</sup> Platon, *Gorgias*, traduit par Émile Chambry, Paris, Flammarion, 1967 aux pp 153-284.

<sup>259</sup> *Ibid* à la p 201.

<sup>260</sup> *Ibid* à la p 204.



*cette manière de réfuter est sans valeur pour découvrir la vérité, car on peut avoir contre soi les fausses dépositions de témoins nombreux et réputés sérieux. Et dans le cas présent, sur ce que tu dis, presque tous les Athéniens et les étrangers seront du même avis que toi, si tu veux produire des témoins pour attester que je ne dis pas la vérité. [...]. Mais moi quoique seul, je ne me rends pas; car tu ne me convaincs pas, tu ne fais que reproduire contre moi une foule de faux témoins pour me déposséder de mon bien et de la vérité. Moi, au contraire, si je ne te produis pas toi-même, et toi seul, comme témoin, et si je ne te fais pas tomber d'accord de ce que j'avance, j'estime que je n'ai rien fait qui vaille pour résoudre la question qui nous occupe [...]*<sup>261</sup>.

Il faut retenir de cette diatribe de Socrate contre le langage judiciaire que celui-ci est à la merci d'une « *scoliose pervertie, asservie et insouciant de vrai* »<sup>262</sup>. La parole judiciaire vise la faveur des juges et non la démonstration de la vérité. Socrate refuse l'idée de parler ce langage. On peut cependant noter une contradiction, car le Socrate qui ressort de *L'Apologie de Socrate* de Platon, semble particulièrement à l'aise dans une enceinte judiciaire<sup>263</sup>. Il va même jusqu'à invoquer les témoignages en sa faveur<sup>264</sup>. Soumis à la dialectique si particulière et si percutante de Socrate, l'un de ses accusateurs, Méléto, finit par reconnaître la faiblesse de son accusation<sup>265</sup>. Il reconnaît, il avoue qu'il a tort. Socrate interroge directement son accusateur pour obtenir une reconnaissance de ce dernier qu'il a tort et, donc, pour faire homologuer (reconnaître) son point de vue. Ce serait, cela, la fonction de l'aveu dans le monde antique. L'aveu est une conséquence de la dialectique rhétoricienne. Il est donc habilement provoqué mais jamais spontané. Cependant, à la différence des logographes, Socrate n'entend pas convaincre le public ou ses juges mais seulement son interlocuteur, en le ramenant à sa raison. Là, se situe la vérité selon Socrate. La confession est donc une constatation de sa propre ignorance. Faire avouer une personne c'est la convaincre qu'elle a fait semblant de savoir et qu'elle était dans l'erreur. Comme le précise Giulia Sissa, « *avoir raison, en somme, signifie obtenir l'homologia de l'interlocuteur. Un acquiescement qui ne vient pas d'un seul*

---

<sup>261</sup> *Ibid* à la p 205.

<sup>262</sup> Sissa, *supra* note 167 à la p 54.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Platon, *Apologie*, *supra* note 257 à la p 89.

<sup>265</sup> *Ibid* aux pp 103-04.

*coup, comme une reddition soudaine après un long siège, mais qui se réalise petit à petit, à l'insu de son auteur »<sup>266</sup>.*

Cette reconnaissance (ou cet aveu) va être constatée par une personne tierce au dialogue. Giulia Sissa note, à juste titre, que consécutivement à cet aveu, un sentiment de honte va s'emparer de l'avouant. C'est souvent ce sentiment de honte qui va conduire le locuteur à succomber et donc à avouer. L'aveu serait également une forme d'autocensure de son mensonge. L'aveu d'un crime consisterait donc à se livrer au pouvoir d'un autre en lui donnant raison. C'est la reconnaissance d'un rapport de force entre protagonistes qui n'existe pas seulement dans un contexte judiciaire.

Le discours judiciaire athénien cherche, par conséquent, à persuader les juges ou encore la cité (un auditoire particulier) et ne s'emploie pas à rechercher la vérité (au sens universel) à l'aide de la raison. Pour Socrate, la reddition de l'interlocuteur par la reconnaissance de son incohérence dans le dialogue aboutit à cette vérité. C'est tout l'art de la maïeutique. Cette analyse n'est pas très éloignée de notre conception contemporaine de la théorie de l'aveu. Cette méthode a conduit les individus, et les conduit encore, à connaître leur raisons ou leurs esprits, ou encore le fond de leur âme dans le cadre d'une herméneutique de soi. Notons que la fin du *Gorgias* évoque un autre tribunal, celui qui juge les âmes selon la vérité. C'est Zeus qui décide que les hommes seraient jugés tous nus après leur mort par des juges également morts. Ces juges envoient les âmes des justes aux Îles Fortunées pour y être récompensées, et celles des coupables dans le Tartare, pour y être punies. Mais, la punition diffère selon que les âmes coupables sont guérissables ou ne le sont pas. Pour les premières, la punition est temporaire et aboutit à l'amélioration de leur état moral; pour les autres, qui peuvent être des âmes de tyrans ou de puissants chefs d'État, la punition est éternelle et sert d'exemple et d'avertissement pour en détourner d'autres du crime. Les anciens devaient donc réfléchir à ce qui les attendait dans l'Hadès (l'enfer) et tâcher de vivre et de mourir dans la pratique de la justice et des autres vertus<sup>267</sup>. Cette image effrayante de l'après-mort était

---

<sup>266</sup> Sissa, *supra* note 167 à la p 58.

<sup>267</sup> Platon, *Gorgias*, *supra* note 258 aux pp 278-84.

forcément imprégnée dans l'inconscient de chaque être humain et devait les influencer pour faire le bien et éviter le mal.

La religion antique est faite de rites. L'expérience intérieure des Grecs qui pourrait correspondre à ces rites ne semble pas être entièrement tributaire de la religion. En effet, la religion ou les religions n'encadrent pas la totalité de la vie intérieure de ses adeptes et elles sont largement tolérantes. Elles admettent à côté d'elles une multiplicité d'autres rites et d'autres cultes qui engendrent d'autres préoccupations morales<sup>268</sup>. La religion, à l'époque de la Grèce, n'a pas encore pour objet de convertir.

C'est surtout dans le domaine politique que les hommes de la Grèce antique font l'expérience de la conversion. Comme nous venons de le voir, la pratique de la discussion judiciaire, qui s'applique de façon similaire à la politique, offre la possibilité de « changer l'âme » de l'adversaire par le maniement habile du langage, par l'emploi des méthodes de persuasion. Ce même phénomène est observable en philosophie et, même encore, plus développé<sup>269</sup>. La philosophie platonicienne est, par exemple, foncièrement une théorie de la conversion politique : pour changer la cité, il faut transformer les hommes et les conduire vers le Bien. Toute âme a la possibilité de percevoir cette lumière du Bien<sup>270</sup>.

Après Platon, les écoles stoïciennes, épicuriennes et néoplatoniciennes chercheront à changer l'individu, et non la cité, en proposant de nouveaux modes de vie; allant du simple régime alimentaire à une transformation totale de la morale. L'homme peut retrouver sa nature originelle dans un profond bouleversement de tout son être (c'est déjà la *metanoïa*). Cette *metanoïa* va présider à l'idée de repentance, puis de guérison de l'âme. Concluons en disant que la dialectique socratique et platonicienne a contribué de façon significative à la construction de l'aveu ou à une théorie de la reconnaissance d'une thèse sur l'autre en matière judiciaire. Les anciens avaient compris très tôt la nature de l'aveu. Il est autre chose qu'un

---

<sup>268</sup> Édouard Des Places, *La religion grecque : Dieux, cultes, rites et sentiments religieux dans la Grèce antique*, Paris, Picard, 1969.

<sup>269</sup> Chaïm Perelman, « Rhétorique et philosophie » dans *Rhétoriques*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1989, 209.

<sup>270</sup> Platon, « République », *supra* note 160 au Livre IV.

mode de preuve. C'est peut-être pour cette raison qu'une faible place lui était attribuée dans leur système judiciaire de la Grèce antique.

## **Section II. Le droit romain de l'aveu : une occasion d'émancipation du religieux**

Rome, comme nous allons le voir, va poursuivre dans la voie grecque. Les Romains n'avouent pas plus que les Grecs<sup>271</sup>. L'aveu correspond en fait à une capitulation de la parole et plus tard du corps, face à des accusations dont la légitimité est décidée par le pouvoir. Les autorités, maîtres de ce pouvoir, définissaient le droit et la vérité, à savoir la faute ou le crime reprochés<sup>272</sup>. C'est dans la procéduralisation de la torture que Rome, faute de preuve ou d'éléments persuasifs, se distinguera des Grecs.

Rudolf von Jhering résume l'histoire romaine par trois caractéristiques, ayant trait à la science administrative, à la religion et au droit :

*Trois fois Rome a dicté des lois au monde, trois fois elle a servi de trait d'union entre les peuples : par l'unité de l'État, d'abord, lorsque le peuple romain était encore dans la plénitude de sa puissance; par l'unité de l'Église, ensuite, après la chute de l'Empire romain, et la troisième fois enfin, par l'unité du droit, à la suite de la réception du droit romain au moyen-âge*<sup>273</sup>.

La civilisation de Rome constitue un apport majeur à la culture occidentale. C'est grâce à elle qu'a pu triompher l'idée d'universalité quant à l'application de la règle de droit<sup>274</sup>. Cette civilisation permet le développement d'une morale humaniste et universelle favorisée par la naissance du christianisme<sup>275</sup>.

Cette unité soulignée par von Jhering s'explique en partie par la puissance militaire de Rome<sup>276</sup> et par sa force intellectuelle qui ont fait triompher l'universalisme. Elles ouvrent les

---

<sup>271</sup> Arcaute-Descazeaux, *supra* note 115 à la p 18.

<sup>272</sup> Jean-Michel David, « La faute et l'abandon : Théories et pratiques judiciaires à Rome à la fin de la République » dans *Actes de la table ronde de Rome*, *supra* note 43, 69 à la p 74.

<sup>273</sup> Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd, t 1, Librairie A Marescq, 1886 à la p 1.

<sup>274</sup> *Ibid* à la p 2; Aristote, *Éthique*, *supra* note 160; Philippe Nemo, *Qu'est-ce que l'Occident*, Paris, PUF, 2006 aux pp 23-34.

<sup>275</sup> *Ibid*.

<sup>276</sup> Martin Goodman, *Rome et Jérusalem : Le choc de deux civilisations*, traduit de l'anglais par Michel Bessières, Agnès Botz et Sylvie Kleiman-Lafon, Londres, Perrin, 2009 aux pp 79-105. L'auteur montre que cette unité politique d'abord par la force a finalement été acceptée et a perduré par la contrainte. Voir aussi sur ce point,

portes à une révolution religieuse (et universelle) contribuant à l'avènement d'une chrétienté centralisatrice et au développement d'une éducation morale et religieuse générale. C'est ce qui va présider au développement d'un ordre juridique nouveau construisant un droit universel<sup>277</sup>.

Mais Rome ne s'est pas faite en un jour, c'est plus de douze siècles qui se sont écoulés entre la fondation de Rome et la chute de cet empire<sup>278</sup>. Il est d'usage de dater la création de Rome en 753 avant l'ère commune suivant la tradition légendaire de sa fondation par Rémus et Romulus<sup>279</sup>. L'histoire romaine se divise en trois grandes phases avec la Royauté (753 avant l'ère commune à 509 avant l'ère commune), la République (509 avant l'ère commune à 27 avant l'ère commune) et enfin l'empire<sup>280</sup> (27 avant l'ère commune à 284 de l'ère commune). Mais, comme le précise Jean Gaudemet, ces trois périodes politiques datées ne correspondent pas nécessairement aux périodes de l'histoire sociale, économique et juridique de Rome. Pour notre étude, nous distinguons trois grandes phases utiles à notre thèse : l'histoire ancienne de Rome qui s'achève au II<sup>ème</sup> siècle avant notre ère, l'âge classique correspondant à l'apogée du droit romain, qui se poursuit jusqu'à la fin du III<sup>ème</sup> siècle de notre ère, et enfin la période dite du Bas-Empire, une période de décadence de l'Empire romain, de triomphe du christianisme et, pour ce qui est du droit, de généralisation de la procédure « extraordinaire » tant en matière civile que pénale<sup>281</sup>.

---

Andreas Kalyvas, « The Tyranny of Dictatorship, When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator » (2007) 35:4 *Political Theory* 412.

<sup>277</sup> Nemo, *supra* note 274 à la p 24.

<sup>278</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 27.

<sup>279</sup> Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2003 aux pp 1-93; Gaudemet, *Institutions*, *supra* note 217 à la p 117.

<sup>280</sup> L'Empire est lui-même divisé en deux périodes avec le Haut-Empire (27 avant J.-C. à 284 après J.-C.) et le Bas-Empire (284 ap. JC – 395 ap. J.C.).

<sup>281</sup> Gaudemet, *Naissances*, *supra* note 140 à la p 117; Girard, *supra* note 279 aux pp 1052-64. S'agissant du droit civil, la procédure extraordinaire a succédé à la procédure formulaire, laquelle a elle-même succédé à la procédure dite des Actions de la loi. Ces deux dernières procédures comportaient un aspect régulier, suivaient des formes légales qui s'imposaient tant aux parties qu'aux magistrats. Mais surtout les fonctions de juge et magistrat étaient séparées, en particulier dans la procédure formulaire où le magistrat (le prêteur) communiquait par écrit (la formule) au juge et traçait ainsi la ligne du procès. La procédure extraordinaire se caractérise par la présence d'un magistrat unique aux pouvoirs élargis qui assure également la fonction de juge. En matière pénale, cette procédure extraordinaire se traduit par une procédure inquisitoire par laquelle les juges impériaux se voient attribuer la mission de rechercher d'office et de juger les auteurs de délits. La voie de l'accusation demeure cependant possible mais devient l'exception, voir Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 41; Richard A Bauman, *Crime and Punishment in the Ancient Rome*, London (NY), Routledge, 2009 à la p 50; OF Robinson, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, London (NY), Routledge, 2007.

Rome est d'abord et surtout l'histoire d'une invention : celle du droit. Le droit « [...] *brilla à Rome d'un éclat singulier* » écrit Jean Gaudemet<sup>282</sup>. Le droit romain établit des règles de procédure qui organisent le procès. La loi devient une réalité juridique importante pour la généralisation des règles de droit et leur application à tous, avec des réserves toutefois. Le droit romain est le premier à avoir donné à la coutume sa place dans un ordre juridique structuré. Il l'a même consacrée comme source du droit<sup>283</sup>. Le droit romain marque aussi une véritable législation qui voit le jour dès le V<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune avec la loi des XII Tables, la plus connue. Mais d'autres lois, votées en assemblées<sup>284</sup>, ont succédé depuis et ce, pendant les cinq siècles suivants. Elles ont laissé leur place à des constitutions impériales sous l'empire qui avaient force de loi<sup>285</sup>.

Sa singularité tient en outre dans sa conception d'une procédure créatrice de règles de droit avec la procédure formulaire<sup>286</sup>, procédure civile qui rompt avec le sacré et qui est menée par un magistrat romain (ou un préteur dans les provinces). Le magistrat circonscrit la mission du juge du procès au moyen de la formule qui résume les prétentions des parties, donne des instructions au juge et lui précise les questions auxquelles il doit répondre. Le juge tranche oralement le litige créant un droit au profit de l'un des litigants sur la situation de faits qui les concerne<sup>287</sup>.

Mais Rome, pour notre question d'étude, demeure dans la continuité du miracle grec. Dans l'histoire spirituelle et intellectuelle de l'Occident, Rome a surtout été un intermédiaire entre les pensées grecque et chrétienne<sup>288</sup>. Pour l'aveu, ce droit change peu de choses.

À l'instar du droit grec, les notions de justice, d'équité et de droit naturel sont mises en valeur avec le droit romain. Avec la civilisation romaine, le droit se sépare de la morale; ceci se remarque tout spécialement dans le droit régissant les rapports intrafamiliaux, une

---

<sup>282</sup> Gaudemet, *Naissances*, *supra* note 140 à la p 83.

<sup>283</sup> *Ibid* aux pp 29-32; Girard, *supra* note 279 à la p 27.

<sup>284</sup> André Magdelain, *La loi à Rome : histoire d'un concept*, Paris, Les Belles Lettres, 1978.

<sup>285</sup> Gaudemet, *Naissances*, *supra* note 140 à la p 94; Le terme constitution ne doit pas ici être pris dans son sens moderne.

<sup>286</sup> La procédure formulaire a succédé à la procédure des Actions de la loi. Pour une description de cette dernière procédure, fortement associée à la Loi des XII, voir Girard, *supra* note 279 aux pp 1019-54.

<sup>287</sup> Girard, *supra* note 279 aux pp 1055-1131.

<sup>288</sup> Le droit romain, comme nous le verrons fera une réapparition au XI<sup>ème</sup> siècle avec le droit canonique qu'il inspirera et, bien évidemment, au XV<sup>ème</sup> siècle lors de la Renaissance.

dissociation que le droit grec avait à peine amorcé et que le droit juif avait été incapable de faire<sup>289</sup>.

Ainsi devenu une science autonome, le droit romain devient le vecteur de principes juridiques généraux pérennes. Les progrès de ce droit ne se limitent pas au droit substantif. Les procédures civile et pénale évoluent vers des modèles de juridiction et de véridiction, d'abord basés sur la contrainte (*coercitio*), puis progressivement sur la *juridictio*<sup>290</sup>.

Ce qui devient important à notre sujet d'étude, c'est que la torture sera procéduralement institutionnalisée. Cette officialisation de la torture, productrice d'aveux, librement appréciés par le magistrat dont l'intime conviction constitue l'essence de son pouvoir d'appréciation, permettra de donner des assises au caractère inquisitoire de la procédure à une étape ultérieure de son développement.

L'aveu pénal qui devient une preuve, comme nous le verrons, se distingue de l'aveu civil qui demeure un acte juridique<sup>291</sup>. Dans le contexte pénal, le régime de véridiction du droit romain poursuivra l'œuvre du droit grec.

Les régimes romains de véridiction pénale à l'époque classique illustrent le caractère contradictoire de la procédure. La contradiction - comprise dans le sens de contestation réciproque par les parties de leurs arguments respectifs - constitue l'essence de la vérité judiciaire. Deux versions des faits et du droit doivent exister et s'affronter pour que le sentiment de justice soit satisfait. Sans contradiction, il n'y a point de vérité.

L'influence de la Grèce apparaît de nouveau. L'aveu, comme discours unilatéral, n'a jamais pleinement trouvé sa place dans la procédure. Il a pourtant existé, mais l'aveu se révèle souvent impossible et son utilité souvent aléatoire et inconsistante. En effet, à Rome, la personnalité de l'accusé domine les débats; une preuve opportune et efficace sur sa personne

---

<sup>289</sup> Villey, *La formation*, *supra* note 143 aux pp 104-06, Dans le droit juif, les prescriptions religieuses en matière familiale se confondent avec les règles de droit.

<sup>290</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 32-33.

<sup>291</sup> Yan Thomas, « *Confessus pro iudicato* : L'aveu civil et pénal à Rome » dans *Actes de la table ronde de Rome*, *supra* note 43, 89; Voir aussi Yan Thomas, « L'aveu de la parole au corps (Rome, V<sup>e</sup> siècle av. J.-C. – IV<sup>e</sup> siècle apr. J.-C.) » dans Dulong, *supra* note 31 aux pp 17-56 [Thomas, « L'aveu »].

et sa réputation est déterminante. L'aveu constitue par conséquent une forme d'acquiescement à l'accusation, il n'apprend rien sur l'accusé en tant que personne.

Progressivement, l'aveu devient un instrument de terreur au service du pouvoir. La torture, initialement réservée aux non-citoyens - l'esclave par exemple – prend de l'importance pour obtenir de lui un témoignage forcé contre son maître et pour compléter l'argumentaire de l'accusation. Le supplice, et l'aveu qui en résulte, deviennent un outil de l'enquête pénale.

Nous faisons un bref historique de la procédure pénale romaine (§1) avant d'aborder le cœur de notre sujet, la place de l'aveu dans la justice pénale à Rome (§2).

### **§1. L'évolution de la procédure pénale romaine de la République au Bas-Empire**

L'évolution de la procédure pénale à Rome, du début de la République à la fin de l'empire, est marquée par le contrôle de l'institution judiciaire par des juges-fonctionnaires. La justice criminelle est initialement rendue par des magistrats, mais sous le contrôle du peuple<sup>292</sup>. Elle devient plus tard, lors de l'empire, l'affaire des juges impériaux. On comprend cette évolution en retraçant l'évolution des intérêts protégés par le droit pénal (intérêts publics v. intérêts privés). Cette révolution pénale suit les progrès du droit civil avec la Loi des XII Tables au V<sup>ème</sup> siècle avant notre ère, qui marque, selon Pierre Noailles, une laïcisation de la société romaine<sup>293</sup>. Deux caractéristiques, que nous voyons successivement, marquent, selon nous, l'évolution de la procédure pénale : la première consiste en la laïcisation des rituels religieux dont est empreinte la procédure romaine (A), le glissement d'une procédure accusatoire vers une procédure inquisitoire en raison de la concentration entre les mains de l'empereur du pouvoir judiciaire afin de protéger, en priorité, les intérêts de l'empire (B).

#### **A) La laïcisation progressive de la procédure pénale**

La société romaine archaïque, comme d'ailleurs toute société primitive, se caractérise par un droit d'origine Divine et providentielle. Même sous la République, Cicéron n'oublie

---

<sup>292</sup> Carbasse, *Histoire*, supra note 188 à la p 30.

<sup>293</sup> Pierre Noailles, *Du droit sacré au droit civil : Cours de droit romain approfondi*, Paris, Sirey, 1949 à la p 17.



pas cette origine Divine du droit<sup>294</sup>. Au V<sup>ème</sup> siècle de l'ère commune, Rome commence à distinguer le « *fas* » (droit Divin) du « *jus* » (droit humain). Le *fas* est invoqué dans le droit classique à chaque fois que le droit civil est défaillant<sup>295</sup>. Mais le droit romain reste formaliste et emprunte au ritualisme de la religion<sup>296</sup>. Le droit romain archaïque se construit avec les mêmes procédés intellectuels que ceux la religion<sup>297</sup>. Le droit romain n'est pas enseigné, il demeure une science réservée à une élite. Même dans l'empire, si le droit fait l'objet d'une mainmise impériale, les juristes agissent comme les pontifes de la période classique et de la République.

Le processus d'émancipation du droit romain du droit Divin devient cependant une entreprise poussée de laïcisation qui est unique à Rome dans l'Antiquité. Si l'ancien droit grec a connu une semblable émancipation, cette évolution est demeurée essentiellement théorique<sup>298</sup>. Jamais le droit grec n'est devenu une affaire réservée à une caste privilégiée de juristes. Il demeure appliqué par les citoyens. La loi grecque ne comporte d'ailleurs aucune technicité rebutante pour des profanes. La réflexion sur le droit est générale et la philosophie, avec Aristote ou Platon, propose seulement de grands principes et non des règles pratiques à caractère juridique. Le droit doit être juste, une valeur religieuse à l'origine, s'incorpore au droit grec mais la séparation du droit et du sacré n'a jamais été franche. On pourrait également soutenir qu'elle n'a jamais existé. Le rationalisme grec, rappelons-le, n'est que le fruit de l'observation du cosmos et de la nature, les Dieux sont quasi sécularisés. Le droit doit donc être conforme au plan cosmique et, donc, au plan Divin. Religion, droit et raison se rejoignent en ayant la même conception métaphysique de la justice. Le droit romain, au contraire, intègre ces principes théoriques et philosophiques dans ses pratiques juridiques.

---

<sup>294</sup> Cicéron, « Traité des lois » dans *Œuvres complètes de Cicéron*, traduit par M Nisard, t 4, Paris, Firmin-Didot, 1874, 356 à la p 382 (*De Legibus*, II, 7) : « Ainsi-donc, que les citoyens aient avant tout la conviction que les Dieux sont les maîtres et les régulateurs de toutes choses; que tout ce qui se fait se fait par leur puissance, leur volonté, leur providence; qu'ils méritent bien du genre humain; qu'ils voient ce que nous sommes, nos actions, nos cœurs; dans quel esprit, avec quelle dévotion chacun accomplit les pratiques religieuses; et qu'ils tiennent le compte de l'homme pieux et de l'impie ».

<sup>295</sup> Noailles, *supra* note 293 à la p 20. Voir aussi Henry Lévy-Bruhl, « Sur la laïcisation du droit à Rome » (1956) 4 *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 83 à la p 83 [H Lévy-Bruhl].

<sup>296</sup> Michel Humbert, « Droit et religion dans la Rome antique » dans *Droit et Religion* dans *Archives de philosophie du droit*, t 38, Sirey, 1993, 35 à la p 40.

<sup>297</sup> *Ibid* à la p 41.

<sup>298</sup> Philippe Chiappini, *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz, 2006 à la p 251.

La chute de la monarchie romaine (510 avant l'ère commune), à laquelle succède la République, donne lieu à la séparation des pouvoirs religieux du roi des pouvoirs civils confiés à deux magistrats élus pour un an, chacun ayant des pouvoirs égaux. Les pouvoirs religieux du roi sont dévolus à un collège de pontifes qui deviennent de véritables juristes<sup>299</sup>. Le droit est alors considéré comme un ensemble de règles séculières et humaines. La conception laïque du droit demeure toutefois fondée sur la doctrine grecque et conserve une part de sacré dans ses rites et ses procédés. Les formules sacramentelles du droit romain ont eu une longévité extraordinaire, traversant les siècles sans changer de forme. On peut citer l'exemple de la procédure de revendication d'un bien<sup>300</sup>.

Le droit pénal romain subit des bouleversements. Très tôt, il fait la distinction entre « *la sphère des intérêts collectifs de celle des relations privées* »<sup>301</sup>. Les délits de nature publique couvrent les infractions politiques et religieuses. Ils sont appelés crimes (*crimen*) et sont réprimés par l'autorité publique. Les délits privés (*delicta*) ne concernent que les intérêts privés et les litiges qui en découlent sont tranchés par le droit civil. La structure étatique, qui apparaît progressivement, cherche à protéger ces intérêts politiques et religieux, en réalité ceux de la faction dominante, et définit de nouveaux délits publics<sup>302</sup>. La démarcation entre délits publics et privés n'a cependant jamais été très nette<sup>303</sup>. La répression du crime peut également inclure une peine de nature privée comme la réparation du préjudice<sup>304</sup>. Le droit pénal substantif romain demeure flou contrairement à sa procédure qui elle est particulièrement développée.

Nous savons peu de choses de la procédure romaine primitive (ancien droit romain) si ce n'est le fait que les formes de procès auraient joué un rôle capital dans la formation du

---

<sup>299</sup> Fritz Schultz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1946 aux p 6 et s.

<sup>300</sup> La procédure du *sacramentum in rem* rappelée dans H Lévy-Bruhl, *supra* note 295 à la p 83.

<sup>301</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 30.

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> Il en est ainsi du vol qui pouvait conduire son auteur et même le receleur à rembourser jusqu'à 4 fois la valeur de la chose volée à la victime. Voir Maxime Lemosse, « Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil romain » dans *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique : Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 179.

droit<sup>305</sup>. Longtemps perçue comme une justice privée (lutte violente, vengeance privée, arbitrage), à laquelle on acceptait de se soumettre, certains y ont vu les germes du principe de l'autonomie individuelle<sup>306</sup>. L'État a, par la suite, imposé dans des actions de la loi (*legis actiones*) une procédure d'arbitrage. Mais avant d'en arriver à cette procédure, les formes du procès constituent des prolongements de rites religieux sous contrôle populaire. Le roi est le seul magistrat et cumule les pouvoirs religieux et « judiciaire », mais également les pouvoirs exécutifs et législatifs. Avec la laïcisation du droit et de la généralisation du procès, les *gentes* (clans privilégiés qui régnaient sur la cité) se soumettent progressivement au pouvoir central<sup>307</sup>. Au début de la République, la répression pénale relève des magistrats supérieurs, des consuls et des préteurs principalement, détenteurs de l'*imperium*, le pouvoir suprême pour une durée d'un an. Ces magistrats remplacent le roi. Ils disposent d'un pouvoir de contrainte (*coercio*) contre les criminels mais limité à l'égard du citoyen ou de l'homme libre. En effet, concernant ces derniers, les magistrats se contentent de dire le droit (*jurisdictio*) sous le contrôle de l'assemblée du peuple, dans le cadre d'un procès organisé. L'instruction est publique. À l'inverse, le non-citoyen ne bénéficie pas de cette procédure publique et l'enquête, souvent expeditive, est l'œuvre d'un seul magistrat<sup>308</sup>. Sous cet aspect, il y a deux classes d'individus aux yeux de la loi.

### **B) Le fléchissement d'une procédure accusatoire vers une procédure inquisitoire**

Vers la moitié du II<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune, apparaissent les jurys criminels (*questiones*)<sup>309</sup>. Il existe deux formes de jury : le jury permanent (*questio perpetua*) qui statue en dernier ressort et qui est présidé par un magistrat unique et des jurys temporaires créés par des lois successives pour réprimer de nouveaux délits publics. Ils sont régis par une procédure

---

<sup>305</sup> Gerardo Broggin, « La preuve dans l'ancien droit romain » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 222 à la p 228.

<sup>306</sup> Claude Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960 à la p 6 [C Lévy-Bruhl, *Recherches*].

<sup>307</sup> H Lévy-Bruhl, *supra* note 295 aux pp 83-86.

<sup>308</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 30-34.

<sup>309</sup> James Leigh Strachan-Davidson, *Problems of the Roman Criminal Law*, vol 2, Oxford, Oxford University Press, 1912 aux pp 112-52.

propre établie par les lois qui les instituent<sup>310</sup>. Ils contribuent ainsi à l'évolution du droit pénal *stricto sensu* et permettent de préciser les frontières de certaines infractions comme l'homicide, l'empoisonnement, les faux en écriture, en particulier les faux testaments, etc. L'origine de ces jurys permanents remonte au début du I<sup>er</sup> siècle avant l'ère commune. Malgré quelques différences mineures de nature procédurale, le régime des jurys, permanents et temporaires, donne lieu à une procédure strictement accusatoire. Il faut que la victime (au sens large du terme) ou son représentant soutienne l'accusation devant le jury. Il s'agit d'une manière de responsabiliser les citoyens lesquels deviennent ainsi les gardiens de l'ordre public. Afin de garantir le sérieux de l'accusation, le citoyen-accusateur doit prêter le serment de calomnie (*juramentum calumniae*) qui est assorti de peines sévères et infamantes s'il est un serment mensonger<sup>311</sup>. Compte tenu du caractère répressif de cette procédure, il est permis de douter de son efficacité. Cette procédure devant jury a toutefois été l'occasion pour les maîtres de l'art oratoire, les fameux rhéteurs romains, de mettre en valeur leur éloquence, mais aussi de mettre en avant leurs idées ou celle du pouvoir en place. L'amplification exagérée des faits, des indices et des présomptions par les plaideurs ont contribué à valoriser la « preuve de caractère » de l'accusé, également à asseoir la légitimité de l'intime conviction en matière criminelle dans le cadre d'un système de liberté de la preuve. En réalité, l'orateur, à l'époque classique, remplace la preuve.

À la création de l'empire par Auguste en 27 avant l'ère commune, le pouvoir politique se concentre entre les mains d'un seul homme, l'empereur. Le chef suprême se fait également attribuer le pouvoir de la justice. Il nomme des fonctionnaires dans différentes provinces chargés de rendre justice en son nom. Cette justice impériale coexiste avec les institutions issues de la République. L'empereur intervient personnellement *extra ordinem* « en marge du droit pénal légué par la République »<sup>312</sup>. Progressivement, les empereurs successifs créent de nouvelles incriminations pour lesquelles ils exercent une compétence exclusive et se substituent aux anciennes institutions. En effet, l'empereur peut siéger avec les jurys qui

---

<sup>310</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 34-35.

<sup>311</sup> *Ibid* à la p 37. L'auteur souligne que la peine de calomnie constituait une sanction d'une extrême sévérité. Les coupables de calomnie pouvaient encourir la même peine que l'accusé si celui-ci avait été condamné. Ils pouvaient également se voir appliquer la lettre K au fer rouge sur le front.

<sup>312</sup> *Ibid* à la p 40.

finissent par disparaître au cours du II<sup>ème</sup> siècle de l'ère commune. Il subsiste, toutefois, une ancienne procédure républicaine à défaut de juridiction, celle de l'*ordo judiciorum publicorum* (ordre des procès publics). Elle consiste dans la conservation de la procédure accusatoire au sein de la justice impériale. Cette procédure, dite ordinaire, coexiste avec la procédure extraordinaire qui revêt un caractère clairement inquisitoire, les juges impériaux devant rechercher et juger les auteurs des délits publics<sup>313</sup>. La procédure extraordinaire refera une réapparition marquée au XII<sup>ème</sup> siècle dans le droit de l'Europe continentale sous l'égide des Glossateurs et la distinction entre la procédure ordinaire et extraordinaire subsistera en France jusqu'à la veille de la Révolution.

Cette évolution de la procédure pénale aurait dû influencer le régime de la preuve, en particulier avec l'apparition de la procédure accusatoire avec jury. Si un droit de la preuve s'est développé en droit civil, le droit pénal semble, au contraire, avoir accepté et conservé une certaine liberté dans la présentation des preuves. Gerardo Broggin y voit, dans ce contexte pénal particulier, une valeur probante des éléments de preuve davantage fondée sur la crédibilité de l'autorité qui l'émet plutôt qu'un examen de sa fiabilité<sup>314</sup>. Cette « autorité » de la preuve dépend finalement de la manière dont elle a été présentée, amplifiée, voire dramatisée.

## **§2. L'aveu en droit pénal romain : la difficile réconciliation des objectifs de vérité et de conviction**

Nous analysons enfin la place de l'aveu dans le droit pénal romain. Contrairement au droit civil, l'aveu dans la justice pénale ne peut constituer un jugement. Certes, il permet au juge de fonder son intime conviction et aussi, conséquence logique, peut provoquer une économie de questions. Il occupe une moindre place dans le régime des preuves du droit romain, compte tenu d'une conception large de la notion de preuve. Le recours à la preuve ne poursuit pas, comme on l'entend de nos jours, un objectif de vérité. Son usage est avant tout employé pour servir une cause et chercher l'adhésion du juge ou du peuple à la thèse d'une des parties au litige. Il s'agit d'un outil de rhétorique pour forger la conviction d'un tiers. Tout

---

<sup>313</sup> *Ibid* aux pp 40-42.

<sup>314</sup> Broggin, *supra* note 305 à la p 271.

indice fait l'objet d'une interprétation outrancière et est habilement amplifié. La preuve est au service d'une faction, d'un pouvoir, plus qu'au service de la vérité. L'aveu occupe donc une place limitée dans les systèmes de preuves romains. Avec le temps, il résulte de la torture qui conduit à la capitulation du *Confessus* et permet le rétablissement d'une vérité officielle que jadis les Dieux imposaient d'en haut.

Nous analysons d'abord la place de l'aveu dans le régime des preuves en vigueur à différentes époques romaines (A). Nous terminons par des développements sur l'usage progressif et règlementé de la torture, dont l'institutionnalisation marque une étape incontestable dans l'histoire de l'aveu et de la vérité (B).

### **A) L'aveu et l'évolution de la preuve en droit romain**

Commençons par présenter sommairement le système de preuves en droit romain (1) avant d'aborder la place et la fonction de l'aveu (2).

#### **1) La preuve en droit romain**

L'évolution historique de la preuve laisse apparaître quatre traits, que nous présentons successivement et qui expliquent et déterminent le régime des preuves en droit romain. Ce régime a pendant longtemps été marqué par son empreinte surnaturelle (a). L'objet de la preuve porte plus sur la personne de l'accusé que sur l'acte dont il est accusé (b). La preuve se manifeste surtout dans l'art oratoire (c) de sorte que les preuves rationnelles auront de la difficulté à apparaître (d).

#### **a) L'influence des preuves irrationnelles**

Les sources romaines relatives au droit de la preuve manquent pour la période archaïque du droit romain. Comme dans une société primitive, les Romains ont recours aux ordalies et à d'autres preuves surnaturelles<sup>315</sup>. Ces moyens de preuves ne permettent pas de reconstituer le passé. Ils visent le moment présent et permettent de mettre fin, de manière

---

<sup>315</sup> René Dekkers, « Des ordalies en droit romain » (1948) 1 *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 54 aux pp 62-78. Pour la Grèce, voir Gustave Glotz, *L'ordalie dans la Grèce primitive*, Paris, Fontemoing, 1904.

pragmatique, à un litige. Parmi ces procédés ordales, on retrouve les épreuves du feu<sup>316</sup> ou de l'eau<sup>317</sup>, le duel, le pain consacré<sup>318</sup>, mais aussi le serment purgatoire, comportant une formule d'automalédiction en cas de parjure, et enfin, le serment contradictoire où l'on implore Dieu à se manifester. Ces modes de preuves surnaturelles sont utilisés dans les litiges publics (*iudicim publicum* - pénal) et privés (*iudicim privatum* - civil)<sup>319</sup>. Le recours aux ordales se justifient par l'impossibilité de présenter une preuve scientifiquement probante. Une relation d'adultère, le vol d'un bien, la sorcellerie, et même la filiation, sont difficilement démontrables<sup>320</sup>. L'invocation de la pensée des Dieux permet de suppléer à cette difficulté.

Progressivement éliminées des procédures, les preuves ordales survivront dans le cadre de coutumes et de rites religieux. Elles feront l'objet d'une réglementation précise et réapparaîtront au début du Moyen-Âge. Malgré leur disparition du paysage romain, les preuves surnaturelles marqueront toutefois de leur empreinte irrationnelle le régime de la preuve en droit civil romain<sup>321</sup>, mais aussi les droits d'inspiration romaniste qui suivront. La procédure du serment décisive, bien connue des civilistes, en constitue un bon exemple<sup>322</sup>. Par ailleurs, une preuve profane peut comporter une dimension irrationnelle tout aussi importante que les ordales. Si la preuve surnaturelle disparaît en faveur d'une preuve profane, le jugement s'appuyant sur cette preuve peut être non fondé et tout aussi irrationnel<sup>323</sup>. Le juge peut, en effet, s'appuyer sur l'émotion, sur une intuition ou une impression globale véhiculée

---

<sup>316</sup> Dekkers, *supra* note 315 à la p 58 : « les deux parties devaient traverser un feu; ou prendre en main des fers rouges; ou courir à pieds nus sur des socs de charrues rougis... celle des deux qui parvenaient à supporter ces épreuves sans subir de trop cuisantes brûlures, ou dont les plaies guérissaient plus vite que son adversaire, gagnait le procès : les Dieux se prononçaient en sa faveur ».

<sup>317</sup> *Ibid* : « Les parties étaient couchées, les mains liées, sur la surface de l'eau; si le corps s'enfonçait, les Dieux avaient condamné ».

<sup>318</sup> *Ibid* : « Celui que ne réussit pas à avaler d'un coup un morceau de pain sec, est coupable : une juste crainte lui aura serré la gorge ».

<sup>319</sup> Brogini, *supra* note 305 à la p 233.

<sup>320</sup> Dekkers, *supra* note 315 à la p 59.

<sup>321</sup> Voir pour une illustration, la procédure du *sacramentum* : Noailles, *supra* note 293 aux pp 275 et s, C Lévy-Bruhl, *Recherches*, *supra* note 306 aux p 65 et s.

<sup>322</sup> Le serment décisive consiste pour l'un des plaideurs de qui n'arrive pas à prouver sa prétention par les moyens de preuves ordinaires de prêter serment sur la véracité d'un fait. Par exemple, il peut via ce serment lui demander de confirmer qu'il a remboursé la somme qu'il lui a prêtée. Le juge se trouve lié par ce serment. Le droit civil français prévoit toujours la possibilité d'établir une preuve par un serment décisive aux articles 1357 et s du Code civil français, *Loi du 5 mars 1803 promulguée le 15 mars 1803*, décrétée le 14 ventôse an XI.

<sup>323</sup> Giovanni Pugliese, « La preuve à l'époque classique » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 277 à la p 280.

par la *doxa*, dont l'un des plaideurs au litige se faisait le porte-voix, pour rendre sa décision<sup>324</sup>. Le jugement comporte alors un caractère surnaturel ou irrationnel et continue de s'inscrire dans une longue tradition de jugements fondés sur des preuves irrationnelles. Plusieurs auteurs s'accordent sur le fait qu'il est préférable de parler de « preuves naturelles » au lieu de preuves rationnelles par opposition aux preuves ordaliques<sup>325</sup>.

### **b) Une preuve permettant un jugement moral sur l'accusé**

Les premières sources historiques de la preuve dans l'ancien droit romain montrent que la preuve ne porte pas sur le crime, mais principalement sur l'accusé : « *c'est par la formation d'un jugement moral sur l'accusé qu'on [éclaircit] le fait concret en discussion* »<sup>326</sup>.

La procédure alors en vigueur n'est pas clairement définie; elle n'est ni inquisitoire, ni accusatoire. La forme s'apparente à un réquisitoire dont l'objet consiste uniquement à convaincre le peuple que l'accusation et la peine sont justes<sup>327</sup>. Les facteurs sociaux et émotionnels jouent un rôle important et influencent la décision du juge. L'appréciation de la preuve n'apparaît pas se fonder sur des règles ou même des normes précises. Elle obéit, ici, à une forme de pression sociale et psychologique, affichée ou dissimulée. On peut certainement y voir les racines de la liberté de la preuve et de l'intime conviction et aussi de l'arbitraire dans l'œuvre de justice.

### **c) Une preuve amplifiée par la rhétorique**

Avec l'évolution de la procédure, les magistrats qui ont un pouvoir délégué doivent justifier leur décision; ils doivent nécessairement s'appuyer sur un raisonnement logique. Revenons un instant sur la preuve relative à la personnalité de l'accusé. Le plaideur qui représente l'accusation en fait le cœur de son discours et de son argumentation. Il procède, en outre, à une évaluation personnelle de l'affaire, s'appuyant uniquement sur ce qui sert l'accusation. Ses témoins ne déposeront pas sur ce qu'ils savent mais sur ce qu'ils pensent de

---

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> Brogini, *supra* note 305 à la p 280.

<sup>326</sup> *Ibid* à la p 240.

<sup>327</sup> *Ibid* à la p 241.



l'affaire, mais surtout, de l'accusé et de sa personnalité<sup>328</sup>. Les plaidoiries de Cicéron, célèbre politicien, avocat et auteur prolifique d'ouvrages politiques pendant la République, illustrent ce processus rhétorique<sup>329</sup>. Lorsque Caius Aquilius Gallus, célèbre jurisconsulte romain de la fin de la République, est consulté sur une question de preuve des faits, il répond de manière laconique « *Nihil hoc ius; ad Ciceromen* »<sup>330</sup>. Cicéron a été l'auteur, outre de nombreux ouvrages portant sur la théorie ou la rhétorique, de mémorables plaidoiries tant en matière civile que pénale<sup>331</sup>. Par conséquent, la preuve y tient une place relativement faible et ne semble susciter pour l'auteur guère d'intérêt. L'administration de la preuve constitue un sujet de faible importance. Mais les plaidoiries de Cicéron révèlent leur utilité quant à l'*amplificatio* dont l'orateur fait usage. Seules les questions de droit ou de morale sont abordées, mais souvent sorties du contexte et du fond de l'affaire. En effet, l'orateur insiste sur des développements éloignés, de droit ou de fait, et qui portent sur l'adversaire, l'accusé ou l'accusateur, tels que ses opinions politiques, ses fréquentations, ses réseaux, son caractère... Les propos sont parfois proches de l'injure et de la diffamation. L'orateur s'autocongratule également sur ses résultats et expériences passées comme plaideur<sup>332</sup>.

La notion même de preuve, et surtout le critère de pertinence de la preuve, ne semblent pas être pleinement circonscrits. La preuve désigne plutôt un argumentaire très large, dépassant souvent les réelles questions du procès. Ces *argumentia* sont reçus en preuve s'ils servent à convaincre. Dans son sens plus étroit, la preuve se rapproche de « l'indice » et relève presque de la présomption<sup>333</sup>. L'exploitation de ces preuves intrinsèques par l'orateur en vertu de son art fait toute la différence. Les preuves obtenues de l'extérieur (ou extrinsèques) sont rangées au second plan. Jean-Philippe Lévy considère que la preuve dans le procès, tant civil que pénal, « *est tout ce qui peut persuader, docere, même en dehors du procès, et aussi*

---

<sup>328</sup> *Ibid* à la p 242.

<sup>329</sup> Jean-Philippe Lévy, « Cicéron et la preuve judiciaire » dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 187 [Lévy, *Cicéron*].

<sup>330</sup> Que l'on pourrait traduire, « Il n'y a rien dans la loi, il faut se référer à Cicéron », cité par Jean-Philippe Lévy dans Lévy, *Cicéron*, *supra* note 329 à la p 187.

<sup>331</sup> Cicéron, *Œuvres complètes*, Paris, Panckoucke, 1830; Jonathan Powell et Jeremy Paterson, *Cicero the Advocate*, Oxford, Oxford University Press, 2004; AHJ Greenidge, *The Legal procedure of Cicero's Time*, London, Oxford, University Press, 1901.

<sup>332</sup> Lévy, *Cicéron*, *supra* note 329 à la p 189.

<sup>333</sup> *Ibid*.

conciliare, *c'est-à-dire tout ce qui peut concilier les auditeurs ou les permovere, à faire appel à leur sentiment* »<sup>334</sup>. Bref, c'est l'orateur qui crée la preuve, voire même la remplace. Se dessine vraisemblablement ici ce que deviendra la preuve judiciaire, à savoir un outil essentiel mais qui a pour objet de convaincre le juge, un tiers. La recherche de la vérité passe au second rang, mais constitue l'autre fonction de la preuve judiciaire, celle de convaincre.

En matière judiciaire, le mécanisme probatoire diffère de celui qui concerne des matières scientifiques. Dans les sciences, on cherche à se convaincre de la réalité d'une chose. Par exemple, le chercheur, dans son laboratoire, est le seul à décider s'il a atteint la vérité. En matière judiciaire, l'avocat présente et expose sa preuve à un tiers : le magistrat qu'il souhaite convaincre. Il reste maître du mode opératoire à utiliser. Son premier objectif est de faire triompher sa cause. Dans ces circonstances, il n'est pas exagéré de soutenir que l'objectif de vérité devient tout à fait secondaire. Convaincre le juge, porte-parole du corps social pour la sentence qu'il imposera, consiste à faire appel à sa raison pour éviter l'arbitraire, mais aussi à ses sentiments, ce qui oblige l'avocat à mettre en œuvre tout son art de persuasion<sup>335</sup>. Dans ce contexte, les preuves les plus utilisées sont les indices, puis viennent les témoignages et enfin la torture. Cicéron ne mentionne pas ou peu la preuve littérale, le serment et l'aveu, dont il rappelle, pour ce dernier, qu'en matière civile, il constitue à lui seul un acte juridique concluant.

#### **d) L'émergence de preuves rationnelles**

À partir du Haut-Empire, la rhétorique commence à décliner devant les tribunaux civils, au même titre d'ailleurs que la rhétorique en matière politique. Le Principat, régime de terreur, a considérablement réduit les libertés au sein des assemblées et l'empereur s'immisce progressivement dans l'institution judiciaire. Les connaissances des juges s'améliorent et ces derniers deviennent moins sensibles aux discours des orateurs<sup>336</sup>. Giovanni Pugliese doute, cependant, qu'on puisse retrouver ce même phénomène en matière pénale; il souligne que les

---

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> Voir pour ses questions, Claude Lévy-Bruhl, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955 aux pp 112-25 [Claude Lévy-Bruhl, *Aspects*].

<sup>336</sup> Pugliese, *supra* note 323 à la p 294, selon l'auteur les tribunaux cessent également d'être une arène servant de renommée à ceux qui avaient une ambition politique.

membres des jurys étaient choisis au sein du même groupe professionnel<sup>337</sup>. On commence à cette époque à distinguer deux types de preuve; les preuves *inartificiales* couramment utilisées par les juristes et sur lesquelles les jurisconsultes commencent à élaborer des commentaires, et les preuves *artificiales* qui relèvent de la rhétorique et contribuent à l'argumentation globale<sup>338</sup>.

Parmi les preuves *inartificiales*, on retrouve le témoignage, la torture (la *quaestio*), le serment, la confession (en matière civile), les actes écrits, la rumeur (*famas*) et les précédents judiciaires. La preuve écrite est plus valorisée au Bas-Empire que la preuve testimoniale. En cas de délits graves, l'aveu peut être obtenu par la torture, et à partir du Principat, les hommes libres y sont également exposés, pas seulement les esclaves<sup>339</sup>.

Terminons en insistant sur le fait que la littérature romaine sur la preuve dans le procès pénal est quasi silencieuse. L'expérience judiciaire, rapportée dans les discours des orateurs, y fait toutefois référence.

Voyons maintenant que l'aveu ne constitue pas véritablement la reconnaissance d'une faute, mais l'expression d'une impuissance et, en tout état de cause, la reconnaissance de la légitimité de l'autorité qui reçoit cet aveu et le provoque.

## **2) L'aveu pénal à Rome : la difficile articulation entre la faute, la contrainte et la vérité**

Deux périodes de l'histoire de Rome, la République et l'empire, retiennent notre attention pour l'analyse de la place de l'aveu dans les régimes de preuve en droit romain. Nous nous limitons, cependant, dans les paragraphes qui vont suivre à la période républicaine. En effet, lors de l'empire, l'aveu procède surtout de la torture. Nous l'étudions donc séparément. L'aveu en matière pénale sous la République n'emporte pas d'effet absolu, contrairement au droit civil. Il doit convaincre le juge (**a**). Les rhéteurs s'en emparent et considèrent que l'aveu

---

<sup>337</sup> *Ibid* à la p 295.

<sup>338</sup> *Ibid* aux pp 308-44.

<sup>339</sup> Robert Feenstra, « La preuve dans la civilisation romaine », dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 633 à la p 655.

peut avoir un effet absolu dans certaines circonstances. L'aveu s'inscrit alors dans une stratégie de défense pour éviter la condamnation (b).

### **a) L'aveu en matière pénale doit emporter la conviction du juge**

À la fin de la République, la *confessio* emporte un effet décisif, du moins lors d'un procès civil. À cette période, le procès est divisé en deux phases. La première consiste en l'échange des arguments des parties et, lors de la deuxième phase, le juge doit rendre sa sentence. Si un aveu est prononcé lors de la première phase, l'aveu est alors qualifié de *confessio in iure* et ne constitue pas un moyen de preuve. Toute décision du juge devient ensuite superflue. La *confessio in iure* emporte jugement dès la première phase. Il convient parfaitement pour régler des litiges civils, concernant par exemple des créances réclamées. La personne poursuivie se déclare débitrice et reconnaît sa dette. Digeste déclare à cet effet : « *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* »<sup>340</sup>. En matière pénale, la *confessio in iure*<sup>341</sup> est inconcevable. Lorsqu'une confession est éventuellement faite, le juge exerce sa libre appréciation<sup>342</sup>. L'aveu est alors appelé *confessio apud iudicem*.

Au fil du temps, l'aveu est devenu pour les rhéteurs « l'un des éléments du mécanisme qui permettait de déterminer ce qu'ils appelaient le "statut de la cause" »<sup>343</sup>. En effet, la complexité de l'aveu rend la formule de Digeste illusoire. Avouer une faute, comme une maladresse, ne renvoie pas forcément à un crime, de telle sorte que les parties au procès doivent chacune argumenter sur cette faute ou plus exactement sur les points qui demeurent intrinsèquement contestés. L'aveu absolu est rare, il vaut mieux y voir une succession d'aveux partiels<sup>344</sup>. En cas d'aveu absolu, le *confessus* sollicite, en réalité, la clémence du tribunal. Les rhéteurs donnent le nom de *depreciatio* à cette forme d'aveu, qui signifie « écarter par la prière ».

---

<sup>340</sup> Paul Digeste, *Livre 42, Titre 2, fragment 1* dans *Les Cinquante livres du Digeste des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduit par Henry Hulot, Paris, Rondonneau, 1803, traduction : « Celui qui a avoué en justice est regardé comme étant jugé : c'est lui-même en quelque sorte qui porte une sentence de condamnation contre lui ».

<sup>341</sup> Raymond de Fresquet, *De la preuve en droit romain, De l'aveu, De la preuve testimoniale, De la preuve littéraire*, Aix, Achille Makaire, 1862 aux pp 6-13.

<sup>342</sup> Feenstra, *supra* note 339 aux pp 655-56.

<sup>343</sup> David, *supra* note 272.

<sup>344</sup> *Ibid* à la p 70.

Sous la République, il semble que, selon Quintilien, un juge, tenu par les actes de procédure, ne peut faire acte de clémence, de sorte qu'un aveu absolu se révèle impossible<sup>345</sup>. Les rhéteurs s'y refusent s'agissant, selon eux, d'une « *manifestation inadmissible d'impuissance* »<sup>346</sup>.

### **b) L'aveu comme stratégie de défense**

Selon Jean-Michel David, on trouve une illustration d'un aveu absolu dans le scandale des Bacchanales. Cette affaire, relatée par Tite-Live dans son *Histoire de Rome*, met en scène un jeune homme de bonne famille, Aebutius, qui, sur les conseils de sa mère et de son beau-père, accepte de s'initier au rite de Bacchus. La participation à ce rite ne constitue pas un crime en soi. Il met cependant en œuvre des pratiques décadentes pour l'époque, comme l'abus d'alcool et l'organisation d'orgies sexuelles. Bacchus fait donc l'objet d'un culte de nature orgiaque et cela attire énormément de monde, et en particulier des notables de haut rang. Le beau-père d'Aebutius cherche à se défaire de son pupille pour s'emparer de sa fortune et il pense que cette initiation permettra de le tenir sous sa dépendance. La maîtresse du jeune Aebutius, une courtisane au nom d'Hispala, souhaite dissuader Aebutius de participer à ce rite. Elle connaît parfaitement ces pratiques pour les avoir jadis vécues et ne souhaite pas que son protégé soit sali par ces pratiques. Le jeune homme renonce finalement à participer à cette initiation au grand désespoir de sa mère et de son beau-père qui le chassent du domicile familial. Il trouve refuge chez sa tante et lui conte son malheur. Il informe, sur les conseils de sa tante, le consul en place, Postumius de la tenue imminente de ce rite. Il lui explique les motivations de ses parents et les raisons de sa renonciation. Il déclare aussi avoir suivi les conseils de sa maîtresse, très au fait de ces rites. Le consul, après avoir mené une brève enquête sur la personnalité d'Aebutius, décide de convoquer la courtisane Hispala afin de la faire parler :

*(2) Le message de Sulpicia troubla d'abord la courtisane, parce qu'elle ignorait le motif qui la faisait mander chez une dame de si haut rang et si respectable : mais lorsqu'elle aperçut dans le vestibule les licteurs, la suite du consul et le consul lui-*

---

<sup>345</sup> *Ibid* à la p 72.

<sup>346</sup> *Ibid.*

*même, elle faillit s'évanouir. (3) Postumius l'emmena dans un appartement retiré, et là, en présence de sa belle-mère, il lui déclara qu'elle n'avait rien à craindre si elle pouvait se résoudre à dire la vérité; (4) qu'il lui en donnait pour garant sa parole ou celle de Sulpicia, dont elle connaissait la vertu. Il l'engagea à révéler ce qui se passait dans le bois sacré de Stimula, aux mystères nocturnes des Bacchanales. (5) À ces mots, Hispala saisie de frayeur fut agitée dans tous ses membres d'un tel tremblement qu'elle resta quelque temps sans pouvoir ouvrir la bouche. (6) Quand elle eut enfin repris courage, elle protesta qu'elle était fort jeune encore lorsque sa maîtresse l'avait fait initier avec elle, mais que depuis plusieurs années, depuis l'époque de son affranchissement, elle ignorait ce qui se passait dans ces fêtes. (7) Le consul la loua de n'avoir pas nié qu'elle eût été initiée, mais il la pressa de poursuivre ses révélations avec la même franchise. (8) Comme elle persistait dans ses dénégations, il ajouta que, si on parvenait à la convaincre par le témoignage d'un autre, elle n'obtiendrait pas le pardon et l'indulgence que lui mériteraient des aveux volontaires, et qu'il avait tout appris de la bouche de celui à qui elle avait elle-même tout révélé<sup>347</sup>.*

Soulignons que le scandale des Bacchanales constitue un prétexte pour l'État de mettre la main sur des individus également soupçonnés de conspiration. L'autorité politique contestée profite de la réputation sulfureuse de telles pratiques; on parle d'orgies, de viol et de crime<sup>348</sup> pour justifier l'interdiction du culte<sup>349</sup>, mais on en profite surtout pour procéder à des arrestations de possibles conspirateurs et s'adonner à une répression politique plus que morale.

Dans l'extrait ci-dessus, Hispala finit par capituler, par peur des représailles, face à l'autorité du consul. Son corps, en effet, se met à trembler. Son aveu s'inscrit dans un rapport d'autorité. Hispala sait que le consul constitue la personne légitime pour recevoir son aveu. La légitimité du consul résulte d'au moins deux facteurs que révèle la scène : sa position dans la hiérarchie de l'État et sa parfaite connaissance des faits de l'affaire. Le consul est détenteur

<sup>347</sup> Tite-Live, *Œuvres complètes (Histoire romaine)*, traduit par Michel Nisard, t 2, Paris, Firmin-Didot, 1864, Livre XXXIX, fragment 12, 2-8.

<sup>348</sup> *Ibid*, fragment 12 : « (6) Les vapeurs de l'ivresse, l'obscurité de la nuit, le mélange des sexes et des âges eurent bientôt éteint tout sentiment de pudeur, et l'on s'abandonna sans réserve à toutes sortes de débauches; chacun trouvait sous sa main les voluptés qui flattaient le plus les penchants de sa nature. (7) Le commerce infâme des hommes et des femmes n'était pas le seul scandale de ces orgies; c'était comme une sentine impure d'où sortaient de faux témoignages, de fausses signatures, des testaments supposés, de calomnieuses dénonciations, (8) quelquefois même des empoisonnements et des meurtres si secrets qu'on ne retrouvait pas les corps des victimes pour leur donner la sépulture. Souvent la ruse, plus souvent encore la violence, présidaient à ces attentats. Des hurlements sauvages et le bruit des tambours et des cymbales protégeaient la violence en étouffant les cris de ceux qu'on déshonorait ou qu'on égorgeait ». Voir aussi, Jean-Marie Pailler, *Bacchanalia : La répression de 186 avant J.-C. à Rome et en Italie*, fasc 270 « Vestiges. Images. Tradition », Rome, Bibliothèques des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, 1988.

<sup>349</sup> Ce culte ne sera jamais interdit. Il fera l'objet d'un encadrement et d'une surveillance stricts.

d'un pouvoir de sanction mais il est aussi en mesure de définir le crime éventuel et de traquer ses instigateurs, du moins c'est ce qu'il laisse croire à Hispala<sup>350</sup>. Le consul sait qu'un crime a été commis et connaît même les coupables. Le crime et ses contours, en réalité la prétendue existence d'un complot dans le cadre de la célébration du rite de Bacchus, ne doivent plus faire l'objet de discussion. Les tremblements d'Hispala confirment la faute et le crime. Elle n'avoue pas immédiatement le crime, pas plus qu'elle ne le nie; le « *crime indicible mais présent se [fraye] un chemin vers l'énonciation dans le corps des coupables* »<sup>351</sup>. Hispala comprend que le consul connaît la vérité, elle n'a d'autre choix que de parler puisque son corps l'a déjà trahi.

L'attitude Hispala revêt cependant une caractéristique particulière. Elle choisit de parler. Jean-Michel David cite un autre exemple où les coupables s'enferment, au contraire, dans le mutisme, l'expression d'un aveu absolu, tant le crime devient indicible. Il cite l'affaire de Catilina, un homme politique romain qui chercha à renverser le Sénat avec d'autres co-conspirateurs. Elle est rapportée par Cicéron dans les *Catilinaires*<sup>352</sup>. Cicéron qui représente l'accusation confond les conspirateurs qui s'enferment dans un silence éloquent. Cicéron connaît les faits, il maîtrise les moindres détails du dossier et présente à chacun d'eux la faute dont ils sont accusés. La honte les envahit et ils baissent presque tous les yeux, évitant toute confrontation et toute explication. Les faits avaient déjà été présentés avant même leur entrée en scène. Bref, le crime était patent. Cicéron finit sa plaidorie en concluant comme ceci :

*Voilà sans doute, citoyens, des preuves manifestes et des témoignages irrécusables du crime, les lettres, les cachets, l'écriture, l'aveu même de chacun des coupables. Mais j'en avais sous les yeux des indices encore plus certains, leur pâleur, leurs regards, l'altération de leur visage, leur morne silence. À voir leur consternation, leurs yeux baissés vers la terre, les regards furtifs qu'ils se lançaient mutuellement, ils semblaient moins des malheureux qu'on accuse que des criminels qui se dénoncent eux-mêmes*<sup>353</sup>.

À l'instar d'Hispala, les accusés sont trahis par leurs corps, mais, contrairement à elle, ces conspirateurs choisissent le silence et s'en tiennent au crime tel qu'expliqué par Cicéron.

---

<sup>350</sup> David, *supra* note 272 à la p 74.

<sup>351</sup> *Ibid* à la p 75.

<sup>352</sup> Cicéron, *Les Catilinaires*, traduit par Jean Guillon, Paris, Hatier, 1966 [Cicéron, *Catilinaires*].

<sup>353</sup> *Ibid* à la p 53 (voir *Catilinaires* III, 4-12).

La formulation de l'accusation par l'orateur donne à l'infraction toute sa réalité et son autonomie<sup>354</sup>. Hipsala, contrairement à eux, va finir par tout révéler. Elle explique qu'elle craint les hommes plus que les Dieux. Elle demande, cependant et au préalable, la protection du consul :

*(1) Hipsala ne doutant plus qu'Aebulius n'eût trahi son secret, comme cela était en effet, se jeta aux pieds de Sulpicia et la conjura d'abord (2) de ne point faire une affaire sérieuse et même capitale de la conversation d'une affranchie avec son amant; c'était pour l'effrayer, et non parce qu'elle savait quelque chose, qu'elle lui avait fait ce récit. (3) Postumius l'interrompit avec colère. Elle croyait sans doute encore, lui dit-il, plaisanter avec son amant Aebutius, et non s'adresser à un consul, dans la maison d'une dame très respectable; mais Sulpicia vint au secours de sa frayeur, l'encouragea et chercha à calmer son gendre.*

*(4) Hipsala se rassura enfin et, après s'être plaint amèrement de la perfidie d'Aebutius, qui avait si mal reconnu un service de la plus haute importance, (5) elle déclara qu'elle redoutait beaucoup les Dieux dont elle révélait les secrets mystères, mais plus encore les hommes qui se vengeraient de sa révélation en la déchirant de leurs propres mains. (6) Elle conjurait donc et Sulpicia et le consul de lui faire la grâce de la reléguer hors de l'Italie, dans quelque retraite inconnue, où elle pût passer le reste de ses jours en sûreté. (7) Postumius lui dit d'être sans inquiétude et lui promit de veiller à ce qu'elle pût habiter Rome même sans danger.*

*Hipsala reprit alors l'origine des mystères. (8) Ce sanctuaire, dit-elle, n'avait d'abord été ouvert qu'aux femmes, et on n'y admettait ordinairement aucun homme. Il y avait dans l'année trois jours fixes pour l'initiation, qui se faisait en plein jour. Les dames étaient, chacune à leur tour, investies du sacerdoce. (9) C'était une certaine Paculla Annia, de Campanie qui, pendant son sacerdoce, avait tout changé, prétendant en avoir reçu l'ordre des Dieux. C'était elle qui la première avait initié des hommes, en amenant ses deux fils, Minius et Hérennius Cerrinius, consacré la nuit en place du jour à la cérémonie, et réglé qu'au lieu de trois jours par an, il y en aurait cinq par mois pour les initiations. (10) Depuis l'admission des hommes et le mélange des sexes, depuis qu'on avait fait choix de la nuit, si favorable à la licence, il n'était sorte de forfaits et d'infamies qui n'eussent été accomplis et les hommes se livraient plus à la débauche entre eux qu'avec les femmes. (11) Ceux qui se prêtaient avec quelque répugnance à ces excès monstrueux, ou qui semblaient peu disposés à les commettre eux-mêmes, étaient immolés comme des victimes. Le comble de la dévotion parmi eux, c'était de ne reculer devant aucun crime [...]*<sup>355</sup>.

---

<sup>354</sup> David, *supra* note 272 à la p 75.

<sup>355</sup> Tite-Live, *supra* note 347, fragment 13, 1-11.



Jean-Michel David décrit dans ses commentaires un phénomène aussi intéressant que surprenant. En demandant la protection au consul Postumius, Hispala ne s'appartient plus. Postumius lui a en effet offert sa *fides*. En se plaçant dans cette situation de dépendance, Hispala abandonne sa parole à son protecteur, elle peut donc parler. De coupable, elle passe donc au statut de dénonciateur. Elle n'a pas d'autre choix puisque l'aveu lui est impossible. C'est aussi une manière pour elle de rester dans la communauté<sup>356</sup>. Sa première réaction, lorsque Postumius l'a contrainte à parler, fut de demander l'exil hors d'Italie, mais Postumius la rassure sur ce point :

*(6) Elle conjurait donc et Sulpicia et le consul de lui faire la grâce de la reléguer hors de l'Italie, dans quelque retraite inconnue, où elle pût passer le reste de ses jours en sûreté. (7) Postumius lui dit d'être sans inquiétude et lui promit de veiller à ce qu'elle pût habiter Rome même sans danger<sup>357</sup>.*

On retrouve plusieurs scènes de *fides*, notamment dans les écrits de Cicéron. On parle d'ailleurs de *fides publica*, car le dénonciateur bénéficie ainsi de la protection de l'État. Sa parole lui évite certes une inculpation et probablement une condamnation, mais surtout elle devient *indicium*, parole immuable qui permet d'interpeler les coupables. L'*index* (le bénéficiaire de la protection), ainsi, ne peut plus modifier son contenu<sup>358</sup>. Cette demande de protection doit s'analyser comme une requête aux fins de clémence. L'*index* demeure un criminel, mais il encourt une peine moindre, voire même une récompense, un *praemium*, à savoir, une somme d'argent s'il est un homme libre, et en plus son affranchissement s'il est un esclave<sup>359</sup>.

---

<sup>356</sup> David, *supra* note 272 aux p 76-77.

<sup>357</sup> Tite-Live, *supra* note 347, fragment 13, 6-7.

<sup>358</sup> David, *supra* note 272 à la p 78. L'auteur rapporte à cet effet un extrait de Dion Cassius relatant l'affaire de Catilina : « Vettius, qui avait déjà dénoncé plusieurs conjurés et inscrit leurs noms sur une tablette, voulut en ajouter plusieurs autres; mais les sénateurs, le soupçonnant de ne pas agir loyalement, refusèrent de lui confier la tablette, de peur qu'il n'effaçât quelques noms, et lui ordonnèrent de faire connaître de vive voix ceux qu'il prétendait avoir omis. Vettius, par honte et par crainte, ne dénonça presque plus personne. Cependant le trouble régnait dans Rome et parmi les alliés : comme les noms de ceux qui avaient été dénoncés, n'étaient pas connus, les uns craignaient pour eux-mêmes sans aucune raison; les autres faisaient planer le soupçon sur des innocents. Le sénat décréta que les noms seraient exposés en public : de cette manière ceux qui n'étaient pas inculpés recouvrèrent leur tranquillité, et ceux qui étaient accusés furent mis en jugement et condamnés. Les uns étaient alors à Rome : les autres furent condamnés par défaut ». Voir Dion Cassius, *Histoire romaine*, traduit par Émile Gros, t 3, Paris, Firmin-Didot, 1849 aux pp 247-48.

<sup>359</sup> David, *supra* note 272 à la p 81.

L'aveu peut donc être perçu comme un moyen de défense. Mais si l'information fournie par le délateur se révèle fausse, celui-ci risque une peine sévère. Dans l'affaire des Bacchanales, Hispala et son jeune amant bénéficient, tous les deux, de mesures fort généreuses :

*(2) On fut d'avis d'envoyer le Campanien Minius Cerrinius dans les prisons d'Ardée et de recommander aux magistrats de cette ville de l'y faire étroitement garder à vue, afin de prévenir son évasion et de l'empêcher de se donner la mort. (3) Peu de temps après Sp. Postumius revint à Rome. Sur sa proposition, le sénat rédigea un décret pour récompenser P. Aebutius et Hispala Faecénia, qui avaient mis l'autorité consulaire sur les traces du complot. (4) "Les questeurs de la ville devaient compter à chacun d'eux cent mille as pris dans le trésor public. Le consul devait s'entendre de son côté avec les tribuns pour qu'ils proposassent au peuple, dans le plus bref délai, une loi qui accordait à P. Aebutius les privilèges de la vétéranie et le droit de ne pas servir malgré lui comme fantassin ou comme cavalier. (5) Hispala Faecénia fut autorisée à disposer de ses biens en tout ou en partie, à passer par alliance dans une famille plus noble que la sienne, à se choisir un tuteur, qui serait aussi légitime qu'un tuteur testamentaire, et à épouser un homme de condition libre, sans que ce mariage compromît en rien l'honneur ou la fortune de son époux. (6) Les consuls et les préteurs actuellement en charge aussi bien que leurs successeurs futurs étaient tenus de protéger cette femme contre toute injure, et de veiller à sa sûreté. Telle était la volonté expresse du sénat." (7) Ce sénatus-consulte fut soumis au peuple qui le sanctionna. Quant aux autres dénonciateurs, on laissa les consuls maîtres de leur faire grâce ou de les récompenser<sup>360</sup>.*

Il est fort peu probable qu'un aristocrate de la cité, un sénateur par exemple, soupçonné de conspiration, ait pu bénéficier d'une mesure de protection semblable. La confession, pour ces derniers, s'avère inconcevable. De par son rang, en effet, au sommet de l'État, il a la charge de celui-ci. Aucune autorité ne pourrait lui offrir une protection. Une trahison relève dans ce cas de l'impossible et l'aveu conserve tout son caractère indicible.

À la fin de la République, l'aveu pénal qui s'inscrit dans une procédure accusatoire, ne trouve pas une place importante. Un aveu peut automatiquement conduire à une condamnation, il est absent des preuves institutionnelles issues de la rhétorique. Lorsqu'il est utile, c'est l'aveu qui se rapproche de la délation.

---

<sup>360</sup> Tite-Live, *supra* note 347, fragment 19, 2-7.

Sous l'empire, d'autres techniques de véridiction plus contraignantes et incorporées dans un « arsenal de l'inquisition », voient le jour. L'aveu trouve alors une place dans la procédure pénale romaine que nous abordons maintenant<sup>361</sup>.

### **B) L'institutionnalisation de la contrainte au corps et la vérité par l'aveu**

La torture ne constitue pas une invention romaine. Il s'agit d'une pratique immémoriale et intemporelle. Les philosophes de l'Antiquité l'ont critiquée et ont même stigmatisé son manque de fiabilité. Aristote souligne qu'elle ne garantit pas la vérité :

*Les gens contraints par la torture, dira-t-on, ne disent pas moins de mensonges que de choses vraies, les uns persistant à ne pas dire la vérité, les autres mentant sans difficulté pour abréger leurs souffrances*<sup>362</sup>.

De même Quintilien, rhéteur romain du I<sup>er</sup> siècle de notre ère, dans son ouvrage bien connu sur l'art oratoire, *L'institution oratoire*, dénonce sous l'empire, la fragilité de ce procédé qu'il faut utiliser avec circonspection :

*Ceux-ci disent que la question est un moyen infaillible pour faire avouer la vérité; ceux-là, qu'elle produit souvent un effet tout contraire, en ce qu'il y a des hommes à qui la force de résister aux tourments permet de mentir, et d'autres que leur faiblesse y contraint. Je ne m'étendrai pas davantage sur ce genre de preuves : les plaidoyers anciens et modernes en offrent une foule d'exemples. Il y a cependant, dans chaque cause, certaines circonstances particulières qu'il sera bon de prendre en considération. S'il s'agit, par exemple, de donner la question, il importera d'examiner quel est celui qui la demande ou qui s'offre, quel est celui qu'il demande ou qu'il offre, contre qui et pour quelle raison; si la question a été déjà donnée, on examinera quel juge y a présidé, quel est celui qui a été torturé, et comment il l'a été; si ce qu'il a dit est incroyable ou conséquent; s'il a persisté dans ses premières déclarations, ou si la douleur l'a forcé à se contredire; si c'est au commencement de la question, ou lorsque les tortures devenaient plus violentes : circonstances qui, de part et d'autre, varient à l'infini comme, les causes elles-mêmes*<sup>363</sup>.

Malgré ces réserves, l'infliction de la torture constitue à Rome une pratique admise qui connaît une évolution importante, donne lieu à une réglementation précise et à une application

---

<sup>361</sup> Thomas, « L'aveu », *supra* note 291 aux pp 22-23.

<sup>362</sup> Aristote, *Rhétorique*, *supra* note 168 à la p 177.

<sup>363</sup> Quintilien, *Œuvres complètes : Institution oratoire*, traduit par Michel Nisard, Paris, Firmin-Didot, 1885 à la p 163.

progressivement généralisée à tous les hommes et femmes de la cité. À l'époque classique, seuls les esclaves sont soumis à la torture. Ne pouvant témoigner sous serment puisque le témoignage suppose un serment que seuls les hommes libres sont en mesure de prêter, l'unique moyen de recevoir leur parole en justice est de les soumettre à la *quaestio*<sup>364</sup>. Mais par nécessité économique et par souci d'efficacité, tous les esclaves ne peuvent être soumis à la torture. Sont de plus exclus de la torture, les faibles d'esprit, les enfants de moins de 14 ans, les femmes enceintes<sup>365</sup>.

L'esclave ne peut pas témoigner contre son maître mais en sa faveur seulement. Notons que la littérature romaine de l'époque considère que la parole servile ainsi extorquée constitue un témoignage mais n'est pas assimilée à un aveu. L'aveu de l'esclave contre son maître n'est pas digne de foi :

*l'on ne doit donner aucune confiance à ce que l'esclave a confessé de son chef relativement à son maître, parce qu'il ne faut pas mettre la vie des maîtres à la disposition de leurs esclaves*<sup>366</sup>.

Il existe des exceptions quant à l'interdiction de faire témoigner sous la contrainte un esclave contre son maître. Elles concernent les affaires d'adultère, de fausses déclarations de biens, de fausse monnaie, de crime de lèse-majesté. Si le témoignage forcé vient corroborer une preuve déjà existante contre le maître, il est alors accepté comme preuve de culpabilité<sup>367</sup>.

Sous la République, le magistrat qui ordonne la torture de l'esclave ne peut le faire qu'avec l'autorisation de son maître. La procédure accusatoire, alors en vigueur, fait en sorte que la partie qui souhaite qu'on interroge l'esclave de la partie adverse doit en faire la demande. La partie adverse est alors libre d'y consentir ou non.

À l'époque de l'empire, et particulièrement sous le Principat, le cercle des personnes susceptibles d'être soumises à la question est élargi. Cette extension s'explique par la

---

<sup>364</sup> Roger Vigneron, « La "question" judiciaire vue par les juristes romains » dans Bernard Durand, dir avec la collaboration de Leah Otis-Cour, *La torture judiciaire : Approches historiques et juridiques*, Lille, 2002, 277 aux pp 278-79.

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> Paul, *Pandectes de Justinien*, traduit par Michel de Bérard-Neuville, t 20, Paris, Dondey-Dupré, 1823 à la p 501 (*Paul. Sent.* 5 16 4).

<sup>367</sup> *Ibid.*

multiplication des crimes qui peuvent faire l'objet de la *quaestio*, mais également par un souci de viser des personnes susceptibles de nuire au pouvoir. Ainsi en 43 avant notre ère, Auguste (appelé Octave à cette époque) ordonne que l'on torture un magistrat romain, au même titre qu'un esclave, car il est soupçonné de complot contre le pouvoir<sup>368</sup>. L'empereur qui autorise le témoignage sous la torture des esclaves contre leur maître peut alors l'ordonner parce que les esclaves ont été vendus à l'État et n'appartiennent plus au maître. Ils peuvent par conséquent parler « librement »<sup>369</sup>.

Un régime d'enquête extraordinaire est mis en place dans l'empire. Pour les affaires de trahison, de complot, de conspiration, de divination illicite, de magie, de délits d'opinions (qui visent les chrétiens), pour les affaires d'adultère dans le cadre d'une procédure accusatoire qui n'est plus que simulacre, cette enquête extraordinaire va se développer. Ce régime extraordinaire, « *exorbitant du droit commun* », devient généralisé et permanent pour les infractions politiques et sexuelles<sup>370</sup>. Le crime politique englobe plusieurs inconduites de sorte que la torture devient une pratique courante en matière criminelle. Yan Thomas a montré comment un nouveau type de rationalité judiciaire s'est progressivement mis en place. Les libres débats sur la preuve du temps de la République; « *les pronationes contradictoires et les argumenta échangés, cèdent progressivement le pas à d'autres modes d'obtention de la vérité* »<sup>371</sup>.

La vérité résulte désormais de la souffrance physique et le modèle inquisitoire de l'enquête extraordinaire devient le régime dominant à partir du II<sup>ème</sup> siècle. Non seulement les accusés peuvent être soumis à la torture mais également les témoins. Au IV<sup>ème</sup> siècle, les enquêtes portant sur le meurtre, l'adultère et la sorcellerie montrent que les juges recourent presque systématiquement aux supplices. Aucun jugement de condamnation ne peut être rendu avant que la torture n'ait été pratiquée. Si un aveu extorqué par la force est confirmé par un témoignage, lui-même issu de la torture, la cause n'est pas susceptible d'appel. Les témoignages et l'aveu constituent dès lors la seule vérité possible. La torture peut obtenir de

---

<sup>368</sup> Yan Thomas, « Les procédures de la Majesté : La torture et l'enquête depuis les Julius-Claudiens » dans *Mélanges à la mémoire de André Magdelain*, Paris, Panthéon-Assas, 1998, 477 [Thomas, « Les procédures »].

<sup>369</sup> *Ibid.*

<sup>370</sup> *Ibid* à la p 481.

<sup>371</sup> *Ibid* à la p 483.

l'accusé ou des témoins des informations supplémentaires qui permettent à l'enquête de s'élargir et de s'orienter. Outre un outil de vérité, la *quaestio* va devenir un élément clé de « l'enquête de vérité »<sup>372</sup>, applicable à tous. Seuls les citoyens les plus éminents, les *honestiores* pourront en être exclus<sup>373</sup>.

Au IV<sup>ème</sup> siècle, l'aveu est devenue la meilleure des preuves du crime et il est même encouragé par Constantin aux termes d'une loi de 314<sup>374</sup>. Il permet certes d'établir l'intime conviction du juge, mais il est aussi un moyen de rappeler au juge de rechercher la vérité, une vérité qui peut être obtenue au moyen de la torture institutionnalisée. Devenue une nécessité du système judiciaire à la fin de l'Empire romain, l'aveu ou la confession deviendra une nécessité sociale avec l'avènement du christianisme.

### **Conclusion du Chapitre I**

Le droit grec et le droit romain mais à des fins différentes ont instrumentalisé l'aveu. Dans le droit grec, la technique de l'aveu a permis la mise en œuvre d'une nouvelle pratique de véridiction. L'aveu fait concurrence au serment, autre rituel de vérité, mais à la différence de celui-ci, avec l'aveu seul un individu est porteur de vérité, et il se doit de la dévoiler à travers une structure, celle d'une compétition avec Antilochos, puis politico-religieuse dans le cas d'Œdipe.

Le droit romain va aussi contribuer à cette fonctionnalisation de l'aveu en posant les bases d'une pièce qui sera essentielle dans les systèmes judiciaires du monde occidental; l'aveu comme outil d'enquête, sa mise en scène publique et surtout sa procédure d'extorsion.

Nous avons donc ici les premières formes juridiques de l'aveu où l'individu devient sujet de vérité, vérité qu'il énonce ou à laquelle il participe. Cette participation s'inscrit dans un rituel d'abord, puis passe dans un processus judiciaire qui prendra la forme d'une enquête. L'enquête ne constitue pas un contenu de vérité, mais une forme de savoir qui permet

---

<sup>372</sup> *Ibid* aux pp 498-99.

<sup>373</sup> Guillaume Cardascia, « L'apparition dans le droit des classes d'*honestiores* et d'*humiliores* » (1950) RHD 305-37 et 461-85.

<sup>374</sup> Code théodosien 9, 40, 1.

d'authentifier la vérité<sup>375</sup>. Nous constatons également que la vérité devient également un nouveau sujet pour l'institution judiciaire en gestation et établit ainsi le commencement d'une histoire de la vérité judiciaire, que l'enquête va produire dans la forme de la reconstitution pour conduire à une vérité désormais historique. Cette vérité dicte le droit, mais aussi départage les parties au litige.

## **Chapitre II. Le droit juif ou l'imparfaite justice terrestre : les assises salutaires de l'aveu**

*La pensée occidentale est une machine préhensile, prédatrice et, en dernière analyse, destructrice, m'explique mon maître. [...] L'Occidental veut résoudre le monde. Faire de l'un avec du multiple. C'est un leurre, me dit le rabbin. « Oui mais enfin, Maître, est-ce que le judaïsme lui aussi ne cherche pas à faire de l'un avec du multiple? » « Oui, mais pas de la même manière. Le logos, c'est thèse, antithèse, synthèse. Alors que le judaïsme c'est thèse, antithèse, antithèse... »<sup>376</sup>*  
**Joann Sfar, Le Chat du rabbin (La Bar-Mitsva).**

L'aveu juridique comporte aussi des racines judéo-chrétiennes. Tout le monde le sait, peut-on dire sans grand risque de se tromper. L'on retrouve un droit juif émanant du Divin dans des écrits sacrés fondateurs qui remontent à des temps immémoriaux; l'on y retrouve également une organisation sociale qui amalgame le politique, le juridique et le religieux. Cette fondation religieuse du droit juif dans des textes sacrés donne des assises morales et salutaires au futur droit de l'aveu qui s'accroîtront par le développement du christianisme et par le rayonnement de ces textes sacrés en Occident et au-delà. Dans ce chapitre, l'on identifie les repères historico-épistémologiques contribuant non seulement à circonscrire les concepts de Vérité et de Justice et les systèmes de vérification de mise en œuvre de ces concepts (**Section II**) mais aussi à définir le concept d'aveu dans le droit juif ancien (**Section III**). Mais voyons d'abord ce qu'est le droit juif dans ses origines sacrées (**Section I**).

---

<sup>375</sup> Foucault, *Dits et Écrits*, supra note 22, t I à la p 1456.

<sup>376</sup> Joann Sfar, *Le Chat du rabbin*, t I « La Bar-Mitsva », Paris, Dargaud, 2002 à la p 27.

## Section I. Les écrits sacrés fondateurs : transcendance et immanence Divine du droit juif

La Bible, l'un des premiers textes sacrés de l'histoire de l'humanité, dépasse largement, en influence, la sphère strictement occidentale<sup>377</sup>. La Bible est le nom que juifs et chrétiens donnent à leurs écrits sacrés. Pour les chrétiens, la Bible est essentiellement composée de l'Ancien et du Nouveau Testament. Pour les juifs, il s'agit du *Tanach*, la Bible hébraïque, constituée de trois parties. Son nom résulte d'un acronyme pour *Torah* (Le Pentateuque), *Nevi'im* (Les Prophètes) et *Ketouvim* (Les Écrits ou les Hagiographes)<sup>378</sup>. La *Torah* qui rassemble cinq livres (la Genèse, l'Exode, le Lévitique, les Nombres et le Deutéronome) donnés par Dieu à Moïse (*Moshe*) sur le Mont Sinaï, constitue le texte fondateur du droit juif. Elle en est le droit écrit<sup>379</sup>. Mais des règles orales auraient été transmises à Moïse au même moment. Elles sont mémorisées et diffusées oralement de générations en générations pour finalement être retranscrites dans la *Mishna*, par Rabbi Yehouda Hanassi à la fin du II<sup>ème</sup> siècle de notre ère<sup>380</sup>. Elles font l'objet de nombreux commentaires successifs par des rabbins et des sages qui sont consolidés dans la *Gemara* deux siècles plus tard. La *Mishna* et la *Gemara* forment le *Talmud*<sup>381</sup>. Le droit juif (la *Halakha*) est donc à la fois un droit écrit et un droit oral et coutumier. La pensée talmudique ne se limite pas

---

<sup>377</sup> Le mot Bible vient du grec « *biblio* » livre. Comme le souligne Marc Zvi Better, la Bible est un livre atypique s'agissant d'une anthologie, Marc Zvi Brettler, « The Hebrew Bible and the Early Story of Israel » dans Judith R Baskin et Kenneth Seeskin, dir, *The Cambridge Guide to Jewish History, Religion, and Culture*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2010, 6.

<sup>378</sup> Jean Yves Lacoste, dir, *Dictionnaire critique de théologie*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

<sup>379</sup> Georges Horowitz, *The Spirit of Jewish Law*, New York, Central Book Company, 1973 aux pp 9-10.

<sup>380</sup> Adin Steinsaltz, *The Essential Talmud*, traduit de l'hébreu par Chaya Galai, New York, Basic Books, 13<sup>e</sup> éd, 2006 à la p 11 et plus largement aux pp 3-102 pour l'histoire du Talmud.

<sup>381</sup> Pour la définition du droit talmudique comme ordre juridique et religieux, voir surtout, François-Xavier Licari, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015; voir aussi Horowitz, *supra* note 379 aux pp 15-16 et 27-51. Le terme *Talmud* signifie étude. Il s'agit d'une compilation d'une vingtaine de volumes qui comprend les enseignements, les opinions et autres commentaires des maîtres de la loi et qui fondent l'autorité des lois et des traditions juives accumulées depuis 200 ans avant l'ère commune jusqu'au VI<sup>ème</sup> siècle. Il comprend également l'interprétation de ces lois. La méthode talmudique s'appuie sur un va-et-vient de discussions polémiques sur une règle (une *mishna*) ou encore un texte biblique. Voir Abraham Cohen, *Le Talmud : Exposé synthétique du Talmud et de l'enseignement des Rabbins sur l'éthique, la religion, les coutumes et la jurisprudence*, Paris, Payot, 1983 aux pp 17-39.



à faire une exégèse juridique des textes. Elle fait également une exégèse morale des textes pour en découvrir le sens religieux et même mystique<sup>382</sup>.

### §1. La portée du droit juif

L'expression « droit juif » reste difficile à circonscrire en peu de mots<sup>383</sup>. C'est l'un des systèmes juridiques les plus anciens du monde, qui remonte à plus de 3000 ans<sup>384</sup>. Il a marqué les sociétés de l'Orient et les civilisations occidentales jusqu'à ce jour. Il a traversé toutes les transformations des sociétés, rurales ou urbaines, agricoles, commerciales ou industrielles. Le « droit juif » a survécu aux plus grandes révolutions culturelles, religieuses économiques, politiques et sociales de l'histoire<sup>385</sup> qui l'ont également transformé. L'expression « droit juif » a une très large portée. Elle désigne le droit régissant le peuple juif, de l'ère biblique à nos jours, couvrant une évolution au cours des périodes de la Royauté, de l'Exil, du Moyen-Âge à l'ère moderne, tant en terre d'Israël qu'en diaspora<sup>386</sup>. Comment alors définir le droit juif? Nous avons un début de réponse avec Moshe Silberg :

*What is jewish law? I shall not venture to propose a general encompassing, an exhaustive definition. I shall say only that unlike the overwhelming majority of other legal system, Jewish law does not confine itself to relation between man and man, but in addition defines in legal categories, applies legal terms, perceives through legal concepts, the relationship between man and God – as though God Himself*

---

<sup>382</sup> André Chouraqui, *La pensée juive*, 7<sup>e</sup> éd, coll « Que sais-je? », Paris, Presses Universitaires de France, 1997 à la p 32; Licari, *supra* note 381 aux pp 117-135.

<sup>383</sup> Voir généralement Licari, *supra* note 381 aux pp 11-16; Aaron M Schreiber, *Jewish Law and Decision-Making: A study Through Time*, Philadelphie (PA), Temple University Press, 1979; Hans Jochen Boecker, *Law and the Administration of Justice in the Old Testament and Ancient East*, Minneapolis (MN), Augsburg Fortress, 1980; Calum M Carmichael, *Law in Narrative in the Bible: Evidence of the Deuteronomic Laws and the Decalogue*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1985.

<sup>384</sup> H Patrick Glenn, *Legal Tradition of the World*, 3<sup>e</sup> éd, Oxford et Toronto, Oxford University Press, 2007 à la p 79 (L'auteur fait aussi référence au Code Hammurabi, l'un des premiers textes de loi, d'origine babylonienne, datant de 1800 avant l'ère commune. Il s'agit d'une compilation de règles ayant un caractère légal et inspiré d'une puissance Divine); Voir André Finet, *Le Code Hammurabi*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Cerf, 2002; David P Wright, *Inventing God's Law: How the Covenant Code of the Bible Used and Revised the Law of Hammurabi*, New York, Oxford University Press, 2009.

<sup>385</sup> Jacques Attali, *Les juifs, le monde et l'argent*, Paris, Fayard, 2002 (dans cet ouvrage qui n'a pas de lien direct avec notre sujet, puisqu'il est consacré à la relation des juifs à l'égard de l'argent, l'auteur montre comment le « droit juif » a traversé toutes les strates de nos sociétés, malgré les multiples bouleversements politiques dont il a été l'objet).

<sup>386</sup> Neil S Hecht et al, *An Introduction to the History and Sources of Jewish law*, Oxford, Clarendon Press, 1996. Pour l'histoire des hébreux voir notamment André Lemaire, *Histoire du peuple hébreux*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

*were a type of legal entity, enjoying rights, subject to duties, obeying and fulfilling His own laws, integrated, as it were, as a subject matter civil law, in the system of relation between Him and His creatures*<sup>387</sup>.

Les règles qui découlent des textes sacrés constituent un legs de Dieu au peuple hébreu. Elles auraient été transmises par Dieu à un petit peuple descendant des patriarches Abraham, Isaac, Jacob-Israël, dans le cadre d'un pacte ou d'une Alliance<sup>388</sup>. La Palestine ou la terre d'Israël est occupée à partir du III<sup>ème</sup> millénaire avant l'ère commune par des populations d'origine diverse, mais principalement sémites<sup>389</sup>. Celles-ci se dispersent, des nomades s'établissent à nouveau sur cette terre première, plus particulièrement en Canaan, à compter de la fin du second millénaire avant notre ère. C'est à cette époque que se situe la migration d'un groupe de sémites issu de la famille d'Abraham avec laquelle l'on fait commencer l'histoire du peuple hébreu. Ce peuple traverse de multiples conflits et est contraint de migrer vers l'Égypte vers 1650 avant l'ère commune. C'est au cours de cette période que se forge l'originalité de cette population et que naît leur conscience collective unifiée d'un peuple élu. En tant que nation, le peuple hébreu, également appelé Israël, se distingue des autres groupes sémitiques par l'adhésion à l'idée d'« alliance » ou « *brith* » avec Dieu (*Yavhé*) et par son organisation tribale (les douze tribus issues des douze fils de Jacob, fils d'Isaac lui-même fils d'Abraham) sous l'autorité d'un chef, Moïse<sup>390</sup>.

L'organisation religieuse, politique et juridique des Hébreux de l'Alliance est décrite dans les trois derniers livres du Pentateuque (le Lévitique, les Nombres et le Deutéronome). S'il s'agit de la source écrite quasi unique pour étudier les traditions hébraïques<sup>391</sup>, leur étude a donné lieu à plusieurs interprétations et à des divergences d'interprétation<sup>392</sup>. La Bible

---

<sup>387</sup> Moshe Silberg, « Law and Morals in Jewish Jurisprudence » (1961-1962) 75 Harv L Rev 306 à la p 309.

<sup>388</sup> Lemaire, *supra* note 386 aux pp 7-12.

<sup>389</sup> Roland De Vaux, *Histoire ancienne d'Israël*, vol 1, Paris, Gabalda, 1971 aux pp 17-36. Voir Rainer Albertz, *A History of Israelite Religion in the Old Testament Period*, vol 1, Louisville (KY), Westminster John Knox Press, 1994.

<sup>390</sup> Lemaire, *supra* note 386 aux pp 5-20.

<sup>391</sup> Il existe une controverse entre les spécialistes depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle quant aux dates de ces textes, voir Gaudemet, *Institutions*, *supra* note 217 à la p 38.

<sup>392</sup> Les récits que contient la *Torah* ont été mis par écrit très tard après les événements qu'ils relatent; on ne peut pas exclure d'emblée qu'ils aient pu utiliser des documents plus anciens ou qu'ils aient reproduit tout simplement des traditions orales. Des incertitudes persistent..., voir notamment Israel Finkelstein et Neil Ascher Sillerman, *La Bible dévoilée : les nouvelles révélations de l'archéologie*, Paris, Bayard, 2002 (dans cet ouvrage, les deux auteurs procèdent une déconstruction du récit biblique fondé sur les résultats de nouvelles techniques

demeure un livre sacré aux répercussions immenses au-delà de ses frontières temporelles et géographiques du territoire du peuple hébreu. Les Romains et la chrétienté ont récupéré plusieurs de ses principes juridiques, d'où son importante influence<sup>393</sup>.

La Loi, pour les Hébreux, prend sa source dans l'Éternel. Ce n'est pas Dieu qui inspire la loi des hommes, puisque c'est Lui qui l'a transmise à son peuple dans le cadre d'une Alliance. Ce pacte est l'équivalent d'un traité de vassalité du peuple hébreu envers son Dieu<sup>394</sup>. Reçue de Dieu, la Loi revêt un caractère immuable et intouchable. Aucune modification par l'homme n'est possible. En revanche, la « Loi de Dieu » peut être interprétée et a été maintes fois interprétée par les docteurs de la loi, ce qui a sans doute favorisé son adaptation au cours de l'histoire<sup>395</sup>. Cette fondation religieuse de la loi hébraïque lui confère une pureté intrinsèque qui exige son respect intégral par l'homme. La Bible reconnaît néanmoins la liberté de l'individu qui s'est volontairement soumis par l'Alliance à l'autorité de Dieu, elle affirme le principe de responsabilité individuelle auquel la notion de faute envers Dieu se trouve intimement liée<sup>396</sup>.

## **§2. Les règles de droit sont des commandements Divins**

Cette conception Divine et transcendante du droit juif engendre un ensemble de commandements Divins. Il en résulte l'idée de primauté des obligations individuelles sur les droits individuels. Ces obligations ne constituent pas seulement des règles de droit ou des

---

archéologiques (notamment les datations au carbone 14) pour notamment affirmer que les écrits bibliques ont été rédigés à plusieurs époques vers la fin du VII<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune dans le but d'asseoir les prétentions politiques du royaume de Juda).

<sup>393</sup> Theodor Mommsen, « Le droit pénal romain » dans *Manuel des antiquités romaines*, vol 2, Paris, A Fontemoing, 1907, 147.

<sup>394</sup> Lemaire, *supra* note 386 aux pp 35-52.

<sup>395</sup> Le *Midrash* constituait à l'origine une méthode quasi-philosophique d'interprétation littérale des textes bibliques. Il développa par la suite un système complexe d'interprétation dans le dessein de réconcilier les contradictions bibliques. Plus tard, vers le III<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> siècles, la Mishna et le Guemara viendront apporter une exégèse plus sophistiquée en ayant recours à 4 méthodes : Le *Peshat* (sens littéral), le *Remez* (l'allusion), le *Drash* (sens indirect) et le *Sod* (ésotérique). Voir David Banon, *Le Midrash*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 aux pp 79-90.

<sup>396</sup> Horowitz, *supra* note 379 à la p 7 : « *Judaism has no separate politics, ethics or civics because it has one "science of human conduct", obedience to the mitzvot, the commands of God. They include ritual and ceremonies, ethical standards and strictly legal rule. Purely business matters may be subject to the injunction: "And thou shalt do that which is right and good in the sight of the Lord..." (Deut. 6, 18) All private wrongs are trespass against the Lord.* »

obligations morales, mais surtout des commandements religieux<sup>397</sup>. La suprématie de ces commandements détermine l'orientation collective du peuple hébreu vers la réalisation de son idéal religieux<sup>398</sup>.

Ces commandements (*Taryag mitzvot*) sont au nombre de 613. 365 sont des commandements négatifs ou des interdits correspondant au nombre de jours dans une année. 248 sont des devoirs positifs qui correspondent au nombre de parties qui composent le corps humain<sup>399</sup>. C'est autour de ces commandements prescrits à l'homme juif que va s'établir un système légal et judiciaire très sophistiqué. Les bases structurelles et institutionnelles de ce système sont prévues dans la *Torah*<sup>400</sup>, elles seront précisées avec la tradition et peaufinées avec des préoccupations rationnelles de la part de ceux qui interprètent les prescriptions sacrées<sup>401</sup>.

Le « droit juif » est un droit non seulement transcendantal en ce qu'il émane de Dieu, mais il est également immanent en ce que cette autorité Divine se manifeste en tout lieu terrestre et dans tout corps humain et dans chaque concept juridique, dont ceux de Justice et de Vérité. La Justice Divine qui s'incarne dans un tribunal terrestre doit être empreinte de cette transcendance et de cette immanence et doit également refléter l'idée de fraternité humaine ou d'amour de son prochain<sup>402</sup>. Le « tribunal d'ici bas » est donc un lieu d'accomplissement de la

---

<sup>397</sup> Silberg, *supra* note 387 à la p 307.

<sup>398</sup> Grand Rabbin Michel Aaron Weill, *Le judaïsme, ses dogmes et sa mission : 3<sup>ème</sup> partie : Providence et Rémunération*, Paris, Librairie A Franck, 1869 aux pp 82 et s.

<sup>399</sup> Geoffrey Wigoder, dir., *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme*, traduit par Sylvie Anne Goldberg, dir., Paris, Cerf, 1996; Voir aussi *Le Talmud – Traité Makkot : Les Dix Paroles*, traduit de l'hébreu et de l'araméen, introduit et annoté par Bernard Paperon, Lagrasse (France), Verdier, 1992, ch III, 23b à la p 250 [*Traité Makkot*]; « Rabbi Simlaï a fait la leçon suivante; Six cent treize commandements ont été énoncées à Moïse : trois cent soixante cinq interdits qui correspondent au nombre de jours de l'année solaire et deux cent quarante-huit commandements au nombre des membres de l'homme. Rav Hammouna a demandé : où est la source de cela dans les versets? Moïse nous a ordonné la Torah, or le mot "torah" a comme valeur numérique six cent onze [ajoutons deux autres commandements] : Je suis [l'Éternel Dieu...] et : Tu n'auras pas [d'autres Dieux que Moi], que nous avons directement entendu de la Puissance Divine. »

<sup>400</sup> Voir par exemple Exode 21:1 et 24:18, dans ce présent chapitre les références bibliques sont tirées de *La Bible*, traduction intégrale hébreu-français, texte hébraïque d'après la version massorétique, Tel Aviv, Sinaï, 1994, aux pp 142 et 150 [*La Bible*].

<sup>401</sup> Voir par exemple dans le Talmud de Babylone, le *Traité Makkot*, *supra* note 399; Voir aussi Neil S Hecht et al, *supra* note 386 aux pp 39-50, 57-71, 81-89 et 101-139.

<sup>402</sup> Miguel Abensour et Catherine Chalier, *Emmanuel Lévinas*, Paris, Herne, 1991 à la p 92.

volonté Divine<sup>403</sup>. Contrairement au droit grec et au droit romain, le droit juif restera tributaire de ses assises Divines et religieuses et ne connaîtra pas une évolution vers la sécularisation de ses fondations et de ses règles au cours de l'histoire. Aujourd'hui, il s'agit d'un droit religieux, ce n'est pas par exemple le droit de l'État d'Israël<sup>404</sup>.

Cette incarnation de la Justice Divine sur la terre s'exprime dans le cadre d'un système de règles très précises parfois logiques, parfois inexplicables. On ne peut atteindre le niveau de perfection de la Justice Divine que par la pratique régulière des préceptes de la Loi, ce qui implique une étude constante des Commandements de Dieu<sup>405</sup>. L'étude et la pratique des commandements Divins supposent la recherche assidue de la révélation Divine (ou vérité absolue) comme objectif et l'obligation de mener une vie morale à l'image de celle de Dieu<sup>406</sup>. La vocation de l'homme est de devenir semblable à Dieu, de s'exercer à être juste et saint (le *Tsaddik*). Cette quête est cependant inatteignable et suppose notamment de s'empêcher de reproduire des sentiments de jalousie, de vengeance ou de colère<sup>407</sup>. Selon l'anthropologie rabbinique, qui étudie les textes de la Création, l'homme créé à l'image de Dieu<sup>408</sup> a cette Vérité Divine dans son for intérieur et doit la conserver. Par conséquent, il en résulte qu'une offense faite à l'homme est une offense faite à Dieu<sup>409</sup>. Se développe ainsi l'idée de culpabilité personnelle et de responsabilité individuelle. Nous examinons cette question plus en détail dans les sections qui suivent.

Rendre justice, ou simplement dire le droit, constitue dès lors une tâche des plus difficiles confiée aux hommes. Être juge est une lourde responsabilité. La filiation Divine de l'homme n'efface pas l'écart, l'abîme même, qui le sépare de Dieu. Imiter Dieu et être Dieu sont deux choses radicalement différentes. Il en résulte qu'un juge doit rendre des jugements les plus conformes à la parole de Dieu, qui s'approchent de cette vérité intrinsèque et absolue.

---

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> Licari, *supra* note 381 à la p 11.

<sup>405</sup> Cohen, *supra* note 381 à la p 186, l'étude de la loi constitue un « *devoir capital du juif* » et fait partie du service de Dieu.

<sup>406</sup> *Ibid* aux pp 266 et 268.

<sup>407</sup> *Ibid* aux pp 267-268.

<sup>408</sup> *La Bible, supra* note 400, Genèse 9:6 « *Celui qui verse le sang de l'homme, par l'homme son sang sera versé, car l'homme a été fait à l'image de Dieu* ».

<sup>409</sup> Cohen, *supra* note 381 à la p 113.

Compte tenu du caractère immanent et transcendant du droit juif, les règles fournies à l'homme pour s'approcher de la perfection Divine sont constitués de commandements Divins et d'un ensemble de règles et de principes issus d'une interprétation stricte du Talmud. L'interprétation « talmudique » doit être très précise; elle doit contrer toute erreur et être d'une clarté telle qu'elle doit éviter toute approximation d'interprétation qui trahirait leur origine et vocation Divines. La pratique de l'exégétique devient primordiale au maintien du caractère immanent et transcendant du droit juif. C'est ce que nous examinons dans la section qui suit en expliquant le contenu et les finalités des concepts de Justice et de Vérité selon les textes sacrés.

## **Section II. Justice et Vérité : exégèse des textes sacrés ou dialogue permanent entre Dieu et les juifs**

Les concepts de Justice et Vérité sont d'abord présentés dans leur contexte métaphysique à l'aide des textes sacrés. L'on s'intéresse à leur sens, à leurs finalités et à leur importance dans la tradition et la pensée juives (§1). Nous analysons ensuite la mise en œuvre de ces concepts dans un contexte de justice pénale (§2).

### **§1. Justice et Vérité : points d'équilibre de l'Univers**

Selon le *Pirké Avot*<sup>410</sup>, petit recueil de sagesse, que l'on traduit généralement par Les Maximes des Pères (ou encore l'Éthique des Pères) et largement commenté par les Docteurs de la Loi, la *Torah*, le Culte et les Bonnes Actions sont les piliers de l'Univers<sup>411</sup> : « *Shimon the Tzadik (righteous one) was from the last or the men of the Great Assembly. He would say : the world stands on three things : Torah, worship, and deeds of kindness* »<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> Wigoder, *supra* note 398 *sub verbo* « Avot, Pères ». Ce dictionnaire encyclopédique du judaïsme nous donne la définition suivante du *Pirké Avot* : « *Neuvième traité de l'Ordre Néziqim de la Michna, également connu sous le nom de Pirqué Avot ("Chapitres des Pères"). Il réunit les aphorismes et maximes rabbiniques qui soulignent l'importance du conseil prodigué par le sage, de l'étude de la Torah, et de la pratique religieuse dans la vie juive...* ». Ce traité ne comporte pas de règles ou de commandements).

<sup>411</sup> Raphaël Dray, *La pensée juive et l'interrogation divine : exégèse et épistémologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p 267.

<sup>412</sup> Pirkei Avot, *Ethics of the Fathers*, Brooklyn (NY), Kehot, 2009, 1:2.

À ces trois piliers s'en ajoutent trois autres qui assurent la pérennité et l'évolution de l'Univers<sup>413</sup>. Ces trois piliers sont la justice, la vérité et la paix :

*Rabban Shimon ben Gamliel said : The world endures by virtue of three things : justice, truth, and peace, as it is stated (Zechariah 8:16) Administer truth and the justice of peace in your gates<sup>414</sup>.*

Analysons ces deux piliers de l'Univers que sont la Justice (A) et la Vérité (B) afin d'en préciser les rôles dans cette trilogie cosmique.

### **A) La Justice, pilier dynamique de l'Univers**

On doit observer, de concert avec Raphaël Dray, que les premières pensées philosophiques du monde occidental, portent sur la justice<sup>415</sup>. Anaximandre dans son traité *Sur la nature* considère que la justice est une condition qui préside à l'équilibre du *cosmos*<sup>416</sup>. Les Grecs ont également fait de la Justice un principe coutumier à respecter. La Justice constitue un devoir terrestre découlant d'une injonction Divine dans la pensée juive. On peut rattacher cette idée de justice au concept de *h'ok* dans le judaïsme, une obligation inexplicable par la pensée humaine mais qu'il faut respecter comme un commandement Divin<sup>417</sup>. La justice est donc l'un des devoirs positifs explicites imposé à l'homme juif. Voyons comment se fait cette interprétation exégétique de textes sacrés sur la Justice, l'objectif étant la transmission fidèle de la parole de Dieu.

Le lieu électif de manifestation de la Justice Divine sur terre se trouve dans le *Beth din* (maison de la justice ou du jugement). Raphaël Dray précise à cet effet :

*En cela le juge, le dayan, qui fait jugement de vérité est associé de Dieu, à Élohim comme il est dit : "Dieu se tient dans le jugement (michpat)". La formule n'est pas métaphorique. Le lieu électif de Dieu, son makon essentiel, se trouve dans le jugement. Si la justice est le lieu de qui est "le Lieu de tout autre lieu", la sphère des tous les autres points, elle comporte néanmoins un sens littéral qui se déduit du*

---

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> *Ibid* à la note 26, 1:18.

<sup>415</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 269; (Anaximandre, sur la nature).

<sup>416</sup> Voir du Bord, *supra* note 142 à la p 6 (Anaximandre est aussi considéré comme un précurseur de la cosmologie); Hésiode, *supra* note 178 à la p 44 (Hésiode dans sa *Théogonie* considère également que la justice empêche le Chaos).

<sup>417</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 270.

*verset concernant la manière dont Moïse précisément rendait la justice au sein du peuple des Bnei Israël après qu'il fut libéré de l'Égypte, de cette terre devenue celle du despotisme génocidaire, du non-droit, de l'aléa, de l'erratisme, du "soudain" : "Or le lendemain, Moïse siégeait pour juger le peuple et le peuple restait devant Moïse du matin au soir" (Ex. 18;13,14)<sup>418</sup>.*

La justice s'incarne dans le lieu des jugements. Ce dernier verset de l'Exode (Ex. 18;13,14) cité et commenté par Raphaël Dray peut être interprété de deux manières qui conduisent à une double conclusion. La première interprétation résulte des remarques de Yitro à Moïse<sup>419</sup> dans un chapitre de l'Exode. Yitro, à l'origine un prêtre non-juif deviendra le beau père de Moïse. Il insiste sur le fait qu'un seul homme (en l'occurrence Moïse) ne peut être un juge unique et permanent. Dans ces conditions, souligne Yitro, la justice qui est rendue par un seul ne peut être que mauvaise.

*Le procédé que tu emploies n'est pas bon. Tu succomberas certainement, et toi-même et ce peuple qui t'entoure : car la tâche est trop lourde pour toi, tu ne saurais l'accomplir seul. Or écoute ma voix, ce que je veux te conseiller, et que Dieu te soit en aide! Représente, toi seul, le peuple vis-à-vis de Dieu en exposant les litiges au Seigneur; notifie-leur également les lois et les doctrines, instruis-les de la voie qu'ils ont à suivre et de la conduite qu'ils doivent tenir. Mais de ton côté choisis, entre tout le peuple des hommes éminents, craignant Dieu, amis de la vérité, ennemis du lucre...<sup>420</sup>*

Yitro plaide en faveur de la création d'une institution judiciaire pour répondre au commandement Divin de la Justice et celle-ci exige la présence de plus d'un juge. Un seul individu « ne saurait être le fondement d'un peuple entier et nombreux »<sup>421</sup>.

La deuxième interprétation de ce verset de l'Exode consiste à le rapprocher d'un autre verset de la *Torah* qui figure dans le livre de la Genèse. Il y est rapporté l'un des événements les plus marquants de la Création.

*Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre. Or, la terre n'était que solitude et chaos; des ténèbres couvraient la face de l'abîme, et le souffle de Dieu planait sur la face des eaux. Dieu dit : "Que la lumière soit!" Et la lumière fut. Dieu considéra*

---

<sup>418</sup> *Ibid* à la p 275.

<sup>419</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Exode 18:1 et 20:23.

<sup>420</sup> *Ibid*, Exode 18:17 à 18:21.

<sup>421</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 276.



*que la lumière était bonne, et il établit une distinction entre la lumière et les ténèbres. Dieu appela la lumière Jour, et les ténèbres, il les appela Nuit. Il fut soir, il fut matin, un jour*<sup>422</sup>.

En rapprochant ces deux versets de l'Exode et de la Genèse, on déduit que la fonction du juge consiste à renouveler au sein du peuple « cette séquence génésique » de la Création<sup>423</sup>. Le peuple est assimilé à un corps (ou matériau) en formation auquel le jugement apporte une lumière intellectuelle, assimilable à de l'énergie. La Justice s'exerce avec l'objectif d'un perpétuel ordonnancement des choses, permettant ainsi une co-existence de plusieurs juges et une passation inter-générationnelle des jugements. Cet ordonnancement doit cependant être précis et rigoureux. Yitro vient préciser que Moïse ne possédait pas cette capacité d'ordonnancement. Quel est cet ordonnancement? La séquence constitutive de la Genèse utilise l'ordonnancement suivant : passer des ténèbres à la lumière. Or, Moïse s'emploie à juger du matin au soir. Yitro lui signifie que sa méthode n'est pas la bonne. Il reproche à Moïse de rendre justice en commençant par la clarté pour aller vers l'obscurité. Il utilise donc le chemin inverse d'une des étapes de la Création, où il est précisé que l'obscurité a précédé la lumière. Les jugements de Moïse ne résoudront rien et susciteront, bien au contraire, des difficultés et des souffrances<sup>424</sup>.

Retenons dans la pensée juive que la Justice fait partie d'une dynamique en perpétuel mouvement qui permet de maintenir l'équilibre constant de l'Univers. Cette dynamique ne peut reposer sur une seule personne, mais sur plusieurs individus au sein d'une institution de justice. La Justice doit respecter l'ordonnancement de la Genèse et toujours tendre vers la lumière. Les jugements sont lumière. À cet effet, le droit juif interdit de rendre justice la nuit, particulièrement lorsqu'il est question de vie ou de mort<sup>425</sup>. Respecter l'ordonnancement génésique implique que le juge est un agent de la Création qui suit rigoureusement les étapes précisées dans la Genèse et qui ont mené à l'existence de l'Univers. Ne pas suivre cet

---

<sup>422</sup> *La Bible, supra* note 400, Genèse 1:1-5.

<sup>423</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 277.

<sup>424</sup> *Ibid.*

<sup>425</sup> Moses Maïmonide, *Mishnei Torah*, Sefer Choftim, voir *The Book of Judges*, traduit par Rabbin Eliyahu Touger, Brooklyn (NY), Mozaim, 2001 à la p 66); voir aussi, *Le Talmud : Sanhédrin I*, éd commentée par Adin Steinsaltz, traduit par rabbin Jean-Jacques Gugenheim et Rabbin Jacquot Grunewald, Jérusalem, Ramsay, 1996 au ch 1 7A pp 56-57 [*Le Talmud : Sanhédrin I*].

ordonnement, conduit inéluctablement à une décision injuste. L'un des piliers de l'Univers, la Justice, qui supporte le trône Divin, vacillerait, ébranlerait l'Univers Divin, en instaurant un doute sur la Justice Divine si on ne suivait pas cet ordonnement.

Le Talmud rapporte qu'un juge doit supposer que la pointe d'un glaive est dirigée contre son cœur et que l'enfer s'ouvre à ses pieds<sup>426</sup>. Il doit donc prendre son rôle très au sérieux et avoir des qualités humaines et morales supérieures. La solution de justice doit s'imposer au juge avec la même certitude que le matin constitue le début de la journée. Son jugement, précise le Talmud, doit lui paraître aussi clair que la lumière du matin. À défaut, il ne peut rendre sa décision qu'après avoir clarifié les points demeurés obscurs<sup>427</sup>.

### **B) La Vérité, point de passage médian entre la Justice et la Paix**

L'autre pilier de l'Univers, celui de la Vérité, est indissociablement lié à celui de Justice. Le Talmud indique que « [t]out juge qui rend un jugement correspondant à la VÉRITÉ permet à la présence Divine de résider en Israël »<sup>428</sup>. Ce pilier est placé entre la Justice et la Paix.

À l'instar de la Justice, la Vérité (*emet*) est associée à l'équilibre de l'Univers. Celle-ci doit germer dans un mouvement perpétuel qui consiste à tendre vers la Vérité, ce point médian entre Justice et Paix.

Nous présentons le concept de Vérité selon le procédé qui consiste à faire l'exégèse des textes sacrés. Il s'agit dans cette rubrique de le présenter dans sa relation avec le concept de réalité pour en obtenir une compréhension épistémologique.

Dans un monde transparent, fluide et parfait, une information intrinsèquement exacte et vraie (ex. parole de Dieu) serait transmise d'un point à un autre sans aucune déformation. Le concept de Vérité n'aurait aucune utilité dans ce monde parfait et n'existerait point. Or, la réalité du monde terrestre, malheureusement, est bien loin de cette perfection ou de cet idéal. Il est extrêmement rare que, sur la terre, la transmission d'une information X passe d'un point A

---

<sup>426</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I, supra* note 425 à la p 56.

<sup>427</sup> *Ibid* à la p 57.

<sup>428</sup> *Ibid* à la p 55.

et arrive à un point B dans le même état d'exactitude. La transmission fidèle est problématique et se pose alors la question de la Vérité transmise. Par information, nous entendons une donnée comportant des connaissances qui exprime une réalité physique, un état d'esprit ou une idée. Cette information, dans sa transmission, fait inévitablement l'objet d'une transformation, même si elle est infime, à travers les filtres des communicants qu'elle croise et traverse. L'information initiale (sa vérité intrinsèque ou initiale) est parfois déformée par une intention oblique de celui qui la transmet ou de celui qui la reçoit. Les *Psaumes* du roi David nous rappellent que « *tout dans l'homme est trompeur* »<sup>429</sup>. Le mensonge fait partie du monde terrestre. La transmission de la parole de Dieu (vérité absolue) peut être tributaire du mensonge lors de sa transmission.

La Genèse révèle également que la Création du monde ne s'est pas réalisée de manière transparente et comporte, par essence, un certain nombre de déformations, de la matière d'abord, mais aussi de l'énergie. Même la tradition kabbalistique<sup>430</sup> considère que lors de la phase qui a précédé la Création, Dieu lui-même s'est déformé dans le cadre d'un *Tsimtsoum*<sup>431</sup>.

*C'est en concevant le vide en soi pour accueillir l'altérité du monde, c'est en se retirant de lui-même en lui-même que Dieu créa le monde. De ce vide de Dieu, surgit le monde. La création de l'espace vide rend possible l'altérité à partir de la séparation*<sup>432</sup>.

Outre la déformation de l'information initiale, on retrouve aussi une certaine opacité dans le processus de la Création, processus vecteur d'énergie. La Kabbale précise que la réalité, en tant que concept, (*Metsiout*) se différencie de la matière en ce qu'elle est énergie. Elle s'incarne dans la lumière qui se trouve dans chaque chose. Le jugement (décision de justice) est lui aussi lumière et énergie sur une réalité.

---

<sup>429</sup> *La Bible, supra* note 400, Psaume 116:11.

<sup>430</sup> Sur la Kabbale, voir Gershom Scholem, *La Kabbale et sa symbolique*, traduit de l'allemand par Jean Boesse, Paris, Payot, 1975.

<sup>431</sup> Marc-Alain Ouaknin *Tsimtsoum, Introduction à la méditation hébraïque*, Paris, Albin Michel, 1992.

<sup>432</sup> Marc-Alain Ouaknin, *Concerto pour quatre consonnes sans voyelles*, Paris, Payot, 2003 à la p 251.

Raphaël Dray procède à un parallèle intéressant<sup>433</sup> entre les concepts de réalité et de vérité selon la conception juive et selon la théorie des trois mondes développée par Karl Popper lors d'une conférence prononcée à l'Université du Michigan en 1978. Le philosophe Popper fait des rapprochements entre la science et la métaphysique dans l'appréhension de la réalité<sup>434</sup>. Le premier monde de Popper désigne celui de la physique, de la chimie, de la biologie qui appréhende la réalité d'un objet et de ce qui l'entoure dans son immédiateté. Le second monde est celui de l'intellect, de la conscience, celui qui permet de concevoir et d'identifier l'objet. Enfin, le troisième monde, serait celui de la connaissance et des idées. L'appréhension de la réalité de l'objet (premier niveau) serait parfois un obstacle à ce troisième niveau d'appréhension de la réalité<sup>435</sup>.

La *metsiout* (réalité) dans la pensée juive renvoie également à trois niveaux d'appréhension de la réalité, ou de sa vérité intrinsèque, ce qui autorise l'analogie avec l'opinion de Popper. Le premier niveau correspond à une transmission de l'information sans déformation. Lorsque Dieu demande à Moïse de transmettre sa parole au peuple hébreu (selon la formule traditionnelle : *Vaydaber el Moshe lemor*, « *Et Dieu parla à Moïse pour qu'il l'explique* »), cette transmission se réalise sans déperdition de mots et de sens. L'information identifiée « X » est transmise par Dieu « A » à l'intellect de Moïse « B » à l'identique, sans aucune altération. Il est d'ailleurs précisé dans le Livre de L'Exode que le peuple a même « vu » la Parole de Dieu. Un épisode de la Révélation précise que lorsque Dieu a transmis les Dix Commandements à Moïse, « *tout le peuple vit les voix et les feux et le bruit du cor et la montagne fumante* »<sup>436</sup>. Généralement, nous entendons les voix mais nous ne les voyons pas. Peut-être ont-ils vu ou saisi la « *toute conscience* »<sup>437</sup> de l'information émanant de Dieu non déformée.

---

<sup>433</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 296.

<sup>434</sup> Karl R Popper, « Three Worlds », The Tanner Lecture on Human Values, présenté à The University of Utah, 7 avril 1978 [non publiée], en ligne : <[www.tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/p/popper80.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/p/popper80.pdf)>; voir aussi Karl R Popper, *L'univers irrésolu : Plaidoyer pour l'indéterminisme*, traduit de l'allemand par Renée Bouveress, Paris, Hermann, 1984 aux pp 94 et s.

<sup>435</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 296.

<sup>436</sup> Élie Munk, *La voix de la Torah*, Paris, Samuel et Odette Lévy, 1998 à la p 215 (Exode 20:15).

<sup>437</sup> Dray, *supra* note 411 à la p 297.

Le second niveau d'appréhension de la réalité dans la pensée juive concerne la structure cosmique dont les éléments de cette structure répondent au nom de *galgallim*; il s'agit de véhicules de communication entre Dieu et la terre qui permettent la fluidité du cosmos et assurent l'absence de déformation de la réalité. Avec ces véhicules, Vérité et Réalité peuvent se confondre parfaitement. Moïse est l'un de ces véhicules de la vérité intrinsèque. Le troisième et dernier niveau d'appréhension de la réalité est tributaire de la réalité terrestre où la question de la Vérité se pose continuellement en raison du mensonge, de la discorde et de l'affrontement. La parole vraie pénètre difficilement le monde terrestre et la Bible offre de multiples exemples où la parole de Dieu n'est pas entendue. Selon les premiers versets de la Genèse, les paroles de Dieu étaient immédiatement mises à exécution, ce qui est souligné par l'expression « ... *et il en fût ainsi* ». Se référant à la Création du *Gan Eden* (le jardin du paradis), à ses débuts sur la Terre, la parole ne subissait point de déformation. Dans cet état initial du paradis terrestre, la Vérité tombe du ciel. Avec la chute d'Adam et Ève, la parole de Dieu est plus difficile à entendre ou à suivre. La Réalité et la Vérité coexistent sur Terre mais ne coïncident pas facilement dans ce troisième niveau d'appréhension de la réalité. Cela est susceptible de se produire dans le domaine des jugements (troisième niveau).

La Vérité doit germer pourqu'elle puisse coïncider avec la Réalité dans sa vérité intrinsèque. La Vérité sur terre est aux prises avec des problèmes de dissimulation, à l'instar d'Adam et Eve qui, après avoir fauté, tentent de masquer leur faute en se cachant après avoir entendu la voix de l'Éternel<sup>438</sup>. L'accès à la Vérité intégrale ou absolue est difficile. Mais les jugements de justice sur terre doivent surmonter les écueils et s'approcher de la Vérité absolue. Tout l'enjeu de la Vérité réside dans sa relation avec la *metsiout* (la réalité) et cette relation ne peut s'épanouir que dans un processus de germination<sup>439</sup> qui ne peut se réduire à la confrontation de thèses contradictoires. La Vérité exclut donc le combat seulement intellectuel, puisqu'un tel affrontement remet en cause la Vérité intégrale et absolue de la parole de Dieu et suppose la non considération de la vérité de l'autre thèse qui fait aussi partie de cette vérité globale.

---

<sup>438</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Genèse 3:8.

<sup>439</sup> *Ibid* à la p 313.

Pourtant les débats sur les prescriptions du *Talmud* procèdent par *mah'loket* (discorde). Mais leur objectif est de tendre vers la Vérité absolue. Par conséquent, ce procédé de discussion ne constitue pas l'équivalent de débats contradictoires. Les talmudistes ne cherchent pas à faire valoir une thèse, mais à offrir une connaissance qui mérite d'être approfondie<sup>440</sup>. Exégétique n'est donc pas synonyme de rhétorique. Idéalement, le *Talmud* est étudié en groupe ou à deux pour favoriser la discussion qui consiste à approfondir les questions. Il existe donc dans la recherche de la Vérité par l'exégèse des textes une dynamique qui permet au monde terrestre d'accéder au monde céleste de la Vérité absolue. La justice terrestre n'échappe donc pas à cet idéal de la Réalité s'approchant de la Vérité parfaite.

## §2. Justice et Vérité devant les tribunaux terrestres

La Bible, avons-nous précisé, prévoit l'organisation de tribunaux terrestres pour rendre la justice et prononcer des jugements. Elle requiert la création de tribunaux dans tous les districts pour résoudre les litiges<sup>441</sup>. Mais elle offre peu de détails sur le fonctionnement, la structure et les pouvoirs de ces tribunaux, ce qui rend notre analyse difficile<sup>442</sup>. Les Patriarches de la période hébraïque ancienne assurent la fonction de juge au sein de leur groupe qui instaure un pouvoir royal terrestre. Une cour supérieure juge les crimes de sang ou les violations sérieuses de la loi religieuse; elle est située près du Sanctuaire qui renferme le Tabernacle<sup>443</sup>. C'est l'avènement de la royauté israélite aux environs des années 1030 – 931 avant notre ère qui donne lieu à une toute autre conception du pouvoir et influence l'organisation judiciaire. Cette restructuration politique se fait dans le contexte de la menace philistine. Les Philistins sont des guerriers dotés de moyens techniques militaires avancés. Ces Philistins cherchent à étendre leur contrôle sur la Cisjordanie et font la guerre aux Israélites. Saül donne le signal de la révolte contre les Philistins, il devient le roi vers 1025

---

<sup>440</sup> *Ibid* à la p 316.

<sup>441</sup> *La Bible, supra* note 400, Deutéronome 16:18.

<sup>442</sup> Ze'ev W Falk, *Hebrew Law in Biblical Times: An Introduction*, 2<sup>e</sup> éd, Indiana, Brigham Young University Press, 2001.

<sup>443</sup> *La Bible, supra* note 400, Deutéronome 17:8-3, voir aussi Mireille Hadas-Lebel, *Entre la bible et l'histoire : Le peuple hébreu*, Gallimard, 1997 aux pp 29 et s.

avant notre ère en étant choisi par le prophète Samuel<sup>444</sup>. Il est le choix de Dieu puisque le prophète Samuel n'a fait que ce que le Seigneur a exigé de lui<sup>445</sup>. À compter de ce moment, Dieu reste l'autorité transcendante, mais il existe dorénavant un monarque terrestre choisi par Dieu. Cette première royauté n'est pas encore synonyme de pouvoir central, la royauté restant largement une affaire de famille<sup>446</sup>, les tribus demeurant autonomes.

C'est avec les rois David et Salomon (fils de David) respectivement (1010 – 970 et 970 – 931 avant l'ère commune) que la royauté prend un nouveau tournant et devient à l'apogée de son prestige et de sa puissance. David est proclamé roi de Juda, les autres tribus le sacrant roi d'Israël, à la mort de Saül<sup>447</sup>. Cette désignation quasi élective n'élimine pas le caractère sacré de la royauté puisque ce choix s'est opéré conformément à des signes donnés par Dieu. Jérusalem devient la capitale du royaume d'Israël, lieu où l'on doit placer l'arche de l'Alliance avec Dieu. Ce ne sera que sous le règne de Salomon que l'on pourra construire le premier temple en vue d'y conserver l'arche de l'Alliance. L'ère de David et de Salomon ne dure guère plus de soixante-dix ans. Cependant cette période marque profondément l'histoire et la culture juives. On parle d'un « âge d'or »<sup>448</sup>. L'entretien de la royauté et l'organisation administrative qui en découlent donne lieu à la naissance d'une nouvelle classe sociale : celle des fonctionnaires civils, culturels (pour le nouveau temple) et militaires, tous des dépendants de la royauté. La formation de ces nouveaux fonctionnaires entraîne la création d'écoles royales où l'on apprend à lire, écrire, compter... et à être un fervent dévoué au roi terrestre. Ces écoles président au développement de la première littérature hébraïque et à la rédaction des plus anciens textes de la Bible.

Au cours de cet âge d'or, la justice s'organise autour d'un quasi État et est dirigée par le roi dont l'un des devoirs essentiels consiste à assurer une bonne justice. Si l'on crée des cours royales composées de lévites et de juges royaux, il subsiste néanmoins un système judiciaire mis en place par les anciens patriarches conformément aux premières sources

---

<sup>444</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Premier livre de Samuel, 1 Samuel 9 - 10; Hadas-Lebel, *supra* note 443 aux pp 30-31.

<sup>445</sup> *La Bible*, *supra* note 400, 1 Samuel 13:2-7, 17-18.

<sup>446</sup> *Ibid*, 1 Samuel 13:19-22.

<sup>447</sup> Hadas-Lebel, *supra* note 443 aux pp 32 et s.

<sup>448</sup> Lemaire, *supra* note 386 aux pp 25-36.

bibliques<sup>449</sup>. Les sources de droit deviennent doubles. Le roi émet quelques décrets<sup>450</sup>, mais les références bibliques doivent primer dans l'interprétation. On fait par exemple référence à la *Torah* de Moïse<sup>451</sup>. Cette source biblique qui constitue la source fondatrice du droit juif va donner lieu à diverses interprétations exégétiques qui auront force de loi. Rappelons que selon la tradition juive, Dieu a transmis au peuple hébreu, par l'intermédiaire de Moïse sur le Mont Sinaï, non seulement les livres de la loi (la *Torah*) mais aussi une loi orale (le *Talmud*). À cet âge d'or, naît une pensée talmudienne très singulière composée de commentaires et de discussions de la part de sages sur les livres sacrés.

Au cours du millénaire qui suivra cet « âge d'or », la pensée biblique générant des règles de droit demeure à peu près complètement ignorée du monde païen environnant. Si la chrétienté assoit sa foi sur des assises bibliques, les Juifs à compter de cette période inventent de nouvelles voies de pensée qui demeurent ésotériques et à peu près ignorées du reste du monde jusqu'à aujourd'hui<sup>452</sup>. Le droit juif religieux, même riche en réflexions, ne devient pas un droit national ou étatique. Pourtant, la pensée talmudique développe une herméneutique et une logique originales. En raison de l'histoire du peuple juif, la transmission de cette pensée talmudique s'est principalement faite dans les ghettos et dans le circuit fermé d'initiés. La pratique de l'exégétique des textes sacrés en vase clos permet toutefois aux juifs de sauvegarder et d'approfondir, en y laissant leur marque, la connaissance qu'ils ont des textes sacrés fondateurs. Les scribes et autres docteurs de la Loi vont devenir les successeurs des rois et des prophètes et transférer leur savoir à d'autres docteurs de la loi jusqu'à nos jours<sup>453</sup>. Malgré le peu de rayonnement juridique des textes sacrés, il nous paraît important pour notre sujet d'étude, de parler de l'herméneutique comme discipline résultant de l'étude et de l'interprétation des textes bibliques pendant des siècles, ce qui aura des répercussions sur la conceptualisation éventuelle de l'aveu dans les futurs systèmes juridiques du continent européen.

---

<sup>449</sup> Hecht, *supra* note 359 à la p 3.

<sup>450</sup> *La Bible*, *supra* note 400, I Samuel 28:9.

<sup>451</sup> *Ibid*, Deuxième Livres des Rois 22:8 et deuxième Livres des Chroniques 25:4.

<sup>452</sup> Cohen, *supra* note 381 aux pp 17-42.

<sup>453</sup> Steinsaltz, *supra* note 380 aux pp 3-47.



Pour le peuple hébreu, les prescriptions sur la manière de diriger sa vie sur terre se retrouvent dans la *Torah*. Fait remarquable, ces textes Divins élaborent non seulement une théologie, une loi et une morale, mais réclament de l'homme qu'il soit juste et saint. On assiste au développement d'une éthique personnelle et une intégrité de grande exception que doivent avoir les interprètes des textes sacrés. Autre fait remarquable, c'est qu'un peuple se soit reconnu dans ces messages et ait subordonné sa propre existence à ces commandements Divins depuis des temps immémoriaux. Ce peuple a tout fait en fonction de la conservation, de l'approfondissement et de la sauvegarde du texte de la Bible, représentant l'intégralité de la pensée de Dieu<sup>454</sup>.

Analysons brièvement ce système de pensée (A) avant de poursuivre avec la présentation de l'organisation judiciaire sophistiquée issue de la Bible (B).

### **A) Un système de pensée proposant des règles herméneutiques très rationnelles**

Le Talmud propose une dialectique particulière en établissant des règles herméneutiques qui permettent à tout juif d'accéder à la connaissance de la volonté de Dieu tout entière et exprimée dans la Bible. La pensée biblique va, par conséquent, se perpétuer et se transmettre sur des siècles d'abord grâce à des êtres d'exception, quelques dizaines de juges, de rois et de prophètes avec une continuité extraordinaire<sup>455</sup>. Puis le Talmud va être élaboré grâce à l'effort de plusieurs milliers de docteurs de la Loi<sup>456</sup>. Ce processus continue encore aujourd'hui. Le corpus des lois et des traditions juives est le résultat d'une sédimentation et d'un cumul sur sept siècles (de 200 avant l'ère commune jusqu'à environ 500 de notre ère) de transmission et d'interprétation de ce savoir biblique.

La pensée talmudique connaît deux périodes, celle de la *Mishna* et celle de la *Gemara*<sup>457</sup>. Ce que l'on considère être la loi orale donnée à Moïse sur le Mont Sinai<sup>458</sup> d'après la tradition, a été codifiée pour la première fois dans la *Mishna* vers 200 avant l'ère commune

---

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> Cohen, *supra* note 381 aux pp 17-42.

<sup>456</sup> *Ibid.*

<sup>457</sup> Steinsaltz, *supra* note 380 aux pp 3-47.

<sup>458</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Exode, 20:15.

par Rabbi Yehoudah ha-Nassi et complété par la *Gemara* qui rapporte les discussions rabbiniques au sujet de la *Mishna* sur une période de cinq cents ans (les deux siècles suivants en terre d'Israël et les trois suivants en Babylonie). Cette division a de l'importance. La *Halakha* constituant l'ensemble de la loi juive, se fonde sur la reconnaissance d'une hiérarchie de sources : plus la source est ancienne, plus son autorité est grande. Par exemple, les lois formulées explicitement dans la Bible ont davantage d'autorité que celles que l'on trouve dans la *Mishna*; les lois de la *Mishna* ont plus de poids que celles mentionnées dans la *Gemara*; les lois de la *Gemara* ont plus d'autorité que les décisions *halakhiques* ultérieures, et ainsi de suite. Conformément avec cette hiérarchie d'autorités, pour fin d'interprétation, les rabbins des différentes périodes portent des titres différents : les rabbins de la *Mishna* sont appelés *tannaïm* (pluriel de *tanna*), c'est à dire ceux qui enseignent, les autorités de la *Gemara* sont appelés *amoraïm* (pluriel d'amora), ceux qui expliquent. Par conséquent toute interprétation des lois est censée respecter cette hiérarchie des sources<sup>459</sup>.

Si la Palestine reste alors le centre spirituel prééminent de la communauté juive, un second centre va prendre de l'importance. Des juifs en exil se sont déplacés en Babylonie après la destruction du Premier Temple. On assiste à la création d'académies babyloniennes qui vont gagner en renommée et en influence. Les juifs de Babylone auront un second *Talmud*, celui de Babylonie, qui concurrencera et dominera en autorité celui de Jérusalem.

Le principe cardinal sur lequel repose la pensée talmudique, sans égard à son origine (Jérusalem ou Babylonie), est la foi en la révélation de la Bible<sup>460</sup>. Les maîtres de la Loi formulent l'interdiction d'ajouter quelque autre règle à la *Torah* puisqu'elle est par essence éternelle, complète, immuable et intouchable. En réalité, il y a eu inévitablement une adaptation de la volonté de Dieu immuablement exprimée et transmise à Moïse aux conditions changeantes de la vie d'Israël, en particulier après la destruction du second Temple en l'an 70 de l'ère commune et par la suite lors de l'Exil. Il va en résulter des obligations d'interprétation de la loi réputée immuable.

---

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> Jacob-Bernard Agus, *L'évolution de la pensée juive, des temps bibliques au début de l'ère moderne*, Paris, Payot, 1961 aux pp 14-76.

Pour mesurer l'impact de la destruction du Temple, il faut comprendre sa fonction. Le Temple est le lieu central dépositaire de la pensée biblique; il est le lieu de la vie sacramentelle, du sacrifice et du pardon<sup>461</sup>. Détruit, tout un ensemble de commandements juridiques et liturgiques dictés par la Bible, deviennent impraticables, en particulier les sacrifices rituels. Les docteurs de la Loi doivent par conséquent ajuster des règles issues de la Loi à ces circonstances nouvelles. Par exemple, les sacrifices sont progressivement remplacés par des versets à réciter lors des trois prières journalières. L'exégèse de la Loi va devenir une discipline développée par les docteurs de la Loi pour adapter la volonté éternelle aux contingences de l'histoire terrestre. L'exégèse ne peut cependant rien inventer et doit tout tirer de la tradition. En vertu d'un principe talmudique, un raisonnement, pour aussi juste qu'il soit, ne peut jamais fonder une loi nouvelle ou abroger une loi ancienne. L'exégèse juridique va favoriser l'émergence de règles de l'herméneutique ce qui va permettre des interprétations subtiles et des adaptations de la pensée biblique aux conditions changeantes de la réalité politique du peuple hébreu. C'est à partir de ce système de pensée, dont la source principale et même unique est la Bible, que va s'élaborer un droit pénal et une procédure pénale basés sur des règles réfléchies et empreintes de rationalité humaine<sup>462</sup>.

En effet, on pourrait penser que, dans un tel contexte religieux, le régime de la preuve ou les règles de procédure pénale soient empreintes d'une forte irrationalité en raison des sources purement Divines de ces règles. Or, la raison humaine déjà utilisée pour le développement de l'interprétation de la Loi, va également présider à l'établissement d'un système juridique des plus rationnels.

### **§3. Une organisation judiciaire sophistiquée**

C'est le Pentateuque qui fournit principalement les règles procédurales qui nous intéressent et qui nous permettent de situer l'aveu dans un tel cadre. Les textes du Pentateuque ont eu d'ailleurs une influence décisive sur l'esprit des législateurs du continent européen<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Francis Schmidt, *La pensée du temple : de Jérusalem à Qoumrân : identité et lien social dans le judaïsme ancien*, Paris, Seuil, 1994.

<sup>462</sup> Steinsaltz, *supra* note 380 aux pp 3-47.

<sup>463</sup> André Albert Morin, « De l'étude des racines chrétiennes des droits pénaux français, britannique et canadien » (2002) 32 RGD 213.

Par exemple, les règles relatives aux délits et aux peines font toujours parties des annales du droit de punir<sup>464</sup>. Les traditions et les lois du droit juif ont joué un rôle immense dans le développement des institutions politiques et judiciaires de l'Occident. Nous examinons seulement les textes qui relèvent de la procédure pénale et à la forme du procès. Les commentaires qui suivent sont notamment tirés de l'ouvrage du Professeur Thonissen portant sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens<sup>465</sup>, et sont principalement tirés de l'examen du *Tanach* (la Bible) et du *Talmud* de Babylone, et en particulier du Traité *Sanhédrin*. Le Professeur Thonissen insiste sur le fait que la procédure criminelle de ces temps mosaïques se distingue par son « extrême simplicité ». Il explique que le Pentateuque ne renferme que peu d'éléments sur les droits et obligations des intervenants au procès. Le Pentateuque et en particulier son cinquième Livre, le Deutéronome, ne fournissent que le cadre légal dans lequel le peuple hébreu exerce la Justice. Ces règles ont par la suite donné lieu à de nombreuses controverses jurisprudentielles, talmudiques et rabbiniques. Cette apparente simplicité masque en réalité une grande méfiance des juifs à l'endroit de la justice des hommes, comme s'ils pressentaient que celle-ci était par essence faillible. Cette méfiance va nettement inspirer le droit relatif aux témoignages.

Voyons donc d'abord le cadre judiciaire puis ensuite les règles testimoniales selon le Traité *Sanhédrin*. Le Pentateuque impose qu'à l'entrée de chaque ville donnée par Dieu au peuple hébreu, celui-ci nomme des juges devant rendre une justice « *juste* »<sup>466</sup> et des représentants de la force publique chargés de l'exécution des décisions de justice. Des commentaires de Rachi, célèbre rabbin français du Moyen-Âge et commentateur du Pentateuque<sup>467</sup>, portent sur cette notion de justice « *Juste* ». Il rapporte que cette justice ne peut être rendue que si l'on nomme des juges experts, « *saints ou Justes* »<sup>468</sup>. L'homme Juste est celui qui embrasse tous les idéaux religieux du judaïsme par amour et par crainte de Dieu. Son action humaine doit être dictée par ces paramètres. En étant situés aux portes des villes, les

---

<sup>464</sup> *Ibid.* L'auteur renvoie quasi exclusivement au passage de l'Ancien testament donc du Pentateuque pour ses exemples de délits pénaux.

<sup>465</sup> Jean-Joseph Thonissen, *Études sur l'histoire criminelle des peuples anciens*, t 2, Paris, A Durand & Pedone Lauriel, 1869 aux pp 1-27 [Thonissen, *Études sur l'histoire*].

<sup>466</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Deutéronome 16:18, mais voir aussi la Genèse 23:10 et 23:18.

<sup>467</sup> Elie Wiesel, *Rashi*, Paris, Grasset, 2010.

<sup>468</sup> Rachi, *Devarim/Deuteronomy*, Brooklyn (NY), Mesorah, 2005 à la p 183.

tribunaux permettent une plus large publicité de l'administration de la justice et respectent également une tradition religieuse importante. C'est en effet là, au porte d'une ville, qu'Abraham achète auprès de Hâtées une parcelle de terre destinée à la sépulture de son épouse Sarah<sup>469</sup>; c'est encore là qu'Hemor propose à son peuple une alliance avec Jacob<sup>470</sup>.

Dans cette Palestine ancienne, on recense trois classes de tribunaux dont les compétences *rationnae loci* et *rationnae materiae* sont minutieusement réglées<sup>471</sup>. Le premier échelon du système judiciaire est composé d'un tribunal de trois juges désignés par le Grand tribunal (*Sanhedrin*). Il siège dans les bourgs où l'on compte moins de 120 pères de familles et il statue sur les petits délits punis par le fouet ou par des peines pécuniaires. Un tribunal de 23 juges siège dans les villes de plus 120 âmes paternelles. La ville de Jérusalem en compte deux, l'un au pied de la montagne du Temple, l'autre à l'entrée du Temple. Ce tribunal possède la compétence criminelle la plus étendue et peut prononcer la peine capitale. Enfin, le Grand *Sanhedrin* qui siège dans le Temple, à côté du Sanctuaire, couronne cette organisation judiciaire. Composée de 72 juges, le Grand *Sanhedrin* assure outre une fonction judiciaire suprême, des fonctions politiques et religieuses sur tout le territoire. La magistrature n'est pas ouverte à tout le monde. Elle est réservée à des individus qui ne sont pas frappés d'incapacités légales. Ces incapacités sont minutieusement décrites. Les qualités positives que doivent avoir les magistrats sont la sagesse, l'humanité, l'amour du prochain, la crainte de Dieu, le désintéressement, l'amour de la vérité et une réputation irréprochable<sup>472</sup>.

Le procès, et en particulier l'instruction de l'affaire, sont publics et se déroulent oralement. Cette préférence accordée à la preuve testimoniale s'explique par une très grande méfiance à l'égard de la procédure écrite.

*Les allégations verbales des plaideurs font ordinairement ressortir aux yeux du juge le vrai et le faux de l'accusation et de la défense. Au contraire, dans une procédure écrite, on parvient souvent à cacher le mensonge sous les ornements de la rhétorique. La chicane s'y donne un libre jeu, et l'on fait rédiger la plainte et la*

---

<sup>469</sup> *La Bible, supra* note 400, Genèse 23:10-18.

<sup>470</sup> *Ibid*, 34:20.

<sup>471</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I, supra* note 425 au ch 1 aux pp 7-15.

<sup>472</sup> *Ibid*.

*défense par autrui, non suivant la vérité, mais suivant le but intéressé que l'on se propose d'atteindre*<sup>473</sup>.

Le juge doit aussi trancher le litige selon son intime conviction selon « *ce que ses yeux voient* » et voir le témoin devant le tribunal est essentiel<sup>474</sup>. On trouve de nombreuses références dans la Bible sur l'oralité de la procédure<sup>475</sup>. On veut en effet que le juge découvre la vérité dans les gestes, la parole, le regard des plaideurs et des témoins. Les preuves sont néanmoins consignées par écrit par deux secrétaires dans le tribunal des 23 juges. Quant au Grand *Sanhedrin*, un scribe dresse un protocole de séance.

Les débats sont essentiellement contradictoires et tout ce qui se fait en l'absence de l'accusé est entaché de nullité absolue<sup>476</sup>. L'accusateur expose lui-même l'accusation et produit ses preuves. L'accusé est tenu de répondre à tous les griefs<sup>477</sup>. Les juges ne se livrent pas à des investigations personnelles supplémentaires. Leur rôle se borne à statuer sur les preuves produites et limité aux raisons alléguées de part et d'autre. Loin d'accueillir facilement les indices de culpabilité, les magistrats se mettent plutôt en garde contre les mensonges et les ruses de l'accusation. Un passage de la *Torah* mentionne d'ailleurs que Moïse leur recommande de procéder avec une extrême réserve et une prudence méticuleuse à l'égard des preuves en particulier lorsque les accusations sont susceptibles de peine capitale :

*Recherchez la vérité, informez-vous bien, pesez scrupuleusement les témoignages, et si l'accusation est fondée, si le fait est incontestable, si le crime a été réellement commis, infligez aux coupables la peine qu'ils ont méritée*<sup>478</sup>.

Le Chapitre 4 (page 37a) du Traité *Sanhédrin* rapporte également que le juge doit chercher à sauver l'accusé, surtout lorsque l'infraction est passible de peine de mort<sup>479</sup>. La vie d'une créature de Dieu importe par dessus tout. Ce système, très proche du système accusatoire qui s'est développé en Angleterre, met accusateurs et accusés sur un même pied d'égalité. Cependant, toutes les présomptions favorables se trouvent du côté des citoyens

---

<sup>473</sup> Thonissen, *Études sur l'histoire*, supra note 465 à la p 3.

<sup>474</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I*, supra note 425 au ch 1 (7A) à la p 50.

<sup>475</sup> *La Bible*, supra note 400, Exode 23:15-16, 22:1-2, dans le Deutéronome 25:1, 7, 3 Rois, 3:16 et s, Isaïe 24:21.

<sup>476</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I*, supra note 425 au ch 1 (7 a) aux pp 50-62.

<sup>477</sup> *Ibid* au ch 1 (3A) à la p 17.

<sup>478</sup> *La Bible*, supra note 400, Deutéronome 13:13 à 18.

<sup>479</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I*, supra note 425 à la p 160 (37a).

accusés. En matière pénale, la preuve ordinaire pour ne pas dire unique est la preuve par témoins. La *Torah* issue de Moïse se limite à énoncer deux règles fondamentales, dont l'une s'adresse aux citoyens, l'autre aux juges. Aux citoyens, ce texte sacré impose de faciliter la tâche des magistrats en prêtant un témoignage loyal et complet chaque fois que cela est requis. Il fait donc de la révélation de la vérité l'accomplissement d'un devoir de conscience.

*Si quelqu'un entend la voix de l'adjuration et qu'il ait été témoin et qu'il ne dise pas ce qu'il a vu ou entendu, il portera la peine de son péché*<sup>480</sup>.

L'obligation que la Loi impose au juge est d'une autre nature. Le Livre des Nombres du Pentateuque mentionne :

*On punira l'homicide après avoir entendu les témoins; nul ne sera condamné sur le témoignage d'un seul*<sup>481</sup>.

On réitère ce précepte du Deutéronome en disant aux juges que nul ne doit être condamné à mort sur la seule déposition de deux ou trois témoins<sup>482</sup>. Mais on ajoute au sujet de toutes les accusations (capitales et autres) :

*Un seul témoin ne suffira pas contre quelqu'un, quel que soit le délit ou le péché qu'on lui impute, mais tout sera confirmé par la déposition de deux ou de trois témoins*<sup>483</sup>.

Ce précepte est on ne peut plus précis car il est répété au moins trois fois dans la Bible. Rejetant la preuve par présomptions ou par indices, enlevant même toute valeur à un témoignage isolé, la Loi impose aux juges le devoir impératif de fonder leurs décisions sur des déclarations formelles et concordantes d'au moins deux témoins du délit ou du crime. Le droit juif préfère les inconvénients éventuels de l'impunité à l'horrible malheur de l'exécution d'un innocent. La Bible n'hésite pas à se prononcer en faveur d'un système pénal qui, dans bien des cas, devait rendre la preuve des crimes extrêmement difficiles. La loi orale va appliquer strictement ces principes et adopte un système de témoignages très élaboré. Ainsi, la *Mishna Sanhédrin* rapporte :

---

<sup>480</sup> *La Bible, supra* note 400, Lévitique 5:1.

<sup>481</sup> *Ibid*, Nombres, 35:30.

<sup>482</sup> *Ibid*, Deutéronome 27:6.

<sup>483</sup> *Ibid*, 29:15.

*Comment met-on les témoins en garde contre une déposition mensongère? On introduisait les témoins d'un crime capital et on leur adressait cette mise en garde : Peut-être allez vous parler et charger l'accusé en vous fondant sur de simples présomptions, sur une rumeur, sur un témoignage indirect, d'après ce qui vous a été rapporté par un autre, fût-il parfaitement crédible. Peut-être ne savez-vous pas que nous allons contrôler l'exactitude de votre déposition en vous soumettant à une enquête et à un interrogatoire. Sachez bien que les procès capitaux ne sont pas comparables aux affaires pécuniaires. Dans une affaire pécuniaire, l'auteur d'un faux témoignage peut obtenir le pardon en indemnisant celui qui a été lésé. En revanche, dans un procès capital, le sang de celui qui a été exécuté à tort et le sang de toute la descendance qu'il aurait pu avoir jusqu'à la fin des temps retombent sur celui qui est responsable de sa mort. [...]. C'est pour cela, disait-on aux témoins, que l'homme a été créé seul, pour t'enseigner que quiconque anéantit une âme d'Israël, L'écriture lui en tient compte comme si'il avait anéanti tout un univers<sup>484</sup>.*

Mais la Mishna va encore plus loin :

*Dans un procès capital, les juges procédaient à l'interrogatoire des témoins après leur avoir adressé une longue mise en garde. D'après un tana anonyme, le tribunal commençait par examiner les témoins en leur posant les sept questions suivantes : En quel cycle septénaire le crime a-t-il été commis? En quelle année du cycle? En quel mois de l'année? Le combien du mois? [...] Ensuite, les juges posent aux témoins des questions sur des points de détail. Plus ils en rajoutent, plus ils sont dignes d'éloges car, de la sorte, ils pourraient relever dans les réponses des témoins certaines contradictions, ce qui entraînerait ipso facto le rejet de l'accusation<sup>485</sup>.*

S'il y a le moindre doute ou une moindre contradiction sur un détail dans des témoignages, ils sont annulés. Après chaque témoignage, l'accusé peut faire valoir ses moyens de défense. Comme tout témoignage doit être fait oralement, l'accusé a également le droit de récuser les témoins incapables si le tribunal ne l'a pas fait d'office.

En résumé, la procédure hébraïque surprend par sa modernité : confrontation de l'accusateur et de l'accusé, audition des témoins en présence des plaideurs et des juges, défense de lire une déposition écrite, caractère essentiellement contradictoire de l'instruction, innocence présumée du défendeur, absence de tortures physiques et morales, examen minutieux de la capacité, de la bonne foi et la neutralité des témoins... Ce qui étonne c'est d'observer qu'un système fondé exclusivement sur un droit Divin ne fasse pas appel aux

---

<sup>484</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I, supra note 425 à la p 161.*

<sup>485</sup> *Ibid à la p 195 (ch 5- 40a).*



ordalies. Il est vrai que le *Talmud* ne date pas les institutions auxquelles il fait référence, mais ces textes transmis sans interruption dans le temps, offrent cette seule description, ce qui nous convainc. Il y a une constance et une unanimité autour de l'énoncé de ces règles conservées et transmises à travers des générations de rabbins, celles-ci nous apparaissent empreintes de rationalité.

Un autre constat sur le droit juif d'essence biblique, c'est son appréhension originale de l'aveu comme pièce à conviction dans son système de justice pénale : ce n'est pas une preuve. Examinons cela de plus près.

### **Section III : La fonction exclusivement rédemptrice de la confession : l'aveu au service de la justice Divine**

On ne retrouve pas dans les règles tamuldiques, que l'aveu d'une faute par un être humain entraîne un processus d'enquête et de vérification terrestre sur sa fiabilité. On ne s'interroge pas sur sa valeur probante, car l'aveu d'une faute faite à Dieu ou faite à son prochain ne constitue pas une preuve pertinente et suffisante de détermination de la culpabilité de l'avouant devant un tribunal terrestre. Si le droit juif a tout de même créé un système de preuves des plus élaborés en matière pénale, l'aveu lui a toujours posé une difficulté à titre de preuve. Non seulement sa fiabilité est douteuse mais aussi la crédibilité de l'avouant est problématique. L'aveu ne peut permettre de s'approcher de la vérité absolue. Sauf à des fins de repentance, l'aveu ne permet pas d'établir une vérité satisfaisante pour qu'un jugement pénal soit rendu.

Le judaïsme repose sur l'idée de singularité du peuple juif comme peuple élu de Dieu qui engendre une distinction nette entre les juifs et les non-juifs. Le judaïsme est historiquement la première religion entièrement monothéiste. La foi en un Dieu unique remplace la croyance en un panthéon de Divinités comme chez la plupart des peuples du monde antique, y compris les Grecs et les Romains<sup>486</sup>. Le judaïsme se considère comme une religion universelle en ce que sa loi est applicable à l'humanité entière. Mais cette religion,

---

<sup>486</sup> Chouraqui, *supra* note 382 aux pp 11 et s.

dans sa manifestation antique, qui fait une distinction entre juifs et non-juifs, exige du seul peuple juif d'observer les commandements bibliques.

En revanche, les non-juifs doivent tout de même respecter les commandements issus des sept lois *noachides* instituées après le déluge<sup>487</sup>. La religion juive est principalement concernée par le développement d'une praxis sur terre, dont l'objectif consiste à réparer le monde (*tikkun olam*)<sup>488</sup>. Sans corpus dogmatique formel et officiellement reconnu, la rédemption de l'individu se réalise par une conduite droite plutôt que par la foi. L'homme est censé jouer un rôle actif dans le perfectionnement du monde terrestre, notamment par l'étude constante des commandements et par leur mise en œuvre<sup>489</sup>.

Pour faire une analyse du concept d'aveu et comprendre son économie ou sa dynamique dans le droit juif, il importe de préciser la conception de l'homme dans le judaïsme. Cette conception permet de s'interroger sur ce qui pousse l'individu à se confesser selon la pensée juive.

On peut avoir un début d'explication en examinant la notion de libre arbitre en vertu de ce droit. L'aveu du péché est considéré comme étant le premier pas dans la recherche du pardon et de l'expiation de tout tort commis. Cet aveu suppose la reconnaissance du libre arbitre de tout avouant. La confession d'une faute ne peut se comprendre sans ce concept de libre arbitre. C'est ce que nous examinerons plus en détail dans un premier temps (§1) avant d'aborder la question de l'aveu et de son interdiction en droit juif (§2)

### **§1. Le préalable à la confession : la question du libre arbitre dans le judaïsme**

Principe philosophique et théologique qui offre à l'individu la possibilité d'agir selon sa propre volonté et selon ses choix propres, le libre arbitre est en opposition avec le

---

<sup>487</sup> Voir sur l'ensemble de cette question Max Weber, *Le judaïsme antique*, Paris, Plon, 1970; David Novak, *The Image of the Non-Jew in Judaism : A Historical and Constructive Study of Noachide Laws*, New York, E Mellen Press, 1983 aux pp 96 et s. Les lois *noachides* se résument aux principes suivant, obligation d'établir des tribunaux; interdiction de l'idolâtrie, interdiction de blasphémer; interdiction de l'adultère; interdiction de tuer; interdiction de voler; interdiction de manger la chair d'un animal vivant.

<sup>488</sup> Aj Wolf, « Repairing Tikkun Olam. Capturing of the Talmudic-Zoharic notion of Tikkun Olam » (2001) 50:4 *Judaism* 479.

<sup>489</sup> Cohen, *supra* note 381.

déterminisme Divin ou naturel<sup>490</sup>. Les philosophes juifs considèrent généralement que le libre arbitre est indispensable afin que l'individu acquière le sens et la portée de sa propre responsabilité morale. Le libre arbitre s'inscrit implicitement dans la croyance en la justice Divine et en la possibilité du châtement des pécheurs<sup>491</sup>.

Dans le récit biblique d'Adam et Ève, les premières paroles adressées par Dieu à l'homme énoncent un interdit dont la transgression vaut la punition de l'enfer. L'individu est représenté comme un être responsable car il détient la liberté d'obéir ou d'enfreindre l'interdit. Émanant de la volonté individuelle, les actions humaines sont par conséquent intégralement imputables à leur auteur. À une autre occasion, Dieu dit à Caïn, bien qu'il le savait irrité et abattu en raison de sa rivalité avec son frère, qu'il finira d'ailleurs par assassiner : « *le péché est tapi à ta porte : son élan est vers toi, mais toi, domine-le!* »<sup>492</sup>

Dans le Deutéronome, Moïse explique au peuple d'Israël que sa destinée nationale dépend de ses choix : « *J'ai mis devant toi la vie et la mort, le bonheur et la calamité! Choisis la vie [...]* »<sup>493</sup>.

Pour le rabbin et penseur juif Maïmonide du Moyen-Âge, le libre arbitre est le principe fondamental et le plus grand pilier de la *Torah*<sup>494</sup>. La notion même de repentir enseignée dans la *Torah*<sup>495</sup>, qui donne tout son sens à la fête de *Yom Kippour* (le jour du Grand Pardon), présuppose l'existence du libre arbitre individuel. L'appel récurrent adressé à l'homme afin qu'il se retourne vers Dieu (qu'il fasse *techouva*), lequel lui garantit son pardon, implique que l'individu puisse se libérer du péché, de ses mauvaises habitudes et qu'il se transforme. Dieu souhaite que l'homme lui revienne par libre choix, sans le contraindre<sup>496</sup>. La Loi biblique distingue également les actes intentionnels de ceux commis par inadvertance. Quant à la loi

---

<sup>490</sup> Wigoder, *supra* note 398 à la p 586.

<sup>491</sup> Rivon Kryger, *À la limite de Dieu : l'énigme de l'omniscience divine et du libre arbitre humain dans la pensée juive*, Paris, Publisud, 1998.

<sup>492</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Genèse 4:7.

<sup>493</sup> *Ibid*, Deutéronome 30:17.

<sup>494</sup> Moïse Maïmonide, *Le guide des égarés*, Paris, Verdier, 1979 à la p 672; Maurice-Ruben Hayou, *Maïmonide*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987 (Maïmonide (1135-1204) a concilié une grande connaissance encyclopédique de la pensée biblique et talmudique, ainsi que de la philosophie grecque et de la pensée arabe).

<sup>495</sup> *La Bible*, *supra* note 400, Deutéronome 4:30-31 et 30:10-15.

<sup>496</sup> *Ibid*, Exode 19:8 « Le peuple entier répondit d'une voix unanime : "Tout ce qu'a dit l'Éternel, nous le ferons!" ».

juive proprement dite, la *Halakha*, elle reconnaît clairement les limites de la responsabilité morale et légale, ainsi que différents degrés de contrainte sur l'homme<sup>497</sup> entraînant des effets atténuants sur sa responsabilité morale.

Ce principe de libre arbitre n'a pas toujours fait l'objet d'unanimité chez les philosophes, notamment parmi les esséniens, adeptes du déterminisme qui pensait que la volonté Divine présageait de tout. De même, les sadducéens niaient l'existence d'une quelconque forme de Providence Divine et considéraient que tout relevait du hasard<sup>498</sup>. Les rabbins ont dû reformuler le concept biblique du libre arbitre dans d'autres termes : « *Tout est entre les mains du Ciel, sauf la crainte du Ciel* »<sup>499</sup>;

*The name of the angel who is in charge of conception is 'Night', and he takes up a drop and places it in the presence of the Holy One, blessed be He, saying, 'Sovereign of the universe, what shall be the fate of this drop? Shall it produce a strong man or a weak man, a wise man or a fool, a rich man or a poor man?' Whereas 'wicked man' or 'righteous one' he does not mention, in agreement with the view of R. Hanina. For R. Hanina stated: Everything is in the hands of heaven except the fear of God, as it is said, And now, Israel, what doth the Lord thy God require of thee, but to fear etc*<sup>500</sup>.

La première réfutation du libre arbitre provient de la théologie et plus précisément de l'importance accordée au concept d'omniscience et de prescience Divine<sup>501</sup>. Si Dieu connaît par avance chaque événement, comment l'homme peut-il être libre? Les sages du *Talmud* s'étaient contentés d'affirmer les deux principes, le libre arbitre et la prescience de Dieu, sans chercher à les concilier : « *Tout est prévu, mais la permission [la liberté] est donnée* »<sup>502</sup>. Il s'agit d'une controverse qui a donné lieu à une littérature très abondante que nous résumons très succinctement. Depuis les sages du *Talmud* en passant par les Maîtres de la Loi de l'époque médiévale<sup>503</sup>, comme Maïmonide, jusqu'à aujourd'hui, les mêmes questions sont

---

<sup>497</sup> Schreiber, *supra* note 383 aux pp 76-91; Voir *Schottenstein Ed Talmud*, traduit de l'hébreu par les rabbins Hillel Danziger et Yosaf Asher, Kamma Vol 1 (2a-35b), Brooklyn (NY), Artscroll Mesorah, 1995, ch 8-9.

<sup>498</sup> Wigoder, *supra* note 398 à la p 586.

<sup>499</sup> *Le Talmud : Sanhédrin I*, *supra* note 425 à la p 197 (ch 5 - 33b).

<sup>500</sup> *Schottenstein Ed Talmud*, traduit de l'hébreu par les rabbins Hillel Danziger, Moshe Zeiv Einhorn et Michael Weiner, Niddah vol 1 (a-39b), Brooklyn (NY), Artscroll Mesorah, 1996, ch 2 - 16b [*Niddah*].

<sup>501</sup> Kryger, *supra* note 491.

<sup>502</sup> Avot, *supra* note 412.

<sup>503</sup> Georges Vajda, *Introduction à la pensée juive au Moyen Âge*, Paris, Vrin, 1947.

posées, sans réponse convaincante, et pour cause, puisqu'on a fini par penser que la « science » Divine est d'une nature différente de celle de l'homme et que son intellect ne peut l'appréhender. Cette interprétation qui nous est donnée par Maïmonide signifie que Dieu se situe au-delà du temps. On ne devrait pas parler de prescience. Dieu sait intuitivement ce qui va advenir, en ceci qu'il perçoit le futur comme partie du présent éternel : sa science n'est donc pas en contradiction avec le libre arbitre. Dieu interviendrait providentiellement dans l'histoire mais il n'interférerait pas dans le processus interne de la volonté humaine et n'affecterait pas l'intégrité de l'autonomie individuelle<sup>504</sup>.

Il faut par conséquent retenir de l'ensemble des théories juives sur le libre arbitre qu'il n'existe pas un quelconque assujettissement causal de l'intellect humain; elles rejettent finalement toute conception déterministe de l'être humain. En raison de ce libre arbitre absolu, il faut comprendre que celui qui s'avoue coupable d'un crime peut être poussé par un devoir de repentir. Confesser son ou ses crimes n'a pour objectif que d'exprimer son obligation de repentir. La procédure mise en place en pareille situation est des plus surprenantes. C'est ce que nous décrivons ci-après.

## **§2. La confession-aveu-pardon-repentir**

Il est important de distinguer dans le judaïsme deux types de confession. La première est la plus illustre et elle est connue sous le nom de fête de *Yom Kippour* (littéralement « *Jour du Pardon* »). La seconde concerne la confession d'un crime devant un tribunal rabbinique (à l'époque du premier et second Temple devant le *Sanhédrin*).

*Yom Kippour* est le jour du verdict suivant la procédure de jugement qui a commencé à *Roch HaChana* (Tête de l'Année)<sup>505</sup>. En ce jour, le sort d'un juif est définitivement inscrit. Le bilan est fait. C'est la raison pour laquelle le juif doit se présenter devant Dieu en jeûnant et en implorant sa miséricorde. Theodor Reik fait le même parallèle avec le sort du criminel selon une analyse de la liturgie juive de *Yom Kippour* : « *En se confessant, le pécheur s'en remet à*

---

<sup>504</sup> Jacques Attali, *Raison et foi, Avveroès, Maïmonide et Thomas d'Aquin*, Paris, Bibliothèque Nationale de France, 1994 aux pp 57 et s.

<sup>505</sup> Esther Tzirel Hagege, *Le grand livre des fêtes*, Paris, Biblieurope, 2004 aux pp 11-81.

la grâce Divine, de même que le criminel en appelle inconsciemment par son aveu à la bienveillance du juge »<sup>506</sup>.

En raison de ses péchés, le juif est appelé à se repentir (faire *Techouva*) et à affirmer sa volonté de retourner à la foi juive, et même s'il ne l'avait pas quittée, à mieux la respecter. C'est le vrai sens de la fête de *Kippour*. Or, les péchés commis envers son prochain ne sont pas pardonnés par la journée de *Kippour* à moins d'une réparation de ses torts envers lui. Les péchés commis envers Dieu sont expiés par le jour de *Kippour* mais ceux commis envers son prochain ne le sont que si celui-ci accorde son pardon<sup>507</sup>. Selon certains commentateurs du *Talmud*, même les péchés envers Dieu ne peuvent être pardonnés si un litige subsiste avec son prochain. Cela s'explique par le fait que dans tout litige avec son prochain, on transgresse au moins un commandement de Dieu : « *Tu aimeras ton prochain comme toi-même* »<sup>508</sup>.

On constate ici que la confession de ses péchés dans le judaïsme a de tout temps été comprise comme une réconciliation<sup>509</sup> non seulement avec Dieu mais avec son prochain et avec soi-même. Nul besoin d'intermédiaire pour confesser ses fautes, le seul jugement ne peut provenir que de Dieu. Il exprime l'essentiel, qui est le pardon de Dieu dans la rencontre entre Dieu et l'avouant. Le processus de la confession en droit juif n'implique pas un mandataire. Par conséquent la confession de ses péchés est moins formalisée que dans le catholicisme. Le véritable juge est Dieu et nul autre.

Le second type de confession, qui consiste dans l'aveu d'un crime, interpelle encore davantage cette justice Divine. On retrouve de l'information sur cette confession dans le *Talmud*, une information qui a une pérennité et une actualité remarquable en droit contemporain. Les historiens nous enseignent que le principe de non-incrimination serait un apport du droit anglais vers le milieu du XVII<sup>ème</sup> siècle à la suite d'une bataille constitutionnelle ayant conduit à l'abolition de la Chambre Étoilée<sup>510</sup>. Or, le *Talmud*

---

<sup>506</sup> Theodor Reik, *The Psychological Problem of Religion*, New York, Farrar Strauss, 1946 aux pp 61-73.

<sup>507</sup> Yom Kippour, *Mah'zor*, Paris, Maison du Taleth, 1994 à la p 9.

<sup>508</sup> *Ibid.*

<sup>509</sup> Philippe Rouillard, *Histoire de la pénitence des origines à nos jours*, Paris, Cerf, 1996. Selon l'auteur Le mot « réconciliation » dans le catholicisme n'est apparu qu'avec Vatican II (1962-1965).

<sup>510</sup> Voir les auteurs cités *supra* note 101.

reconnaissait déjà un principe du même genre dans la bible hébraïque, en particulier dans le Deutéronome. On retrouve la formule suivante (19:15) :

*Un témoignage isolé ne sera pas valable contre une personne, quel que soit le crime ou le délit, quelque faute qui lui soit imputée : c'est par la déposition de deux témoins, ou de trois, qu'un fait sera établi*<sup>511</sup>.

Cette règle est interprétée strictement. On ne peut condamner un criminel en enfreignant ce principe.

A première vue, rien n'empêche, selon cet extrait, qu'un accusé témoigne contre lui-même et procède à des aveux. Cependant, on lit plus loin (Deutéronome 24:16) : « *Les pères ne doivent pas être mis à mort pour les enfants, ni les enfants pour les pères : on ne sera mis à mort que pour son propre méfait* ».

Cet énoncé suppose qu'un parent ne témoigne pas contre son enfant et vice versa. Les commentateurs de la *Mishna* se sont posés la question suivante : qui est plus proche d'une personne qu'elle-même? Ils ont conclu que l'accusé était en quelque sorte son propre parent; par conséquent, il ne pouvait témoigner contre lui-même<sup>512</sup>. Cette règle est d'ailleurs confirmée par Maïmonide dans son commentaire de la *Torah* :

*It is a scriptural decree that the court shall not put a man to death or flog him on his own admission [of guilt] ... For it is possible that he was confused in mind when he made the confession. Perhaps he was one of those who are in misery, bitter in soul, who long for death, thrust the sword into their bellies or cast themselves down from the roofs. Perhaps this was the reason that prompted him to confess to a crime he had not committed, in order that he be put to death. To sum up the matter, the principle that no man is to be declared guilty on his own admission is a Divine decree*<sup>513</sup>.

Les docteurs de la loi voient dans cet aveu un acte contraire à la nature de l'homme, un mouvement désavoué par tous les instincts de l'âme, en d'autres termes, le résultat d'une situation anormale produite par le désespoir, le dégoût de la vie ou par une folie momentanée.

---

<sup>511</sup> *La Bible*, supra note 400, Deutéronome, 24:16.

<sup>512</sup> Yale Rosenberg et Irene Rosenberg, « In the Beginning, the Talmudic Rule Against Self-Incrimination » (1988) 63 NYU L Rev 965 aux pp 976 et s.

<sup>513</sup> Moïse Maimonides, *The Code of Maimonides, Book Fourteen, The Book of the Judges*, traduit par Abraham M Herschman, New Haven (CT), Yale University Press, 1949 aux pp 52-53.

D'après le professeur Thonissen, la question a sérieusement occupé la pensée des jurisconsultes romains, mais leurs opinions, à la différence du droit juif, sont loin d'être précises et concordantes sur cette question<sup>514</sup>.

Le principe est si absolu en droit juif que même dans le cas d'une poursuite donnant lieu à une seule peine pécuniaire, l'aveu ne peut entraîner d'autres conséquences que la restitution du bien volé et la réparation civile du tort causé par le crime. Toutefois pour obtenir le pardon de son péché par Dieu et être complètement réhabilité aux yeux de la communauté, le coupable doit ajouter à la restitution des objets dérobés, le cinquième de leur valeur en guise d'expiation<sup>515</sup>.

Vu l'exclusion de l'aveu à titre de preuve, le droit juif ne conçoit pas l'idée de faire subir des tortures aux accusés en vue de produire une vérité. Pourquoi leur arracher un aveu par la souffrance, si cet aveu ne peut servir à établir leur culpabilité et à l'application d'une peine. Ce mode d'investigation est jugé absurde et barbare et n'avait pas cours dans la mise en œuvre de la loi hébraïque. En vertu de celle-ci, au contraire, les accusés devaient être interrogés avec humanité. On ne devait pas les menacer ni faire des demandes abusives. Cette modération de l'interrogatoire de l'accusé est notamment rappelée dans le récit de la femme accusée d'adultère et qui fait l'objet d'un interrogatoire<sup>516</sup> : Que celui qui n'a pas péché lui jette la première pierre.

La vérité judiciaire devait donc être recherchée dans une procédure aussi parfaite que possible puisqu'il s'agit d'une mise en œuvre de la justice Divine par les hommes. Dans un article intitulé « La preuve rabbinique et patristique », Hasso Jaeger tente de cerner la notion de vérité judiciaire dans la pensée hébraïque et propose la définition suivante :

*La vérité signifie la qualité de ce qui est solide, ferme, constant, ce qui ne trompe pas et à quoi on peut se fier. Ainsi dans la Bible, l'emeth de Dieu est liée à son intervention dans l'histoire du salut en faveur de son peuple<sup>517</sup>.*

---

<sup>514</sup> Thonissen *supra* note 465 à la p 9.

<sup>515</sup> *La Bible, supra* note 400, Lévitique 7:1-7, Nombres 5:7-8.

<sup>516</sup> *Niddah, supra* note 500500 au ch 1 – 4a.

<sup>517</sup> Hasso Jaeger, « La preuve rabbinique et patristique » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 429 à la p 446.



La preuve judiciaire en droit rabbinique doit emporter ce résultat, c'est-à-dire que le juge en recherchant la vérité doit parvenir à la vérité de Dieu, chose quasi impossible et le *Talmud* rapporte à ce titre :

*Rabbi Chemouel bar Na'hmani a déclaré au nom de Rabbi Yonathan : Tout juge qui rend un jugement correspondant à la VÉRITÉ permet à la Présence Divine de résider en Israël*<sup>518</sup>.

Un jugement vrai est donc un jugement vrai selon les exigences de la Vérité Divine. Il ne peut reposer sur un seul témoignage. Le traité Sanhedrin ajoute que plus on mène les enquêtes en profondeur, plus on mérite des louanges. Cette vérité Divine est difficilement atteignable pour le commun des mortels. Par conséquent, un juge ne peut prendre de risque. L'aveu de l'accusé ne peut suffire parce qu'il émane d'un homme dont l'âme s'est égarée. Même si cet aveu est corroboré par un témoin, cela ne suffit pas pour convaincre un juge. Au moins deux témoins sont nécessaires. Les conditions de probité exigées de ces témoins rendent les condamnations très difficiles.

Nous avons décrit le droit juif en faisant principalement état des textes sacrés de l'époque du *Sanhédrin*. Il est probable que l'inefficacité de l'aveu dans les matières pénales ait changé ou n'ait pas été respecté par la suite. Mais le Nouveau Testament rapportant l'évènement devant le grand-prêtre Caïphe à qui la foule demande la mort de Jésus en ces termes : « *Qu'avons-nous besoin de témoins? Vous avez entendu son blasphème?* », et les autres répondent : « *Il est digne de mort* »<sup>519</sup>. Il est probable que des juristes aient attiré l'attention du grand prêtre du danger de s'en remettre uniquement au témoignage incriminant de l'accusé. On peut le penser parce que la procédure des témoins semble avoir été respectée car les versets précédents le suggèrent. Ce fait est rapporté par les Évangiles selon Matthieu et chacun sait que ces Écritures ouvrent un autre chapitre dans l'histoire de l'humanité.

Cette règle talmudique de la non incrimination qui nous intéresse a eu un retentissement contemporain remarquable puisqu'elle a servi à motiver les décisions des juges

---

<sup>518</sup> *Le Talmud : Sanhédrin 1, supra* note 425 à la p 55 (ch 1 - 7a). Cela veut dire que les jugements de Dieu figurent parmi ceux des juges rendus conformément et strictement selon sa Loi.

<sup>519</sup> *La Bible : Le Nouveau Testament*, Paris, Livre de Poche, 2003, Matthieu 26:65 [*Nouveau testament*].

dans l'une des plus célèbres affaires de la Cour suprême des États-Unis, *Miranda v. Arizona*<sup>520</sup>. En mars 1963, la victime d'un crime croit reconnaître la voiture de son agresseur. Ernesto Miranda est arrêté par la police. Au cours de l'interrogatoire policier, sans être informé de ses droits et assisté d'un avocat, Ernesto Miranda avoue l'enlèvement et le viol de sa victime. Lors du procès, le procureur utilise ses aveux comme moyen de preuve incriminant. Ernesto Miranda est trouvé coupable. Il réclame en appel le rejet de ses aveux devant la Cour Suprême d'Arizona qui confirme la décision de première instance.

Devant la Cour suprême il en sera autrement. Miranda invoque deux amendements du Bill of Rights : le V<sup>ième</sup> (nul ne peut être forcé à témoigner contre lui-même) et le VI<sup>ième</sup> amendement (le droit à un avocat).

La Cour va déclarer que :

*The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him.*

Ce sont ces éléments qui concrétisent les droits de Miranda et qui seront repris dans l'*avertissement Miranda*. Comme les droits de Miranda n'ont pas été respectés lors de l'interrogatoire policier, la Cour suprême annule ses aveux et rejette cette preuve.

Dans les motivations de la décision sur le principe de non incrimination, le juge Warren précise l'ancienneté de cette règle :

*We sometimes forget how long it has taken to establish the privilege against self-incrimination, the sources from which it came and the fervor with which it was defended. Its roots go back into ancient times.*

Une note de bas de page renvoie aux références suivantes :

*Thirteenth century commentators found an analogue to the privilege grounded in the Bible. « To sum up the matter, the principle that no man is to be declared guilty on his own admission is a Divine decree. » Maimonides, Mishneh Torah (Code of*

---

<sup>520</sup> *Miranda v Arizona*, 384 US 436 (1966).

*Jewish Law*), *Book of Judges, Laws of the Sanhedrin, c. 18, 6, III Yale Judaica Series 52-53. See also Lamm, The Fifth Amendment and Its Equivalent in the Halakhah, 5 Judaism 53 (Winter 1956).*

Cette loi talmudique est encore citée dans l'affaire *Garrity v. New Jersey*<sup>521</sup>, par le juge William O. Douglas avec le commentaire suivant : « it discards confessions in toto, and this because of its psychological insight and its concern for saving man from his own destructive inclinations ».

La confession, selon cette interprétation de la Cour suprême américaine, serait contraire au réflexe humain d'auto-préservation et serait la preuve d'un esprit (ou d'une âme) dérangé(e) mu(e) par une autodestruction. Elle pose la question de savoir si le principe de non-incrimination doit s'interpréter comme une règle ou principe de vie ou comme une simple règle de droit, un privilège<sup>522</sup>.

## **Conclusion sur le Chapitre II**

Le droit juif montre aussi et d'une certaine manière que la repentance ne pénètre pas l'enceinte judiciaire. Le péché ne concerne que Dieu, seul en mesure de l'apprécier et de le juger. La repentance constitue un acte tellement pur qu'elle subsume la recherche de la vérité dans un procès pénal. L'acte de repentance, s'il devait être appréhendé par un système de justice pénal, s'inscrirait alors dans le cadre d'une justice réparatrice<sup>523</sup>.

Cette règle hébraïque jugeant l'aveu inefficace dans la recherche de la vérité et dans la détermination de la culpabilité a cependant eu peu de répercussions et a laissé peu de trace dans l'histoire du droit pénal et de la procédure pénale de l'Antiquité.

Si la loi hébraïque ou les textes sacrés fondant le droit juif font l'objet d'une étude ininterrompue au cours des siècles et qu'ils sont aussi fondateurs pour la chrétienté, les règles hébraïques de non incrimination et d'inefficacité de l'aveu comme preuve ne seront pas

---

<sup>521</sup> *Garrity v New Jersey*, 385 US 493 à la p 497 (1967); voir aussi Grano, *Confessions, supra* note 44 à la p 63.

<sup>522</sup> Voir Suzanne Darrow-Kleinhaus, « The Talmudic Rule Against Self-Incrimination and the American Exclusionary Rule: A Societal Prohibition Versus an Affirmative Individual Right » (2002) 21 *NYL Sch J Int'l & Comp L* 205; Cheryl G Bader, « Forgive Me Victim for I Have Sinned: Why Repentance and the Criminal Justice System Do Not Mix – A Lesson from Jewish Law » (2003-2004) 31 *Fordham Urb L J* 69.

<sup>523</sup> Bader, *supra* note 522 à la p 93.

déterminantes dans l'établissement des principes liés à la confession dans la future religion catholique.

De nos jours, si on veut lui donner une autre portée et soulever un autre débat, ce serait de restituer l'aveu comme expression uniquement de la repentance de l'avouant. Dans le contexte d'une survalorisation de la justice rétributive<sup>524</sup>, il y a ici matière à réflexion.

---

<sup>524</sup> Stephanos Bibas et Richard A Bierschbach « Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure » (2004) 114 Yale LJ 85.

## TITRE II. Les rituels de pénitence de l'Antiquité tardive au Haut Moyen-Âge : la parole au service de la vérité

*La maison de mon âme est bien étroite et bien petite pour un aussi grand hôte que vous, ô mon Seigneur et mon Dieu; mais je vous prie de l'accroître afin qu'elle soit capable de vous recevoir. Elle tombe en ruine : mais je vous prie de la réparer. Il y a des choses qui peuvent offenser vos yeux; je le sais et le le confesse : mais qui peut la rendre nette que vous seul, et à qui puis-je recourir qu'à vous? Purifiez-moi, s'il vous plaît, Seigneur, de mes offenses secrètes et cachées, et ne m'imputez point celle d'autrui. Je crois, et c'est pour cela que je parle avec confiance. Vous savez Seigneur, quelle est ma foi en votre miséricorde; et c'est elle qui me fait croire qu'après que je me suis accusé de mes crimes en votre présence, vous avez remis la malice de mon cœur. Mais je ne veux point contester avec vous, qui êtes et mon juge et la vérité : et je ne veux pas me tromper moi-même, ni m'exposer au péril de me voir convaincu de péché et de mensonge. Je ne conteste donc point avec vous, mon Dieu; car, si vous vouliez examiner avec rigueur les péchés des hommes, qui pourraient subsister devant le tribunal de votre justice<sup>525</sup> **Saint Augustin, Livre 1<sup>er</sup>, Chapitre V.***

Les Écritures, en particulier le Nouveau Testament, constituent les sources textuelles en vertu desquelles le pouvoir religieux et les théologiens considèrent que l'homme doit rechercher son salut sur terre et obtenir la rémission de ses péchés<sup>526</sup>. C'est également dans ces textes que l'Église chrétienne considère qu'elle a reçu le pouvoir de lier et de délier les péchés<sup>527</sup>. Le II<sup>ème</sup> siècle marque le début d'une période dynamique pour l'Église chrétienne malgré les persécutions qui frappent le monde chrétien<sup>528</sup>. C'est au cours de ce II<sup>ème</sup> siècle que l'aveu investit le domaine religieux et offre à l'Église un outil de contrôle social. L'Église chrétienne et ses institutions réalisent, dès cette époque, qu'elles disposent, avec l'aveu, d'un outil extraordinaire non seulement pour asseoir son autorité mais aussi, pour diffuser et imposer sa doctrine. L'aveu (ou la confession) remplit une fonction de véridiction, c'est-à-dire de faire dire par l'avouant une vérité sur lui-même. Il assume aussi un rôle réparateur et curatif de l'individu. En effet, il restaure l'âme de celui qui avoue et lui permet de se réconcilier avec

---

<sup>525</sup> Saint Augustin, *Confessions*, traduction d'Arnauld d'Andilly, Paris, Gallimard, 1993 à la p 31.

<sup>526</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 11.

<sup>527</sup> *Ibid* aux pp 20-21, voir aussi *Nouveau testament*, *supra* note 519, Évangiles selon Jean et Mathieu.

<sup>528</sup> Daniel Rops, *L'Église des apôtres et des martyrs*, Paris, Fayard, 1957 aux pp 121-176.

la communauté des vivants. L'aveu permet à l'individu de modifier ses comportements. Il peut donc conduire à un changement du sujet dans son mode d'« être ». Les autorités religieuses prennent alors conscience du pouvoir qu'elles peuvent exercer sur les fidèles.

Nous voyons dans ce Titre II comment le christianisme modélise, progressivement, plusieurs formes d'aveu, que nous appelons à l'occasion des pratiques de vérité. Ces transformations de l'aveu religieux se réalisent dans le cadre d'un processus que Michel Foucault désigne par le terme « juridification ». Par « juridification », rappelons que l'on entend un encadrement réglementaire de l'aveu et de son contenu. La forme que doit revêtir l'aveu, qui peut se manifester par la parole ou même par des actes de pénitence sans verbalisation, fait l'objet, avec le temps, de prescriptions de plus en plus détaillées et qui précisent le contenu de l'aveu moral. L'étendue de ce contenu reste variable selon les modèles et les époques. Ces aveux s'inscrivent dans une procédure qui comportent généralement des sanctions. Ce processus de « juridification » contribue à faire de l'aveu une pièce centrale de l'édifice normatif religieux chrétien.

L'histoire religieuse de l'aveu occupe nécessairement une large part de ce Titre II. Cette analyse est indispensable pour comprendre l'économie et la place de l'aveu, non seulement dans la culture occidentale, mais aussi et surtout dans les traditions juridiques qui s'y développent.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, certains faits socio-historiques entourant l'aveu en tant qu'instrument privilégié « du dire vrai » dans un contexte religieux méritent d'être rappelés. Ces repères contextuels ont trait au développement des idées de Justice et de Vérité, des notions essentielles à la compréhension de l'aveu. Il convient de les commenter pour trouver leur sens dans les écritures bibliques et dans la culture religieuse, mais aussi dans la pensée occidentale.

## Introduction : Les apports du christianisme primitif aux concepts de Vérité et de Justice

Cette période de l'histoire du monde occidental est marquée par deux événements religieux majeurs<sup>529</sup>. Le premier s'incarne dans une révolution de la pensée biblique à partir des IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> siècles, dont le message pénètre progressivement, mais solidement, le monde de la chrétienté. Émergeant de cette révolution, le développement d'une éthique biblique et l'apparition d'une doctrine du jugement dernier, l'eschatologie.

Vers le XI<sup>ème</sup> siècle, un second événement religieux, tout aussi révolutionnaire, contribue à la formation et à la rationalisation de l'esprit occidental. Il s'agit, selon Harold J. Berman, de la « *Révolution papale* »<sup>530</sup>. Contentons-nous de dire pour le moment que cette révolution papale favorise le développement d'un puissant pouvoir religieux, à travers des réformes structurelles de l'Église et des changements institutionnels et politiques relevant du pouvoir temporel. Ces nouveautés déclenchent une réorganisation des connaissances qui se révèle avec plus d'éclat au XI<sup>ème</sup> siècle<sup>531</sup>. Nous y reviendrons de manière plus détaillée dans la deuxième partie de notre thèse.

La révolution biblique donne d'abord lieu à l'édification d'une éthique centrée sur une morale de la compassion. Ce premier bouleversement de la pensée permet de modéliser différemment les concepts de Vérité et de Justice. La révolution biblique provoque aussi une rupture avec l'idée du « *temps cyclique d'éternel retour* » conçue par les Grecs<sup>532</sup> au profit du concept de « *temps linéaire* ». Se développe ainsi un nouveau domaine de la pensée religieuse, celui de l'eschatologie, à savoir une doctrine du Jugement dernier. Selon cette doctrine, le temps commence avec la Création et s'étend jusqu'à la fin du monde<sup>533</sup>. L'histoire a donc une fin, et cette fin concerne tant l'histoire du monde que l'histoire de chaque être humain. L'eschatologie biblique, véhiculée notamment par les Évangiles, constitue la « *suite*

---

<sup>529</sup> Ils ont contribué, chacun à leur manière, à la définition du concept d'Occident. Voir Nemo, *supra* note 274; Alain Brunet, *La civilisation occidentale*, Paris, Hachette, 1990; Hakim Karki et Edgar Radelet, *Et Dieu créa l'Occident, La place de la religion dans la conceptualisation de la notion d'occident*, Paris, L'Harmattan, 2001; Roger Osbourne, *Civilization: A New History of the Western World*, New York, Pegasus Book, 2006; Jean Chélini, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Vanves (France), Hachette Littératures, 1991.

<sup>530</sup> Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 aux pp 47-264. Voir aussi Nemo, *supra* note 274 aux pp 45-66.

<sup>531</sup> Jacques Le Goff, *La civilisation de l'Occident médiéval*, Paris, Flammarion, 2008 aux pp 61-62 [Le Goff, *L'Occident médiéval*].

<sup>532</sup> Nemo, *supra* note 274 aux pp 7 et 40-41.

<sup>533</sup> *Ibid.*

*nécessaire de la révolution éthique* »<sup>534</sup>. L'éthique n'a de sens que si l'on pense que le monde futur est différent du passé<sup>535</sup>. Le temps étant compté, l'homme doit, désormais et dans l'urgence, lutter contre le mal. Tout comme dans le judaïsme, les premiers chrétiens croient que Dieu descendra sur terre pour juger non seulement les hommes mais également leurs âmes<sup>536</sup>. Ils croient que Jésus, au nom de Dieu, reviendra sur terre pour juger les morts et les vivants<sup>537</sup>. Cette doctrine du jugement dernier donne naissance au concept de purgatoire, une manière de rattrapper les âmes des fauteurs après leur mort et à l'institution du sacrement de la pénitence, une façon de réparer leurs fautes de leur vivant.

Qu'arrive-t-il aux notions de Justice et de Vérité dans ce contexte révolutionnaire religieux? On peut faire deux observations : la Vérité résulte du jugement Divin et la Justice est désormais fondée sur la miséricorde. Celles-ci deviennent l'affaire d'une autorité unique (non plus collective) qui tient sa légitimité de Dieu, s'incarnant dans la personne de Jésus d'abord, dans celle des prélats de l'Église ensuite, dans celle des suzerains enfin. Il en découle au moins trois conséquences dont certaines ont été commentées dans nos chapitres précédents. Premièrement, la Vérité et la Justice continuent d'être des notions interreliées; deuxièmement, la Vérité devient l'affaire du Divin; troisièmement - la nouveauté réside dans ce dernier constat - Dieu délègue la fonction de rendre Justice, donc de juger, à une personne en autorité qui est mandatée à cette fin.

Dès lors, les concepts de Vérité et de Justice issus de cette nouvelle éthique biblique reposent sur des idées inédites et donnent lieu à de nouveaux développements. Abordons ces idées nouvelles (a) avant d'expliquer leur influence sur les concepts de Vérité (b) et de Justice (c).

### **a) Les nouveaux paradigmes de la Vérité et de la Justice**

Nous limitons cette introduction à la présentation de trois idées nouvelles. Se développe une conception asymétrique et dissymétrique de la justice : les forces en présence

---

<sup>534</sup> *Ibid.*

<sup>535</sup> *Ibid* à la p 41.

<sup>536</sup> Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 à la p 166, qui cite le livre d'Ézéchiel 18:23.

<sup>537</sup> *Ibid.*



(Dieu et l'avouant) ne sont plus égales et la faute et la réaction qu'elles suscitent ne sont plus proportionnées) (i); la faute, assimilée au mal, suscite le blâme ou la lamentation ou les deux à la fois (ii); la quête perpétuelle de justice par l'homme exige une réconciliation avec Dieu, avec le fauteur et la communauté (iii).

### **i) Une conception asymétrique et dissymétrique de la Justice**

Selon Philippe Nemo, avec l'avènement de cette nouvelle éthique biblique, se constitue « une morale de la compassion ». Cette morale conduit à une perception plus aigüe et différente de la souffrance humaine; elle considère comme anormaux et insupportables des maux qu'auparavant l'humanité jugeait « être dans l'ordre éternel des choses »<sup>538</sup>. Cette morale préside à une nouvelle conception de la justice humaine qui se distingue de celle des anciens, laquelle était rationalisée et fondée sur une égalité de « termes finis »<sup>539</sup>. Cette nouvelle justice fondée sur la miséricorde suppose une inégalité des rapports entre l'homme et Dieu. Elle repose sur une « relation dissymétrique » entre deux infinis, « le Royaume de Dieu » et celui de « l'amour » qui « échappe à tout calcul [humain] »<sup>540</sup>.

### **ii) La faute : entre le blâme et la lamentation**

Dans cette nouvelle conception asymétrique et dissymétrique de la justice humaine, la faute ou, plus précisément, le péché originel prend toute son importance. Cette faute originelle va être assimilée à un fardeau ou à une dette non contractée par l'homme, non choisie par lui, mais qui pèse de façon infinie sur lui. Il s'agit de sa condition humaine initiale et du contexte de la civilisation occidentale dans laquelle il vit et qui l'obligent à faire de la lutte contre le mal « l'orientation de [sa] vie »<sup>541</sup>. Il en résulte une position de principe qui contribue à la construction et au renforcement d'un sentiment de culpabilité, un sentiment qui devient une

---

<sup>538</sup> Nemo, *supra* note 274 aux pp 35-36.

<sup>539</sup> *Ibid* à la p 36. L'auteur fait ici, dans sa note 37 de bas de page, référence tant à la justice commutative qu'à la justice distributive : « C'est le cas aussi bien pour la justice "commutative" (les choses échangées doivent être de valeur égale) que pour la justice "distributive" (chacun doit recevoir du bien commun une part proportionnelle à son apport). La première est une égalité arithmétique (de type  $a=b$ ), la seconde une égalité géométrique, c'est-à-dire une égalité de rapports, une proportion (de type  $a/b=c/d$ ) ».

<sup>540</sup> *Ibid* à la p 37.

<sup>541</sup> *Ibid*.

caractéristique ontologique de l'être humain dans le monde judéo-chrétien<sup>542</sup>. Dostoïevski, notamment dans les *Frères Karamazov*, en exprimera plus tard toute l'essence<sup>543</sup>.

Ce concept du mal va englober dans la tradition judéo-chrétienne « *des phénomènes aussi variés, [...] que le péché, la souffrance et la mort* »<sup>544</sup> ce qui fait dire à Paul Ricœur, que l'expérience du mal par les hommes donne lieu à des sentiments qui se situent entre le blâme et la lamentation<sup>545</sup>. Le blâme sanctionne l'action lorsqu'elle constitue une violation de la nouvelle éthique religieuse. Le blâme interfère ainsi et aussi avec la souffrance, « *dans la mesure où la punition est une souffrance infligée* » à l'homme coupable. La faute fait de l'homme un coupable, mais la sanction de l'action répréhensible qui le fait souffrir, même si elle est méritée, en fait aussi une victime. C'est « *ce que clame la lamentation* »<sup>546</sup>.

### **iii) La nécessaire réconciliation**

Même en étant passif et dans l'inaction, l'homme peut tout de même se trouver dans une situation de mauvaise conduite (l'exemple d'une mauvaise pensée ou encore penser du mal d'autrui), ce qui fait de lui un coupable et une victime à la fois. L'homme se trouve ainsi dans une quête perpétuelle de justice. Il la recherche soit par des actions positives concrètes, soit par un processus de « *véridiction de soi-même à travers l'herméneutique de la pensée* » pour reprendre un thème cher à Michel Foucault<sup>547</sup>. Le tout donnera naissance à des pratiques pénitentielles et confessionnelles, essentielles à la réconciliation du pécheur avec Dieu et sa communauté. Il existe donc un lien fort entre l'aveu religieux et l'activité introspective de soi. Ce lien est au cœur de nos explications contenues dans notre Titre II. Avant d'aborder ces deux thèmes, nous examinons l'influence de ces idées nouvelles sur la Vérité et la Justice.

---

<sup>542</sup> Voir sur cette question l'ouvrage magistral de Jean Delumeau, *Le péché et la peur : la culpabilisation de l'Occident XIIIe-XVIe siècle*, Paris, Fayard, 1983 [Delumeau, *Le péché*].

<sup>543</sup> Dostoïevski, *Les Frères Karamazov*, Paris, Folio Classique, 2005.

<sup>544</sup> Paul Ricœur, *Le mal, un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Labor et Fides, 2004 aux pp 21-22.

<sup>545</sup> *Ibid* aux pp 21-26.

<sup>546</sup> *Ibid* aux pp 22-23.

<sup>547</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122.

## b) La Vérité : le résultat exclusif du jugement Divin

Avec l'apparition d'une nouvelle éthique biblique, la révélation chrétienne bouleverse la pensée humaine rationnelle qui prévalait dans l'Antiquité. Elle en diminue l'importance. Dans son histoire de l'intelligence, Marcel Clément rappelle que ce déclin commence avec la période hellénistique du monde occidental. De la naissance de Socrate à la mort d'Aristote, la pensée humaine n'a cessé de briller<sup>548</sup> en donnant par exemple naissance à de nouvelles connaissances fondées sur la raison et sur la pratique de la philosophie. On a rompu avec le relativisme de la sophistique. Le *Logos* est devenu « *le trait distinctif de l'homme* »<sup>549</sup>. On recherche la vérité par la découverte de l'intelligibilité de notions abstraites, par le développement des mathématiques et par une meilleure compréhension de la matière et du monde physique, ce qui a donné à l'intelligence humaine toute sa maturité<sup>550</sup>. Le déclin de la pensée rationnelle et de la philosophie comme moteur de la connaissance va commencer avec les grandes conquêtes d'Alexandre et se poursuivre avec la dislocation de l'Empire romain. Il entraîne la première grande révolution géopolitique du monde païen<sup>551</sup> et prend fin avec une autre révolution, spirituelle celle-ci, avec l'avènement du christianisme<sup>552</sup>.

La pensée rationnelle ne disparaît pas car on continue de puiser dans la pensée antique les idées de liberté et d'égalité naturelle des hommes. Mais le christianisme rompt avec cette

---

<sup>548</sup> Marcel Clément, *Une histoire de l'intelligence*, t I « La soif de sagesse », Paris, L'Escalade, 1979 aux pp 249-289.

<sup>549</sup> Raymond Boudon, *La rationalité*, Paris, PUF, 2009 à la p 3.

<sup>550</sup> Clément, *supra* note 548 à la p 251.

<sup>551</sup> *Ibid.*

<sup>552</sup> *Ibid.* Le terme « déclin » peut paraître exagéré mais selon l'auteur il ne s'agit nullement d'une position singulière ou encore qui se veut révolutionnaire : « *Elle accorde tous ceux, quelle que soit leur famille d'esprit, qui ont tenté de comprendre la courbe que suit l'intelligence païenne après la mort d'Aristote* ». Charles Werner, dans *La Philosophie grecque*, Paris, Payot, 1962 à la p 161, écrit : « *Après la mort d'Aristote, comme épuisée par cet effort prodigieux, la philosophie grecque est redescendue pour un temps des hauteurs où elle avait été portée* ». Et Léon Robin : « *À mesure que s'affaiblit la pensée grecque, elle subit davantage la contamination d'influences étrangères à son génie* », *La pensée grecque*, Paris, Albin Michel, 1948 à la p 353]. Jacques Chevalier est plus sévère encore : « *La pensée grecque finissante est une pensée vieillie, comme ses Dieux sont des Dieux vieilliss* », Chevalier, *La pensée antique*, *supra* note 147 à la p 415. Et Rogerio Garcia de Brito : « *Après Platon et Aristote, la philosophie grecque a atteint l'apogée de sa gloire. Ce suprême effort de métaphysique est immédiatement suivi d'une décadence qui ne fait que s'accroître* » dans *La pensée philosophique*, Librairie Vrin, Paris, 1931 à la p 233. Émile Bréhier, plus modéré, évoque : « *L'éclatant déclin de la pensée grecque* », dans *Histoire de la philosophie*, Paris, Presses universitaires de France, 1981 à la p 284. Mais le jugement d'ensemble est le même : on assiste à la vieillesse de l'intelligence païenne.

pensée antique d'une manière bien illustrée par Jacques Chevalier qui commente l'idée nouvelle de Vérité :

*En présence de ce fait majeur dans l'histoire du monde que fut l'avènement du Christianisme, l'historien de la philosophie, comme le philosophe lui-même, se trouve en quelque manière décontenancé. Habitué à mesurer les choses à l'aune de la pensée, à n'admettre pour vrai que ce qu'il peut expliquer, à chercher une juste proportion entre les effets et les causes, comment ne serait-il pas saisi d'étonnement et de scandale devant un événement qui déjoue tous ses calculs, trompe toutes ses prévisions, échappe à ses concepts et à ses lois, bouleverse ou dément les normes qu'il a assignées au réel et au vrai, et, né d'un germe si petit en apparence, a crû démesurément, hors de toutes proportions naturelles ou humaines?*<sup>553</sup>

La Vérité devient alors le résultat de la révélation et ne procède plus des opinions rationnelles et des connaissances. Elle se limite à la Vérité émanant du jugement Divin qui ne suppose plus d'explication préalable sur la question de son fondement. Le jugement Divin devient dorénavant la seule forme de discours utilisée pour décrire et expliquer le réel. Du jeu de la Vérité initié par la Grèce, la Vérité est désormais totalement abandonnée à Dieu et n'émane plus d'une recherche rationnelle.

### **c) La Justice : une fonction déléguée par le Divin**

Cette révolution chrétienne préside à l'évolution des systèmes judiciaires et politiques en donnant lieu à une nouvelle conception de l'autorité politique, civile et religieuse. L'éthique biblique est à cet égard déterminante. En effet, seul Dieu domine le monde; les rois sont les sujets de Dieu; leurs sujets doivent obéir aux ordres des lieutenants de Dieu, leurs ordres venant de Dieu lui-même<sup>554</sup>. Princes et rois doivent leur pouvoir à Dieu qui est la source de leur légitimité. Ils doivent s'en montrer dignes. Ils ne peuvent exercer leur pouvoir que dans l'intérêt du peuple que Dieu leur a confié. C'est ce qui donnera lieu à « *l'autorité-fonction* »<sup>555</sup>. Lorsque l'empereur Constantin se convertit au christianisme au début du IV<sup>ème</sup> siècle, se pose la question de savoir si le christianisme peut contribuer positivement à la

---

<sup>553</sup> Jacques Chevalier, *Histoire de la pensée*, vol 2 « La Pensée chrétienne », Paris, Flammarion, 1956 aux pp 15-16 [Chevalier, *La pensée chrétienne*].

<sup>554</sup> Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, 14<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2001 à la p 118.

<sup>555</sup> *Ibid.*

reconfiguration et à la justification des fonctions judiciaires et législatives suprêmes de l'empereur<sup>556</sup> qui, adoptant cette religion nouvelle, devient le chef de son Église et le représentant de Dieu sur terre. Une nouvelle conception de l'autorité finira par prévaloir même si Constantin ne l'impose pas de force à son peuple.

Dans un mouvement parallèle, l'éthique chrétienne développe les principes de primauté et d'autonomie de la personne humaine. L'homme endosse une double responsabilité : religieuse et morale. Si Dieu est son maître, l'homme ne peut accepter n'importe quel ordre que le souverain lui impose. De cet idéal chrétien, va naître le principe d'une autorité religieuse dans certains domaines, d'où est exclue l'autorité civile<sup>557</sup>. Deux institutions distinctes ou figures d'autorité vont alors apparaître : l'une laïque et l'autre ecclésiastique. C'est cette dualité politico-religieuse qui va permettre au christianisme de se propager en Occident<sup>558</sup>.

La fonction de juger, quant à elle, va prendre un autre sens. Attribuée à la collectivité dans l'Antiquité comme dans le procès grec, elle va devenir, avec le droit romain, l'exercice d'un seul homme, puis avec le christianisme, l'apanage d'une seule autorité judiciaire normalement séparée de l'organe de l'accusation<sup>559</sup>. C'est l'Église temporelle qui va promouvoir et façonner initialement la figure triangulaire du procès tel que nous la connaissons<sup>560</sup>. Pour Denis Salas, avec la propagation du christianisme, le procès désormais « se joue avec trois acteurs dans un espace asymétrique et inégalitaire. Un organe lié au pouvoir déclenche le procès et assigne un individu devant un juge »<sup>561</sup>. Chaque partie occupe

---

<sup>556</sup> Berman, *Law and Revolution*, supra note 2 aux pp 167-168. Citons ici également Paul Veyne qui considère au contraire que l'empereur Constantin n'a pas cherché à imposer le christianisme à l'empire, il a choisi la voie de la tolérance sur le plan public et a cherché à profiter des avantages fiscaux et financiers que son statut religieux lui a offert sur un plan privé; Paul Veyne, *L'empire gréco-romain*, Paris, Seuil, 2005 à la p 65.

<sup>557</sup> Lescuyer, supra note 554 aux pp 22-124. L'autorité civile s'occupe d'autres aspects de l'autorité.

<sup>558</sup> Jean Gaudemet, *Église et cité, Histoire du droit canonique*, Paris, CERF/Montchrestien, 1994 aux pp 141-273 [Gaudemet, *Église et cité*].

<sup>559</sup> Lors de l'Inquisition, l'Église concentrera et cofondera les pouvoirs d'accusation et de jugement, Henri Maisonneuve, *L'inquisition*, Paris, Desclée, 1989 aux pp 46-54 [Maisonneuve, *L'inquisition*].

<sup>560</sup> Salas, *Procès*, supra note 6 à la p 13. Voir aussi Gaudemet, *Église et cité*, supra note 558 aux pp 190-196.

<sup>561</sup> Salas, *Procès*, supra note 6. L'auteur souligne que dans chaque diocèse, est établi un agent de l'Église (le « promoteur de justice »), garant de l'ordre du code canonique qui occupe la place de l'accusateur. Le défendeur est le « sujet passif » du procès. Le « sujet actif » est le juge, seul légitimement habilité pour connaître la cause et régler le procès entre « plaidants ».

une place déterminée dans cet espace dont il est difficile de s'écarter<sup>562</sup>. Cette autorité judiciaire et cette organisation du procès, dont on ne perçoit plus aujourd'hui les fondations théologiques, tient historiquement sa légitimité de Dieu. Chez les communautés de croyants du début du Haut Moyen-Âge, la conviction que Dieu constitue un juge rigoureux (héritage du judaïsme) l'emporte sur les autres doctrines, notamment païennes<sup>563</sup>. Le juge, mandataire de Dieu, doit adhérer à cette même rigueur, étant précisé que le droit à cette époque n'est aucunement sécularisé; il est dilué dans les valeurs morales de cette nouvelle éthique chrétienne et fortement tributaire de règles religieuses<sup>564</sup>.

C'est sur le plan de la preuve que la Justice Divine va se manifester dans l'exercice de la justice temporelle en donnant de l'importance à des nouveaux procédés de recherche de la vérité. Il est cependant difficile de tracer un tableau complet du régime probatoire en vigueur durant cette période. Nous avons vu que le droit romain, tant sous la République que sous l'empire, est passé d'un système accusatoire à un système inquisitoire et que parallèlement un système des preuves dites savantes ou rationnelles s'est développé, laissant ainsi un legs juridique important. Mais cet héritage est abandonné par les civilisations barbares qui succèdent à l'Empire romain.

L'installation des peuples barbares en Occident, surtout à compter du V<sup>ième</sup> siècle, engendre une multiplicité de lois particulières et disparates tant en droit privé qu'en droit criminel<sup>565</sup>. Cohabitent pendant quelques siècles, des vestiges du droit romain et des traditions barbares. Ces dernières finissent par prendre le dessus, le droit romain étant peu à peu jugé trop savant. Le système de preuves, avec les encouragements de l'Église qui y voit l'occasion parfaite de satisfaire à sa mission de rendre justice au nom de Dieu, devient totalement irrationnel. L'ordalie, pour prendre l'exemple le plus connu, ainsi que le duel judiciaire deviennent des pratiques probatoires courantes. Celles-ci constituent des procédés des plus aléatoires pour établir la culpabilité ou l'innocence d'un accusé.

---

<sup>562</sup> *Ibid.*

<sup>563</sup> Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 à la p 167.

<sup>564</sup> *Ibid.*

<sup>565</sup> André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal : II La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979 aux pp 15-20.

Le droit se désintéresse de l'aveu; son aspect humain et sa qualité probatoire valorisés auparavant ne l'intéressent plus. C'est néanmoins l'Église temporelle, très cruelle et inhumaine dans ses procédés de recherche de vérité à l'encontre de fauteurs, qui va promouvoir et reconnaître le statut existentiel de celui qui avoue ou qui se confesse dans le cadre d'une herméneutique de soi<sup>566</sup>. D'ailleurs, Michel Foucault y voit les origines du « *sujet* » moderne, dont il a tracé la généalogie dans son histoire de la vérité<sup>567</sup>. S'inspirant de la philosophie nietzschéenne, Michel Foucault conçoit le « *sujet* » à partir de son historicité. Le considérant déterminé par sa propre condition historique, il élabore une généalogie de la subjectivité individuelle<sup>568</sup>. C'est le christianisme qui va commencer à penser le monde et l'être humain de cette façon. Le monde est désormais « *Histoire* » et l'humanité reçoit la substance de son historicité. L'homme n'est humain qu'en termes historiques, « *il ne peut être saint s'il n'est pas incarné dans un temps transformateur* »<sup>569</sup>.

Le christianisme va s'emparer d'une technique qui existait sous une autre forme chez les Grecs et les stoïciens romains et même, la développer. Michel Foucault la nomme « *technique de soi* »<sup>570</sup>. Il situe l'origine de cette « *herméneutique de soi* » dans les pratiques philosophiques du I<sup>er</sup> siècle de notre ère, mais l'identifie également dans les pratiques monastiques du IV<sup>ième</sup> et V<sup>ième</sup> siècles.

Nous analysons ces pratiques religieuses dans un premier temps. Elles trouvent leur origines dans deux institutions chrétiennes, l'Église épiscopale et le monachisme de l'Antiquité tardive. Dès le II<sup>ième</sup> siècle, l'Église développe une forme de pénitence (une

---

<sup>566</sup> François, *supra* note 209 et surtout Delumeau, *Le péché*, *supra* note 542 à la p 8.

<sup>567</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122; voir aussi et notamment, Michel Foucault, *Subjectivité et vérité : Cours au Collège de France, 1980 -1981*, Paris, Gallimard/Seuil, 2014 [Foucault, *Subjectivité et vérité*]; Michel Foucault, *L'herméneutique du sujet : Cours au Collège de France : 1981 – 1982*, Paris, Gallimard/Seuil, 2001 [Foucault, *Herméneutique du sujet*]; Michel Foucault, *Le gouvernement de soi et des autres : Cours au Collège de France : 1982 – 1983*, Paris, Gallimard/Seuil, 2008; Michel Foucault, *Le courage de la vérité, Le gouvernement de soi et des autres II, Cours au Collège de France : 1984*, Paris, Gallimard/Seuil, 2009; Michel Foucault, *Du gouvernement des vivants, Cours au Collège de France : 1979-1980*, Paris, Gallimard/Seuil, 2012 [Foucault, *Gouvernement des vivants*]; Michel Foucault, *Naissance de la clinique*, Paris, Quadrige/Presses Universitaires de France, 1988; Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, t I, II et III, Paris, Gallimard, 1984.

<sup>568</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122 aux pp 33-39.

<sup>569</sup> Nemo, *supra* note 274 à la p 41.

<sup>570</sup> *Ibid* à la p 38. Michel Foucault avait déjà fait référence à ce concept, mais sous une autre dénomination. Il parlait de « *technique de direction* », « *d'épreuve de l'âme* » ou de « *vie philosophique* ». Voir Foucault, *Gouvernement des vivants*, *supra* note 567 aux pp 223, 226, 253, 256 et 258.

pénitence ecclésiastique) qui a pour finalité d'imposer au pécheur de faire pénitence pendant une certaine durée afin qu'il puisse obtenir la réconciliation nécessaire à la réintégration de sa communauté. À partir du IV<sup>ème</sup> siècle, l'institution cénobitique développe un autre rituel religieux qui permet aux individus de prendre conscience de leur propre existence par un examen de soi tout à fait particulier. Il s'agit d'une autre forme de pénitence, mais à la différence de la précédente, la notion de faute y est relativement accessoire. En effet, les moines qui suivent ce rituel soumettent leurs mouvements intérieurs aux observations objectives, subjectives et même systématiques en les exprimant à un maître spirituel aux fins de se purifier. Le « *sujet énonçant* » devient ainsi le « *sujet de l'énoncé* »<sup>571</sup>. Ces deux pratiques constituent les fondements de l'aveu religieux, et plus généralement, ce que nous appelons l'aveu moral (**Chapitre I**).

À partir du IV<sup>ème</sup> siècle, on assiste à un croisement entre la pratique pénitentielle ecclésiastique et l'examen de conscience monastique. On doit les considérer comme les deux pôles de l'éventail de la pratique pénitentielle ou de l'aveu religieux. Entre ces deux extrémités, d'autres formes de pénitence se développent en adaptant les deux modèles fondateurs et en donnant lieu à ce processus de « juridification » mentionné plus haut. C'est ainsi qu'apparaissent les pratiques pénitentielles tarifées, d'autres formes extraordinaires de pénitence et enfin la confession sacramentelle ordinaire. Nous examinons comment l'activité introspective a été « juridifiée » par les institutions religieuses pour développer le contrôle de la conscience humaine. C'est ce que nous voyons dans un second temps (**Chapitre II**).

## **Chapitre I. L'aveu philosophico-religieux et l'exposition de soi : se réconcilier et se connaître par l'aveu (I<sup>er</sup> – IV<sup>ème</sup> Siècle)**

Dans ce chapitre, nous expliquons de quelle manière les « techniques de soi » se sont développées d'abord dans le cadre de deux pratiques du christianisme primitif, à savoir un régime pénitentiel et une pratique issue du monachisme oriental.

Elles ont en commun l'exercice d'un examen de conscience qui peut prendre la forme, soit d'un simple bilan interiorisé de ses actions journalières, soit d'une verbalisation à autrui

---

<sup>571</sup> Philippe Chevalier, *Michel Foucault et le christianisme*, Paris, ENS, 2001 à la p 131.



de ses actions ou de ses pensées, sans pour autant créer un devoir de divulguer ses fautes et secrets les mieux gardés. Ces pratiques participent d'une quête de bien-être. Ces techniques se diffuseront par la suite dans certains rituels chrétiens comme le sacrement de la pénitence, cadre de l'examen de conscience approfondi et permanent, qui lui s'inscrit dans un strict rapport d'autorité<sup>572</sup>.

Commençons par présenter les origines philosophico-religieuses de ces pratiques de véridiction fondatrices de l'aveu moral. Nous devons remonter dans le temps, sans pour autant rompre avec notre démarche chronologique.

### **Introduction : Les origines des « techniques de soi »**

Dans l'histoire de ces « techniques de soi » que propose Michel Foucault, il convient de distinguer plusieurs périodes. Elles correspondent d'ailleurs à différentes formes de pratiques de véridiction ou de dire vrai. Ces régimes de véridiction ne sont pas à l'origine l'apanage d'un rituel chrétien. Elles résultent de rituels d'une religion « populaire », probablement de culture polythéiste, dont on trouve la trace dans l'Antiquité tardive. Mais, elles sont aussi et surtout le fruit de pratiques philosophiques. Il est difficile de dire laquelle de ces pratiques a précédé ou influencé l'autre. Il semblerait que la culture philosophique gréco-romaine ait devancé les activités introspectives de caractère religieux. Peut-être, est-il préférable de parler de coexistence et de contamination de ces pratiques. On a retrouvé en Asie Mineure (Turquie) des inscriptions en grec, datant du III<sup>ème</sup> siècle de notre ère, en provenance des régions de Lydie et de Phrygie, qui rapportent des scènes publiques d'aveux d'offenses commises à l'égard des Dieux et aux termes desquelles un pardon était imploré<sup>573</sup>. La demande de pardon, précédé de l'aveu, semble donc avoir constitué une pratique courante dans les religions populaires et polythéistes de l'Antiquité. Cependant, d'autres techniques de véridiction se sont aussi développées dans l'Antiquité gréco-romaine bien avant le III<sup>ème</sup> siècle et, leur description se révèle fort utile à notre thèse. Elles présentent un intérêt en raison des

---

<sup>572</sup> François, *supra* note 209.

<sup>573</sup> Angelos Chaniotis, « Under the Watchful Eyes of the Gods: Divine Justice in Hellenistic and Roman Asia Minor » dans Stephen Colvin, dir, *The Greco-Roman East, Politics, Culture, Society*, coll « Yale Classical Studies », vol XXXI, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, 1 aux pp 3-10. Voir aussi Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 91-92 qui cite d'autres exemples de ce type de pratiques.

procédés mis en œuvre pour produire une ou des vérités et des différents objectifs qu'elles poursuivent. Ces techniques sont documentées par une littérature riche et abondante qui a contribué à façonner la culture occidentale.

Les finalités de ces « techniques de soi » consistent, pour le sujet, à examiner davantage ses propres actions que sa propre nature. Elles ne conduisent pas nécessairement à une sanction et n'ont pas pour objet d'obtenir un pardon. Elles n'évoluent pas dans un cadre religieux mais philosophique et pourraient être qualifiées d'examen de conscience unilatéral. Elles se distinguent de l'exposition de l'âme faite à autrui auprès de qui on requiert un pardon<sup>574</sup>. Retenons pour le moment deux pratiques : l'une pythagoricienne (a), l'autre stoïcienne (b). Précisons immédiatement que ces « techniques de soi » ne comportent généralement pas d'obligation d'avouer. Examinons enfin l'évolution de ces deux régimes (c).

#### **a) La « technique de soi » de nature pythagoricienne : ou comment « dormir tranquille »**

On trouve des traces de cet examen de conscience philosophique dans les cercles pythagoriciens au milieu du V<sup>ème</sup> siècle avant l'ère commune. Dans son cours au Collège de France intitulé « L'herméneutique du sujet » (1982), Michel Foucault a exposé cette pratique de véridiction en partant des vers d'un poème de *Pythagore*, tiré des *Vers d'or* :

*Ne permets pas que le doux sommeil se glisse sous tes yeux,  
Avant d'avoir examiné chacune des actions de ta journée,  
En quoi ai-je fauté? Qu'ai-je fait? Qu'ai-je omis de ce qu'il me fallait de faire?  
Commence par la première à toutes les parcourir. Et ensuite,  
Si tu te trouves que tu as commis des fautes, gourmande-toi; mais, si tu as bien agi,  
réjouis-toi.  
Travaille à mettre ces préceptes en pratiques, médite-les; il faut que tu les aimes,  
Et ils te mettront sur les traces de la vertu Divine<sup>575</sup>.*

On ne saurait interpréter ce texte de manière littérale. Pour Michel Foucault, ce texte signifie que « l'examen de conscience a pour fonction principale de permettre une purification de la pensée avant le sommeil. »<sup>576</sup> Cet examen ne doit pas conduire à se juger ou à juger ce

---

<sup>574</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 91.

<sup>575</sup> Pythagore, « Les vers d'or » cité dans Hiéroclès, *Commentaires sur les vers d'or des Pythagoriciens*, traduit par Mario Meunier, Paris, L'Artisan du Livre, 1916 à la p 28.

<sup>576</sup> Foucault, *Herméneutique du sujet*, supra note 567 à la p 460.

que l'on fait. Le sentiment de remord y est étranger<sup>577</sup>. La finalité de cet examen consiste à expulser le mal qui réside chez la personne qui procède à cet examen, dans le but de se purifier afin d'avoir un sommeil en toute tranquillité. C'est la pureté du sommeil qui importe et Michel Foucault, fait ici un lien avec le rêve en tant que « *révéléur de la vérité de l'âme* »<sup>578</sup>. Un sommeil agité révèle une âme troublée; le rêve s'analyse donc comme une épreuve pour l'âme<sup>579</sup>. Pour les pythagoriciens, il représente la clé qui permet à l'individu d'entrer en contact avec le monde surnaturel, à savoir le « *monde idéal* »<sup>580</sup>. Cet examen de conscience participe donc d'une pratique purificatoire qui conditionne l'entrée dans le monde supérieur ou, pour reprendre les termes de Pythagore, pour se mettre « *sur les traces de la vertu Divine* » et éventuellement faciliter un processus de réincarnation après la mort.

Les stoïciens vont s'emparer de cet examen de conscience mais vont lui donner une toute autre signification en instaurant un processus quelque peu différent.

#### **b) La « technique de soi » de nature stoïcienne : ou le souci de bien agir**

Les stoïciens distinguent deux examens, l'un qui prend place le matin et l'autre, qui a lieu le soir avant le coucher. L'examen du matin consiste à réfléchir sur ce que l'on va faire dans la journée. Il est donc tourné vers un avenir immédiat mais il se limite à l'analyse de la journée qui se présente. Le sujet identifie les objectifs, les actions, les rencontres et les interactions du jour et réfléchit à la manière de les accomplir de son mieux. Ces actions doivent respecter certains principes et préceptes de vie afin de s'assurer une bonne conduite en toutes circonstances, de garder une maîtrise de soi et de préserver une tranquillité de l'esprit<sup>581</sup>. Ces principes guident la vie du sage.

Concernant l'examen du soir, le sujet passe en revue les actions de sa journée et pose sur chacune d'elle un regard critique, un jugement, comme le ferait un tribunal et ce, sans la

---

<sup>577</sup> *Ibid.*

<sup>578</sup> *Ibid.*

<sup>579</sup> Michel Foucault précise également que cette idée se retrouve dans *La République* de Platon, Livre IX, 572a-b. Les pythagoriciens croient à la transmission ou à la transmigration des âmes (c'est-à-dire la métempsycose) et que les exercices de purifications pouvaient faciliter ce processus. Voir Ronald Bonand, « De la métempsycose » (1988) 0:142 Diogène 83.

<sup>580</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 93.

<sup>581</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122 à la p 41.

moindre indulgence<sup>582</sup>. Il doit se poser les questions suivantes : Ai-je bien agi? Dois-je le faire autrement? Ai-je omis de faire ou de dire quelque chose?... le tout dans un souci d'amélioration de soi et de ses actions. On retrouvera ce processus de se juger soi-même, d'être le tribunal de soi, vers le XII<sup>ème</sup> siècle dans le cadre du sacrement de la pénitence. En revanche, et à la différence de la pénitence sacramentale, dans le cadre de cet examen du soir, le sujet ne se punit pas. Il consiste en une réflexion intérieure qui n'est aucunement verbalisée et n'est pas révélée à un tiers. Nous ne trouvons dans cette pratique aucune transmission de vérité<sup>583</sup>. Seuls les actes et les pensées sont analysés et jugés par le sujet qui réalise son propre travail d'introspection.

Selon Michel Foucault, cet examen participe d'un exercice de mémoire « *non pas simplement par rapport à ce qui s'est passé dans la journée, mais de mémoire par rapport aux règles que l'on doit toujours avoir à l'esprit* »<sup>584</sup>. Il s'agit d'une épreuve que l'on s'impose et qui consiste à vérifier si, dans la journée, les principes fondamentaux de sagesse que l'on se doit de respecter, ont été appliqués. Michel Foucault s'appuie ici sur les écrits d'*Épictète*, philosophe de l'école stoïcienne du I<sup>er</sup> siècle de notre ère. *Épictète* considérait les vers de *Pythagore* comme un guide indispensable pour philosopher<sup>585</sup>. La vie, selon le philosophe, constitue une épreuve et la meilleure façon de l'affronter consiste à pratiquer l'examen de conscience<sup>586</sup>. Pour *Épictète*, philosopher c'est donc se préparer à des événements de la vie et cette vie réelle constitue un lieu propice à l'expérience de soi. Cet examen de conscience

---

<sup>582</sup> Foucault, *Herméneutique du sujet*, supra note 567 à la p 461. Michel Foucault prend ici pour référence pour l'examen du matin un texte de Marc Aurèle issu de ses *Pensées* (V,1 à la p 41) Marc Aurèle, *Pensées*, traduit par A I Trannoy, Paris, Les Belles Lettres, 1964. Pour l'examen du soir, l'auteur renvoie à un texte de Sénèque (*De Ira*, III, XXXVI), Sénèque, *L'homme apaisé : colère et clémence*, traduit du latin par Paul Chemla, Paris, Arléa, 1990.

<sup>583</sup> Cette même analyse figure aussi dans l'ouvrage Foucault, *Mal faire*, supra note 14 aux pp 92-93.

<sup>584</sup> Foucault, *Herméneutique du sujet*, supra note 567 à la p 463.

<sup>585</sup> *Ibid* à la p 464.

<sup>586</sup> *Épictète*, *Les entretiens d'Épictète recueillis par Arrien*, traduit par Courdaveaux, Paris, Didier & Cie, 1862 : Livre III, ch X : « *Que tes yeux trop faibles ne donnent jamais entrée au sommeil, avant que tu n'aies passé en revue toutes tes actions de la journée. Quelle loi ai-je violée? Quel acte ai-je fait? A quel devoir ai-je failli? Pars de là et continue. Puis, si tu as fait du mal, reproche-le-toi; si tu as fait du bien, sois-en content. Voilà des vers qu'il faut retenir pour les mettre en pratique, et non pas pour les débiter à haute voix, comme on débite le Péan Apollon!*

*Dans la fièvre à son tour, ayons présents les principes qui sont faits pour elle, bien loin de les laisser de côté tous en masse et de les oublier, parce que nous avons la fièvre. M'arrive ce qui voudra, t'écries-tu, si je m'occupe encore de philosophie! Je m'en irai quelque part, où je ne songerai qu'aux soins de mon corps, et où la fièvre ne me viendra plus! Mais qu'est-ce que s'occuper de philosophie? N'est-ce pas se préparer contre les événements? »*

constitue avant tout un exercice de mémoire qui permet de se remémorer des vérités oubliées, il n'est pas question ici d'aller puiser dans soi pour y trouver une vérité que l'on aurait cachée aux autres et ainsi dévoiler l'indicible<sup>587</sup>. À ce titre, cet exercice se distingue de l'« herméneutique de soi ». Il relève davantage de l'ascétisme philosophique. Cet examen ne présente aucune subjectivité. En revanche, il permet, et c'est d'ailleurs son objet, une modification de son *ethos*, à savoir de ses actes et de ses comportements.

La verbalisation de la faute et le travail d'introspection de soi vont prendre une toute autre ampleur lors des débuts de la chrétienté (c).

### **c) L'évolution des régimes de véridiction pythagorico-stoïciens au début de l'ère chrétienne**

Au II<sup>ème</sup> siècle, apparaît un régime pénitentiel de nature ecclésiale qui ne correspond pas encore à un sacrement. Il s'agit d'un statut spécial qu'on sollicite après avoir péché auprès de l'autorité religieuse, un évêque. Il faut savoir que chez les chrétiens, la faute exclut le pécheur de la communauté. Il pourra la réintégrer aux termes d'une procédure de réconciliation. Dans l'intervalle, le pécheur doit faire pénitence pendant un certain temps. Dans le cadre de sa demande de « statut de pénitent », il va donc verbaliser sa ou ses fautes à l'autorité ecclésiastique. Il s'agit d'une forme d'aveu mais cet acte revêt peu d'importance. C'est la période de pénitence et les actes qui l'accompagnent qui retiennent notre attention. Cette pénitence constitue en elle-même un régime de véridiction en ce qu'elle montre une vérité qui ne requiert pas d'être verbalisée mais qui s'exhibe aux fins de se réconcilier avec la communauté. Le but de ce régime de véridiction consiste à produire une vérité pour parvenir, et c'est son objet principal, à une réconciliation.

Aux III<sup>ème</sup>-IV<sup>ème</sup> siècles, apparaît une autre pratique, l'aveu fait à autrui, à un directeur de conscience. Il s'agit d'une pratique d'origine philosophique (de nature stoïcienne) qui deviendra chrétienne (religieuse). Elle se distingue du « statut de pénitent » par sa finalité. Cet aveu devient un outil d'amélioration de soi, une vertu stoïcienne, mais il devient plus que cela dans la pratique religieuse. Il incarne, dans ce modèle chrétien, une soumission dans le but de

---

<sup>587</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 96.

renoncer à soi. Dans ces deux modèles de vérité, la verbalisation des fautes (aveu des fautes) n'est pas déterminante. Dans ces deux pratiques, il s'agit de transmettre une vérité sur soi dans le cadre d'un examen de conscience, mais le degré ou la profondeur de cette vérité, qui dépasse la simple énonciation du péché commis va bientôt les distinguer.

Tant le « statut de pénitent » du II<sup>ème</sup> siècle que les examens de conscience subséquents, l'un philosophique, l'autre religieux, renvoient à un processus de guérison et impliquent une modification de soi<sup>588</sup>. Nous verrons que les institutions religieuses utiliseront cette métaphore médicale pour encourager la confession dans le cadre de futures pratiques pénitentielles.

Deux processus de véridiction ou d'aveux sont ici étudiés. Le premier est issu du « statut de pénitent » que le pécheur réclame auprès de l'autorité religieuse. Il consiste à verbaliser une faute ou des fautes à l'Évêque dans le but d'obtenir le statut de pénitent et ainsi regagner sa place dans la communauté. S'agissant d'obtenir un statut, il faut l'endurer pendant un certain délai, pour se réconcilier avec ses semblables (**Section I**).

Le second processus concerne l'aveu fait à autrui et se traduit par une exposition de l'âme, que l'on considère comme troublée, à un directeur de conscience qui aide à la guérir. Il s'agit d'une pratique stoïcienne en vertu de laquelle on expose et verbalise un bilan comptable de soi afin de s'améliorer. Il s'agit d'un acte circonscrit dans le temps, qui peut occasionnellement se répéter, dont le contenu de vérité énoncé sur soi constitue un aveu banal, voire trivial. Ce procédé va cependant inspirer les pratiques monastiques des ascètes du désert aux III<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> siècles. Dans le cadre de ces pratiques, le disciple soumet continuellement ses pensées les plus intimes à un directeur spirituel. Cette relation manifeste un état de soumission permanente et corollairement, un abandon de soi caractérisé par l'obéissance à autrui (**Section II**).

Ces deux régimes de véridiction ont en commun le fait que les aveux sont verbalement exposés à autrui, qu'ils ne sont pas assortis de sanction et permettent une certaine subjectivité

---

<sup>588</sup> « Si l'on veut être guéri des péchés que l'on a commis, il faut bien montrer ses plaies à celui qui doit vous guérir » mentionne Michel Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 108.

de l'avouant. Mais le degré de subjectivité et la durée de l'exercice distinguent ces deux pratiques radicalement. Nous les étudions ensemble dans les sections qui suivent.

### **Section I. L'aveu pénitent, silencieux et réconciliateur**

Les Évangiles constituent les sources et fondements de la pénitence qu'elle soit ecclésiale, monastique ou sacramentelle. Nous reviendrons sur ces sources ultérieurement, notamment lors de l'analyse de pratiques pénitentielles du Haut Moyen-Âge. Nous nous intéressons à la pénitence ecclésiale dans le texte qui suit.

À partir du I<sup>er</sup> siècle, des communautés chrétiennes commencent à s'organiser. Des églises locales apparaissent comme à Antioche, Damas, Césarée, Corinthe, Smyrne ou encore Rome<sup>589</sup>. Elles s'affranchissent du judaïsme et entretiennent des relations difficiles avec les païens. De nouvelles pratiques voient le jour dont celle du baptême. Cette institution est considérée, à cette époque, comme un gage de maturité du chrétien. Entre le I<sup>er</sup> et VI<sup>ième</sup> siècle, le baptême est reçu à l'âge adulte, à 25 ans ou 30 ans. Il demeure pour les chrétiens « *la véritable et souvent l'unique sacrement de la rémission des péchés* » même si son accès demeure difficile en raison de la pénurie des moyens et le nombre limité d'autorités de l'Église en mesure de l'offrir<sup>590</sup>.

En principe, une fois baptisé, le chrétien ne peut plus pécher. La faute conduit à l'exclusion de la communauté de l'Église<sup>591</sup>. Il est cependant possible de la réintégrer à la condition de se réconcilier avec cette dernière. La croissance rapide et exponentielle des nouvelles âmes, que l'on souhaite à tout prix conserver au sein de la communauté, conduit la doctrine chrétienne à mettre en place un régime pénitentiel ou de réconciliation et donne lieu à « *une pastorale des pécheurs* »<sup>592</sup>. Quatre ouvrages vont bouleverser la discipline pénitentielle durant cette période. Il s'agit du Pasteur d'Herma<sup>593</sup>, de La pénitence (*De paenitentia*) de

---

<sup>589</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 7, 60 et s.

<sup>590</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 27.

<sup>591</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 101.

<sup>592</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 29.

<sup>593</sup> Herma, *Le Pasteur*, 2<sup>e</sup> éd, traduit par Robert Joly, Paris, Cerf, 1986. Cet ouvrage porte presque exclusivement sur la pénitence.

Tertullien<sup>594</sup>, de la Pudicité (*De pudicitia*) du même auteur<sup>595</sup> et de la Didascalie des Apôtres (*Didachê*)<sup>596</sup>. Ces écrits plaident, selon Philippe Rouillard, en faveur d'une pénitence considérée comme un second baptême, voire un second sacrement<sup>597</sup>. Le Pasteur d'Herma considère toutefois que la pénitence n'est possible qu'une seule fois et doit être préalable au baptême. Il en précise les fondements et la raison d'être de la pénitence qui sont transposables à la pénitence postbaptismale.

Cette pratique pénitentielle se singularise par une période de pénitence au cours de laquelle le pénitent amputé de la parole ou voué au silence, va véritablement mettre en scène son statut de pénitent. Il doit alors adopter une conduite particulière, porter des accessoires spécifiques qui doivent être vus par la communauté. On fait ici référence à une procédure d'exomologèse, un processus particulier qui ne peut intervenir qu'une seule fois dans une vie, généralement avant le baptême. Mais c'est à partir de là que va se développer une nouvelle discipline pénitentielle pouvant donner lieu à une procédure postbaptismale qui présente des similitudes avec le baptême dont celle de devoir passer par un prêtre, le seul pouvant prononcer la réconciliation.

Cassien, homme d'église du IV<sup>ème</sup> siècle, a analysé cette procédure dans ses *Institutions cénobitiques*. Ses commentaires offrent une multitude d'informations pertinentes<sup>598</sup> et mettent en évidence cette seconde forme de pénitence, après le baptême, qui intervient après la commission d'un péché grave ou d'une série de péchés moins graves mais nombreux. Mais voyons ce que l'on entend d'abord par péché (§1), avant d'analyser cette exomologèse qui constitue une démonstration physique de la vérité (§2).

### **§1. Les fautes expiables**

Le péché est défini par Tertullien, théologien du II<sup>ème</sup> siècle, sans plus de précision, comme une action mauvaise, ce que Dieu interdit, faut-il comprendre<sup>599</sup>. Influencé par le droit

---

<sup>594</sup> Tertullien, *La Pénitence*, traduit par Charles Munier, Paris, Cerf, 1984 [Tertullien, *La Pénitence*].

<sup>595</sup> Tertullien, *La Pudicité*, traduit par Charles Munier, t 1, Paris, Cerf, 1993 [Tertullien, *La Pudicité*].

<sup>596</sup> *Didascalie des 12 Apôtres*, traduit par François Nicolas Nau, Paris, Lethielleux, 1912.

<sup>597</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 30.

<sup>598</sup> Jean Cassien, *Institutions cénobitiques*, traduit par Jean-Claude Guy, Paris, Cerf, 1965.

<sup>599</sup> Tertullien, *La Pénitence*, *supra* note 594 à la p 151.



romain, Tertullien considère que le péché emporte une obligation de réparer à l'instar d'une *figura delicti*<sup>600</sup>. Le péché peut s'extérioriser par un acte ou par le corps (par exemple le péché charnel)<sup>601</sup>. Le péché peut être intérieur et relever du spirituel (il n'est pas visible). Le péché intériorisé, compte tenu de son caractère secret, peut conduire le pécheur à ne pas vouloir le révéler, sa propre subjectivité le disposant à le cacher. L'intimité de la faute aurait fait en sorte que ce type de péché fût considéré de peu de gravité.

Mais Tertullien place les deux catégories de péchés (péchés extériorisés dans un acte mauvais - péchés intériorisés dans une pensée mauvaise) sur le même plan de gravité morale, à l'instar des stoïciens. Dieu voyant tous les péchés, il est inutile de tenter de les lui cacher. Tous les péchés sont par conséquent susceptibles d'être sanctionnés, d'une manière ou d'une autre, par Dieu. Du point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité de la faute et, pour encourager l'aveu de ses fautes, Tertullien reprend à son compte le discours des rhéteurs romains. En cas d'accusation dans un procès, la rhétorique romaine avait admis des modes de défense indirects susceptibles d'atténuer la responsabilité de l'accusé. Un exemple de défense consistait en la *concessio*, en vertu de laquelle on reconnaît sa faute (*depreciatio*). Un autre exemple consistait à contester sa responsabilité (*purgatio*), tout en implorant l'indulgence du juge<sup>602</sup>. Dans cette dernière situation, l'accusé invoquait l'erreur, la contrainte ou la nécessité. Tertullien insiste sur le fait que « *la volonté est la cause de l'acte* » et fait un parallèle avec la tentative constitutive de faute, lorsqu'il précise que la volonté « *ne saurait être eximée, lors même qu'un obstacle quelconque l'empêche de perpétrer l'acte coupable* »<sup>603</sup>. En somme, ce n'est pas tant l'acte ou l'objet de la faute qui fait le péché, mais le pécheur (le sujet) qui fait le péché. Quelle que soit la position adoptée par le pécheur, à savoir penser la faute ou passer à l'acte, il est lié par le péché<sup>604</sup>.

---

<sup>600</sup> *Ibid* à la p 26, point toutefois contesté par Charles Munier dans ses commentaires.

<sup>601</sup> *Ibid* à la p 28, Charles Munier rappelle d'ailleurs dans ses commentaires que cette conception dualiste de l'homme correspond à la pensée stoïcienne.

<sup>602</sup> Cicéron, *Rhetorica ad Herennium*, traduit en anglais par Harry Caplan, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1954 aux pp 98-104 pour la *concessio* et la *purgatio* [Cicéron, *Rhetorica*]; LC Winkel, « Some Remarks on the Date of the Rhetorica Ad Herennium » (1979) 32-3-4 Mnemosyne 327.

<sup>603</sup> *Ibid*, p 155 (III-12).

<sup>604</sup> *Ibid* à la p 157 (III-15-16).

Dans son ouvrage sur la pénitence, Tertullien n'établit donc pas de distinction entre les péchés car ils sont tous dirigés contre Dieu et sont tous susceptibles de pénitence. Charles Munier relève que Tertullien reconnaît la responsabilité de l'homme, corps et âme, pour chaque catégorie de faute et son devoir de faire pénitence, corps et âme, s'il veut échapper au châtement qu'elles lui ont toutes mérité et qu'il devra de toute façon subir au jour du jugement dernier, en son corps et en son âme<sup>605</sup>. Tertullien dans son ouvrage *La Pénitence* ne voit donc pas la nécessité de classer les péchés en degrés de gravité. L'auteur souhaite surtout y exposer la procédure de pénitence et s'adresse aux catéchumènes dans le but primordial de les inciter au baptême en procédant à une pénitence préalable. Il prévoit aussi la possibilité d'une pénitence postbaptismale. Il ne fait pas d'exposé sur les catégories de péchés afin de ne pas dévier de cet objectif premier de procéder au baptême du plus grand nombre de croyants<sup>606</sup>. On peut également arguer que Tertullien ne connaissait pas la notion de péché « irrémissible » à l'époque où il a rédigé son ouvrage *La Pénitence* ; il n'aurait pas éprouvé le besoin de classer les péchés parce que cette notion n'avait pas encore été développée<sup>607</sup>.

Mais à la fin de sa vie, Tertullien devient montaniste<sup>608</sup>. Il insiste alors dans un second ouvrage consacré exclusivement à la pénitence, *La Pudicité*, sur la nécessité de distinguer entre les péchés « rémissibles » et les péchés « irrémissibles ». Dans cet essai, Tertullien examine toutes les questions théologiques relatives à la pénitence. Cet essai se démarque sur ce point de son ouvrage précédent, *La Pénitence*. Le Tertullien montaniste, est devenu très critique de l'institution ecclésiale. Considère-t-il toutefois que les péchés « irrémissibles » excluent toute possibilité de pénitence? L'interprétation de sa pensée appelle des nuances. Selon Charles Munier, le mot « irrémissible » qu'il emploie ne doit pas être entendue dans son sens littéral, à savoir les péchés qui ne peuvent être pardonnés. Il rappelle que Tertullien a toujours fait un lien entre la faute du pécheur et l'autorité susceptible de la pardonner. Il

<sup>605</sup> Cicéron, *Rhetorica*, *supra* note 602 aux pp 98-104 pour la *concessio* et la *purgatio*; Winkel, *supra* note 602.

<sup>606</sup> *Ibid*, p 155 (III-12); Voir aussi Abbé Emmanuel Bourque, *Histoire de la pénitence-Sacrement*, Québec, Faculté de théologie de l'Université Laval, 1947 à la p 84.

<sup>607</sup> *Ibid* à la p 157 (III-15-16).

<sup>608</sup> Il s'agit d'un mouvement prophétique du milieu II<sup>ème</sup> siècle qui annonce la fin prochaine du monde et qui invite à un ascétisme des plus rigoureux, en cela il conteste ouvertement les idées et la légitimité des autorités ecclésiales en place. Voir sur ce point Pierre Champagne de Labriolle, *Les sources de l'histoire du montanisme*, New York, AMS Press, 1980; Ernest Stroehlin, *Essai sur le montanisme*, thèse, Faculté de théologie protestante de Strasbourg, 1870.

importe donc de savoir contre qui le péché est dirigé pour donner un sens à cette expression. Cette interrogation conduit au syllogisme suivant : « *le péché est irrémissible parce qu'il est mortel, le péché est mortel parce qu'il est commis contre Dieu. Le péché contre Dieu est irrémissible* »<sup>609</sup>. Le péché mortel se distingue donc de la catégorie des péchés véniels. Parmi ces péchés mortels, commis contre Dieu, on trouve notamment les péchés charnels (l'adultère et la fornication), les crimes religieux (l'idolâtrie, le blasphème et le reniement), les crimes et les délits (l'homicide et la fraude)<sup>610</sup>. Ces péchés qui se caractérisent par la « *perte de la présence de Dieu dans l'homme* »<sup>611</sup>, ne peuvent être pardonnés par l'homme mais seulement par Dieu. On peut penser que Tertullien souhaite limiter le rôle de l'Évêque pour les péchés mortels et par conséquent, son classement des fautes est principalement une critique de l'autorité ecclésiale. On peut également considérer que Tertullien manifeste un souci d'égalité entre les hommes, l'Évêque ne peut pardonner les fautes contre Dieu et ainsi se positionner au-dessus de ses semblables.

Pour conclure sur cette question de la distinction entre les péchés rémissibles et irrémissibles, il semble que le refus d'absolution pour les péchés mortels n'ait pas constitué une pratique importante ou majoritaire au sein de l'Église de cette époque. Selon l'analyse de l'abbé Emmanuel Bourque, tous les péchés pouvaient et devaient être soumis à la pénitence publique, en particulier les péchés les plus graves<sup>612</sup>. C'est cette procédure que nous analysons maintenant.

## **§2. L'exomologèse : cet aveu qui se montre mais ne se dit pas**

Commentant cette pénitence ecclésiale, Michel Foucault insiste sur le fait que cette pratique se singularise surtout par l'obtention d'un statut, celui de pénitent ; « *un statut qui englob[e] tous les aspects de l'existence* »<sup>613</sup>. Il s'agit toutefois d'une procédure de véridiction dont il faut d'abord préciser les étapes (**A**) avant d'examiner la place, le contenu et la fonction de l'aveu dans ce processus (**B**).

---

<sup>609</sup> Tertullien, *La Pudicité*, supra note 595 à la p 62.

<sup>610</sup> *Ibid* à la p 261 (XIX-25).

<sup>611</sup> *Ibid* à la p 63.

<sup>612</sup> *Supra* note 73 à la p 85.

<sup>613</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 102.

## A) Les étapes procédurales

Cette procédure comporte trois grandes étapes qui consiste pour le pécheur à se présenter devant les autorités ecclésiastiques (1), afin d'obtenir le statut de pénitent pour une certaine période (2) avant d'obtenir le droit de réintégrer la communauté dans le cadre d'une procédure de réconciliation (3).

### 1) La première comparution du pécheur devant l'évêque : avouer ses fautes

La première étape, que Philippe Rouillard qualifie d'entrée en pénitence, consiste à se présenter devant l'autorité ecclésiastique, l'Évêque, pour avouer, en privé, sa ou ses fautes<sup>614</sup> :

*« Voici une manière d'agir, contraire à la réglementation apostolique. [...] nous interdisons qu'à cette occasion soit lu en public un écrit sur lequel figurent en détail leurs péchés. Il suffit en effet que les fautes soient indiquées à l'évêque seul, dans un entretien privé »*<sup>615</sup>.

Le secret qui entoure cette étape est nécessaire afin d'encourager les âmes à se repentir :

*Bien qu'on doive en effet louer la foi totale de ceux qui, par crainte de Dieu, n'ont pas peur de rougir devant les hommes, il est cependant des péchés que ceux qui demandent la pénitence n'aimeraient pas voir publiés. On supprimera donc une habitude aussi contestable, de peur que beaucoup ne s'écartent du remède de la pénitence par honte ou parce qu'ils craignent que leurs agissements soient connus de leurs ennemis, qui pourraient alors les poursuivre devant les tribunaux. Est suffisant l'aveu fait à Dieu, ensuite à l'évêque, lequel se fait l'avocat pour les fautes des pécheurs. On ne pourra inviter la majorité des fidèles à venir se constituer pénitents que si le secret des consciences n'est pas livré à la connaissance du public*<sup>616</sup>.

L'Évêque intègre par la suite le pécheur au sein d'un groupe ou d'un ordre de pénitents (*ordo paenitium*). Au cours d'un office liturgique, il expulse, au nom de l'église, les pénitents de la communauté ecclésiale. On peut comparer cette expulsion à une procédure d'excommunication. Deux points sont ici à retenir, si l'office au cours duquel les pénitents

---

<sup>614</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 36.

<sup>615</sup> Lettre 168 du Pape Léon Ier Le Grand (Saint Léon), citée par Rouillard, *supra* note 509 à la p 147.

<sup>616</sup> *Ibid.*

vont être expulsés est public, l'aveu de ses fautes demeure totalement secret. À aucun moment, les fautes ne sont publiquement divulguées par l'Évêque.

## 2) L'épreuve de la pénitence : l'aveu silencieux mais apparent

Lors d'une seconde étape, les pénitents sont soumis à une période d'expiation. Leur mode de vie habituel s'en trouve complètement bouleversé. Ils doivent se soumettre à certaines restrictions alimentaires, comme s'abstenir de manger de la viande et généralement se limiter aux aliments de base comme le pain et l'eau. Toute activité sexuelle leur est aussi interdite. Ils ne peuvent occuper de fonction publique. Ils ne se lavent plus, couchent sur la cendre, doivent se couvrir d'un sac<sup>617</sup>. Ils pleurent, mugissent et supplient<sup>618</sup>. Les pénitents assistent aux offices proches de la porte d'entrée de l'église à un endroit qui leur est réservé mais ils ne peuvent pas communier. Ils sont isolés du reste des fidèles. La durée de cette période d'expiation est variable. Cette épreuve peut durer des semaines, des mois, voire des années<sup>619</sup>. La durée est fixée par l'Évêque en fonction de la nature du ou des péchés. Il n'est cependant pas clair si l'Évêque agissait seul ou collégalement avec son clergé<sup>620</sup>.

## 3) La réconciliation

Enfin, la troisième étape, celle de la réconciliation, intervient lors d'un office religieux à l'église en présence de la communauté. L'évêque réconcilie les pénitents « *en leur imposant les mains* »<sup>621</sup>, un geste de tradition judéo-chrétienne. Il est donc mis fin à leur

---

<sup>617</sup> Tertullien dans *La Pénitence* précise que l'exomologèse oblige le pénitent à se « *coucher sur le sac et la cendre, de laisser son corps se noircir de crasse, d'abîmer son âme dans la tristesse, de punir par un traitement sévère tout ce qui est cause de péché; en outre, de ne plus connaître qu'une nourriture et une boisson toutes simples, pour le bien, non du ventre, bien sûr, mais de l'âme; en revanche, de nourrir sa prière de jeûnes fréquents, de gémir, de pleurer, crier de douleur, jour et nuit, vers le Seigneur, ton Dieu, de se prosterner aux pieds des prêtres, de s'agenouiller devant les autels de Dieu, de recommander à tous les frères de se faire les ambassadeurs de sa requête en grâce* », *supra* note 594 à la p 181 (IX-4).

<sup>618</sup> L'Abbé Emmanuel Bourque rapporte un témoignage d'Eusèbe, évêque et exégète, du III<sup>ème</sup> siècle qui décrit dans son Histoire de l'Église une scène étonnante d'exomologèse; [le pénitent] est « *revêtu d'un sac et d'un cilice, couvert de cendres, contrit et pleurant, se jetant suppliant aux pieds de l'évêque Zéphirin, se roulant aux genoux non seulement du clergé mais aussi des laïques, si bien que l'Église du Christ miséricordieux, tout entière prise de pitié, fondait en larmes* », *supra* note 606 à la p 82.

<sup>619</sup> Tertullien, dans sa période montaniste, considérait que la durée de l'expiation pour certains péchés mortels était perpétuelle, la miséricorde Divine ne pouvant intervenir qu'au moment de la mort.

<sup>620</sup> Tertullien, *La Pénitence*, *supra* note 594 à la p 68.

<sup>621</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 36.

excommunication. Il semble cependant que les pénitents réintégrés ne retrouvent pas une liberté totale. Les fonctions publiques leurs sont interdites de même que l'accès à la prêtrise. Les relations conjugales ne leur sont pas autorisées. Ils demeurent donc socialement et familialement exclus<sup>622</sup>.

Philippe Rouillard considère que « *la conclusion qui s'impose [sur cette discipline pénitentielle du II<sup>ème</sup> siècle] est celle du caractère avant tout ecclésial de la pénitence : il ne s'agit pas tant de remettre ses péchés à un chrétien coupable de fautes graves, mais de l'éloigner du corps ecclésial et de ne l'y recevoir à nouveau – et une seule fois dans la vie – qu'après une sérieuse pénitence* »<sup>623</sup>. On comprend également que l'une des préoccupations majeures de l'Église n'est pas tant d'absoudre l'individu de ses fautes que de préserver l'intégrité numérique de la communauté. Dès lors, la fonction sociale de la confession se précise.

Il nous faut maintenant revenir sur cette procédure de réintégration et s'interroger sur l'aveu, la place qui lui est réservée dans cette procédure et sa fonction de véridiction<sup>624</sup>.

### **B) La place de l'aveu et sa relative fonction de véridiction**

On qualifie cette procédure de réconciliation d'exomologénèse, du mot grec *exomologesis*, dont la racine *homologeîn* (ὁμολογέω) veut dire, et nous l'avons vu plus haut lorsque nous avons abordé le droit grec de l'aveu, reconnaître ou donner son accord. Dans la littérature grecque, il est même utilisé pour désigner un aveu dont la fonction est de dire une vérité<sup>625</sup>. En revanche, dans le langage chrétien, Michel Foucault nous indique que l'aveu revêt plusieurs sens. Il fait référence à un acte de foi; à l'acte où on se reconnaît devant Dieu comme pécheur. Dans la Didascalie des Apôtres (*Didachê*), ce terme revient dans une prière collective qui invite à l'aveu de ses péchés. Aveux publics? Probablement pas. Cette prière, récitée collectivement et publiquement, ne vise pas un péché en particulier et n'oblige pas le

---

<sup>622</sup> *Ibid* à la p 37.

<sup>623</sup> *Ibid* à la p 40.

<sup>624</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 103.

<sup>625</sup> *Ibid*.

pécheur à confesser publiquement ses péchés. Elle relève davantage de la recommandation ou d'une demande générale de pardon pour tous les péchés susceptibles d'avoir été commis<sup>626</sup>.

L'exomologèse dans cette procédure de pénitence intervient peut-être lors de la première étape du processus, c'est-à-dire lors de l'aveu des fautes à l'évêque mais mérite d'être commentée au moment de la dernière étape, celle de la réconciliation qui met en relief une procédure très particulière. Nous avons peu de renseignements sur l'exomologèse liée à la première phase. Michel Foucault, s'appuyant sur un texte de Cyprien, décrit qu'à cette étape, le pécheur fait plutôt une exposition de sa cause (*expositio causae*) à l'Évêque. Il souligne le caractère quasi-judiciaire de la démarche en raison du vocabulaire juridique utilisé par Saint Cyprien pour décrire cette procédure. Mais l'exomologèse suppose surtout de faire pénitence au cours d'une période d'expiation. Cette procédure est plus explicite à la deuxième étape de la procédure au cours de laquelle il importe d'extérioriser la pénitence en affichant son statut et son mode de vie de pénitent. C'est l'obtention du statut de pénitent qui tient lieu de preuve de la confession laquelle s'exprime physiquement sur une longue durée. L'objectif de cette exomologèse consiste à obtenir la plus grande clémence du Seigneur. « *Tout cela* », écrit Tertullien, « *l'exomologèse l'ordonne pour faire valoir la pénitence, pour honorer le Seigneur par crainte du péril, pour exercer le ministère de la colère Divine, en prononçant elle-même contre le pécheur, pour éluder ou plutôt pour effacer par une souffrance temporaire les supplices éternels* »<sup>627</sup>. On cherche alors à éviter le pire en apaisant Dieu. Cette confession revêt presque un caractère judiciaire ; on souhaite, en effet, échapper à un jugement sévère. En exhibant publiquement son statut de pénitent, lequel dans une petite communauté, ne saurait passer inaperçu, on sollicite également les membres de la communauté à intercéder pour soi auprès de Dieu, pour réclamer sa clémence.

Ces épreuves physiques auxquelles le pénitent se soumet caractérisent également un processus de mortification (le sac et la cendre<sup>628</sup>), le statut de pénitent équivalant à

---

<sup>626</sup> Il s'agit en fait d'une pratique fort ancienne et qui existe encore dans le judaïsme où il est d'usage de dire quotidiennement des supplications (*Takhanounim*).

<sup>627</sup> Tertullien, *La Pénitence*, *supra* note 594 à la p 183 (IX-5).

<sup>628</sup> La cendre est ici très symbolique, il existe au demeurant chez la catholiques un mercredi des cendres qui marque le début du Carême et qui est également un jour de pénitence. Quand au sac, fait en peau de chèvre, il est probablement le signe d'expiation des péchés.

« *confession de ses fautes* » qui permet alors une renaissance<sup>629</sup>. Le statut de pénitent s'apparente à la mort. On annonce, par les restrictions et autres actes que l'on s'inflige, la volonté de quitter ce monde pour renaître dans la vraie vie.

L'exposition de son statut dépasse l'examen de conscience<sup>630</sup>. La manifestation physique et corporelle de l'aveu constitue la preuve même de l'aveu. L'aveu dans cette pratique pénitentielle participe donc d'une mise en scène pensée par les théologiens. Le pénitent doit montrer qu'il est pécheur, mais dans le « *spectacle* » qu'il offre au public, il ne précise pas la nature de ses fautes. Il existe néanmoins une « *véridiction de soi-même* »<sup>631</sup>; le pénitent dévoile au public qu'il est pécheur, mais cette vérité ne constitue qu'une apparence de vérité. Le pénitent ne dévoile pas ses péchés et encore moins une vérité intime et cachée.

La parole s'efface devant les gestes et le corps qui représentent les accessoires nécessaires à l'expression muette mais visible de la pénitence. S'il y a une part de vérité, il s'agit d'une « *vérité expressive* » pour reprendre l'expression de Michel Foucault<sup>632</sup>. La vérité est amputée de la parole. Cet aveu qui s'exprime dans la pénitence est accepté intégralement. Il n'a point besoin d'être corroboré par la parole. L'aveu du pénitent n'est pas cru sur parole, il est cru parce qu'exhibé : « *je suis un pécheur et je le montre* ». Il en résulte un examen de conscience, dont on garde finalement le contenu pour soi mais dont on montre qu'il s'est tout de même opéré. Le langage est donc le grand absent de ce type d'aveu et sa fonction de véridiction reste très imprécise.

La parole apparaît plus tard dans le cadre de pratiques monacales que nous allons maintenant examiner.

## **Section II. L'aveu verbal et réparateur**

La parole va jouer un rôle important dans certaines pratiques religieuses et en particulier, dans deux types d'examens de conscience que nous examinons. Au cours de ces deux examens de conscience, un disciple se confie à un Maître ou à un Directeur de

---

<sup>629</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 109-110.

<sup>630</sup> *Ibid* aux pp 105-107.

<sup>631</sup> *Ibid* à la p 109.

<sup>632</sup> *Ibid* à la p 108.



conscience pour être mieux guidé. C'est la parole ou ce que dit le disciple dans le cadre de ces examens de conscience qui présente un grand intérêt pour notre thèse. Le disciple révèle une vérité dont le contenu et la portée varient selon la pratique étudiée.

L'examen de conscience stoïcien inspiré de la vie philosophique donne lieu à l'expression d'une vérité qui constitue un « *indicateur de liberté* » pour le disciple<sup>633</sup>. Le disciple ne révèle pas à son directeur de conscience un désir profond ou une information intime enfouie dans son âme. Ses propos relèvent presque de la banalité. Son besoin de verbaliser à un maître ce qu'il pense constituer des maux a pour fonction de le rassurer ou le conforter dans l'orientation de sa vie. Le contenu de l'aveu ou sa fonction de véridiction se limite à vérifier si le disciple est dans le vrai, c'est-à-dire si sa conduite s'ajuste à des comportements sociaux communément admis et si sa vie est empreinte de sagesse (§1).

Dans un autre cadre religieux, à savoir monastique, l'examen de conscience est également pratiqué. Mais il prend une toute autre envergure. Il symbolise la rencontre ou la symbiose de la vie philosophique et de la vie monacale<sup>634</sup>. Dans chacun de ces modes de vie, le disciple aspire à accéder à la vérité « *en passant par la maîtrise de soi et la connaissance de soi* »<sup>635</sup>. L'aveu dans le cadre de l'examen de conscience monastique a comme fonction une purification de soi qui passe par une renonciation à soi (une mortification pénitente). Cette fonction s'ajoute à celle de meilleure connaissance de soi. Nous voyons dans ce type d'aveu, de concert avec Michel Foucault, une fonction de véridiction révolutionnaire qui va pénétrer la culture occidentale par la suite. Cet aveu se distingue de l'« *aveu philosophique* » par son caractère continu, perpétuel et obligatoire. Si ces deux pratiques ont en commun le besoin de mieux se connaître au regard de l'autre, un maître à penser ou un directeur de conscience, ce besoin est bien plus prononcé dans la pratique monastique (§2).

---

<sup>633</sup> *Ibid*, p 99.

<sup>634</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122 à la p 76.

<sup>635</sup> Voir à ce sujet, Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 127.

## §1. L'aveu curatif dans la pratique philosophique stoïcienne : verbaliser une vérité connue mais oubliée pour évaluer son degré de liberté

Pour illustrer cette pratique de la philosophie stoïcienne, Michel Foucault part d'un écrit de Sénèque<sup>636</sup> extrait du *Traité de la Tranquillité de l'âme*. Ce texte commence par une demande de consultation formulée par Sérénus à Sénèque<sup>637</sup>. Nous reproduisons la requête de ce Sérénus :

[1,1] **En portant sur moi-même un examen attentif, cher Sénèque, j'y ai trouvé quelques défauts apparents, exposés à tous les yeux, et que je pouvais toucher du doigt; d'autres moins visibles, et cachés dans les replis de mon âme ; d'autres qui, sans être habituels, reparaissent par intervalles : ceux-là, je les appelle les plus fâcheux de tous, ennemis toujours changeant de place, épiant toujours le moment de vous assaillir, et avec lesquels on ne sait jamais s'il faut se préparer à la guerre ni se reposer en paix.**

[1,2] **Il est toutefois pour moi un état habituel (car, pourquoi déguiserais-je quelque chose à mon médecin?), c'est de n'être pas franchement délivré des vices qui étaient l'objet de mes craintes et de mon aversion, sans toutefois en être réellement atteint. Si je ne suis pas au plus mal, je suis du moins dans un état douloureux et désagréable : je ne suis ni malade, ni bien portant.**

[1,3] **N'allez pas me dire que, de toutes les vertus les commencements sont faibles, et qu'avec le temps elles acquièrent de la consistance et de la force. Je n'ignore pas que les avantages qu'on ne recherche que pour la montre, tels que la considération, la gloire et l'éloquence, et tout ce qui dépend des suffrages d'autrui, se fortifient avec le temps ; tandis que les vertus, qui donnent la véritable force, et les qualités, qui n'ont pour plaire qu'un éclat emprunté, ont besoin du cours des années, dont l'action imperceptible empreint les unes et les autres d'une couleur plus prononcée : mais je crains que l'habitude, qui consolide toutes choses, n'enracine plus profondément chez moi le défaut dont je me plains. Le long usage des bonnes comme des mauvaises pratiques conduit à les aimer.**

[1,4] **Mon âme, ainsi partagée entre le mal et le bien, ne se porte avec force ni vers l'un ni vers l'autre ; et il m'est moins facile de vous exposer mon infirmité en masse qu'en détail. Je vous dirai les accidents que j'éprouve ; c'est à vous de trouver un nom à ma maladie.**

[1,5] **J'ai le goût le plus prononcé pour l'économie, j'en conviens ; je n'aime point l'appareil somptueux d'un lit, ni ces vêtements tirés d'une armoire précieuse, que la**

---

<sup>636</sup> Philosophe stoïcien, mais aussi politicien ayant occupé des fonctions officielles à Rome au I<sup>er</sup> siècle de notre ère, voir Pierre Grimal, *Sénèque, sa vie, son œuvre : avec un exposé de sa philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1948; Paul Veyne, *Sénèque : une introduction*, Paris, Tallandier, 2007.

<sup>637</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 aux pp 97-100. Cet exemple figure également dans le Foucault, *Herméneutique de soi*, supra note 122 aux pp 46-47, mais aussi dans Foucault, *Gouvernement des vivants*, supra note 567 p 235.

*presse et le foulon ont fatigués pour leur donner du lustre, mais bien une robe de tous les jours, peu coûteuse, qui se garde et se porte sans crainte de la gâter.*

*[1,6] **J'aime** un repas auquel une troupe d'esclaves ne mette ni la main ni l'oeil ; qui n'ait point été ordonné plusieurs jours d'avance, et dont le service n'occupe point une multitude de bras ; mais qui soit facile à préparer comme à servir, qui n'ait rien de rare ni de cher ; qui puisse se trouver partout, qui ne soit onéreux ni à la bourse, ni à l'estomac, et qu'on ne soit pas forcé de rendre par où on l'a pris.*

*[1,7] **J'aime** un échanton grossièrement vêtu, enfant de la maison ; **j'aime** la lourde argenterie de mon père, honnête campagnard, laquelle ne se recommande ni par le travail ni par le nom de l'ouvrier ; je veux une table qui ne soit ni remarquable par la variété des nuances, ni célèbre dans la ville, pour avoir appartenu successivement à plus d'un amateur, mais qui soit d'un usage commode, sans occuper d'un vain plaisir les regards de mes convives, sans exciter leur convoitise.*

*[1,8] Mais tout en aimant cette simplicité, mon esprit se laisse éblouir par l'appareil d'une jeune et belle élite qu'on dresse aux plaisirs du maître, par ces esclaves plus élégamment vêtus, plus chamarrés d'or que dans une fête publique, enfin par une nombreuse troupe de serviteurs éblouissants de magnificence. **J'ai également plaisir** à voir cette maison où l'on marche sur les matières les plus précieuses, où les richesses sont prodiguées dans tous les coins, où tout, jusqu'aux toits, brille aux regards, où se presse un peuple de flatteurs, compagnons assidus de ceux qui dissipent leur bien. Que dirai-je de ces eaux limpides et transparentes qui environnent en nappe toute la salle des festins, et de ces repas somptueux, dignes du théâtre où on les sert?*

*[1,9] Moi, qui ai poussé jusqu'à l'excès ma longue frugalité, le luxe vient m'environner de tout son éclat, de tout son bruyant appareil. Mon front de bataille commence à plier ; et contre une telle séduction, il m'est plus facile de défendre mon âme que mes yeux. Je m'éloigne donc, non pire, mais plus triste ; et dans mon chétif domicile, je ne porte plus la tête si haute ; une sorte de regret se glisse secrètement dans mon âme, enfin je doute si les objets que je quitte ne sont pas préférables : de tout cela rien ne me change ; mais rien qui ne m'ébranle.*

*[1,10] **Il me plaît** de suivre les mâles préceptes de nos maîtres, et de me lancer dans les affaires publiques ; **il me plaît** d'aspirer aux honneurs, non que la pourpre et les faisceaux me séduisent ; mais pour avoir plus de moyens d'être utile à mes amis, à mes proches et à tous mes concitoyens. Formé à l'école de ces grands maîtres, je suis Zénon, Cléanthe, Chrysispe ; si aucun d'entre eux n'a gouverné l'État, il n'est aucun ainsi qui n'y ait destiné ses disciples.*

*[1,11] Survient-il quelque choc pour mon esprit peu accoutumé à lutter de front, survient-il quelqu'une de ces humiliations qu'on rencontre à chaque pas dans la vie, ou bien quelque affaire hérissée de difficultés, et sans proportion avec le temps qu'elle a pu demander, je retourne à mon loisir ; et, comme les chevaux, malgré leur fatigue, je double le pas pour regagner ma maison.*

*[1,12] **J'aime** à renfermer ma vie dans son véritable sanctuaire. Que personne ne me fasse perdre un jour, puisque rien ne peut compenser une si grande perte ; que mon âme se repose sur elle-même ; qu'elle se cultive elle-même ; qu'elle ne se mêle de rien qui lui est étranger, de rien qui la soumette au jugement d'autrui ; que, sans aucun souci des affaires publiques ou privées, elle se complaise dans sa tranquillité.*

[1,13] *Mais lorsqu'une lecture plus forte a élevé mon âme, et qu'elle se sent aiguillonnée par de nobles exemples, je veux m'élaner dans le forum, prêter à d'autres le secours de ma voix sinon toujours avec succès, du moins, avec l'intention d'être utile ; de rabattre en plein forum l'arrogance de tel homme que la prospérité rend insolent.*

[1,14] *Dans les études, je pense qu'il vaut mieux assurément envisager les choses en elles-mêmes, ne parler que sur elles, surtout subordonner les mots aux choses, de manière que, partout où va la pensée, le discours la suive sans effort où elle le mène. Qu'est-il besoin de composer des écrits pour durer des siècles? Voulez-vous donc empêcher que la postérité ne vous oublie? Né pour mourir, ne savez-vous pas que les obsèques les moins tristes sont celles qui se font sans bruit? Ainsi, pour occuper votre temps, pour votre propre utilité, et non pour obtenir des éloges, écrivez d'un style simple ; il ne faut pas un grand travail à ceux qui n'étudient que pour le moment présent.*

[1,15] *Oui, mais lorsque par la méditation s'est élevé mon esprit, il recherche la pompe des expressions ; comme il a dressé son vol plus haut, **il veut aussi rehausser son style, et mon discours se conforme à la majesté de la pensée** : oubliant les règles étroites que je m'étais prescrites, je m'élanche dans les nuages, et ce n'est plus moi qui parle par ma bouche.*

[1,16] *Sans entrer dans de plus longs détails, cette même faiblesse de bonne intention me suit dans toute ma conduite ; je crains d'y succomber à la longue ; ou, ce qui est plus inquiétant, de rester toujours suspendu sur le bord de l'abîme, et de finir par une chute plus funeste, peut-être, que celle que je prévois.*

[1,17] *Je pense que beaucoup d'hommes auraient pu parvenir à la sagesse, s'ils ne s'étaient flattés d'y être arrivés, s'ils ne se fussent dissimulé quelques-uns de leurs vices, ou si, à leurs yeux, quoique ouverts, les autres n'eussent pas échappé. Vous le savez, nous ne sommes pas pour nous-mêmes les moins dangereux flatteurs. Qui a osé se dire la vérité? quel homme, placé au milieu d'un troupeau de panégyristes et de courtisans, n'a pas lui-même enchéri sur tous leurs éloges?*

[1,18] *Je vous prie donc, si vous connaissez quelque remède qui puisse mettre un terme à mes hésitations, ne me croyez pas indigne de vous devoir ma tranquillité. **Ces mouvements de l'âme n'ont rien de dangereux, rien qui puisse amener aucune perturbation, je le sais ; et pour vous exprimer, par une comparaison juste, le mal dont je me plains, ce n'est pas la tempête qui me tourmente, mais le mal de mer. Délivrez-moi donc de ce mal quel qu'il soit, et secourez le passager qui en souffre en vue du port***<sup>638</sup>.

Sérénus fait état de maux qui le tourmentent et qu'il compare à un mal de mer (verset 18). Il demande à Sénèque une consultation médicale et lui promet de lui dire la vérité (verset 2) afin qu'il trouve et identifie sa maladie (verset 4). Cette vérité qu'il compte énoncer lui

---

<sup>638</sup> Sénèque « De la tranquillité de l'âme » dans Sénèque, *Les Œuvres de Sénèque le Philosophe*, traduit par Michel Charpentier et Félix Lemaistre, t II, Paris, Garnier, 1860, 109.

paraît nécessaire à sa guérison. Il n'est pas vraiment malade, mais il n'est pas en bonne santé (verset 1). Il expose l'état dans lequel il est (verset 2). Les tourments dont il fait état ne relèvent pas de la faute grave et ne comportent pas intrinsèquement un caractère grave en raison de leurs conséquences préjudiciables : « *j'ai le goût le plus prononcé vers l'économie* » (verset 5), « **J'aime** un repas [...] qui soit facile à préparer comme à servir, qui n'ait rien de rare ni de cher ; qui puisse se trouver partout, qui ne soit onéreux ni à la bourse, ni à l'estomac, et qu'on ne soit pas forcé de rendre par où on l'a pris » (verset 6), « **j'aime** la lourde argenterie de mon père » (verset 7), « **il me plaît** d'aspirer aux honneurs, non que la pourpre et les faisceaux me séduisent [...]. Formé à l'école de ces grands maîtres, je suis Zénon, Cléanthe, Chrysippe ; si aucun d'entre eux n'a gouverné l'État, il n'est aucun ainsi qui n'y ait destiné ses disciples » (Verset 10)..., on pourrait multiplier les exemples. Ce qui est contenu dans l'aveu de *Sérenus* relève en fait de trois domaines de la vie philosophique de l'antiquité gréco-romaine : la richesse, la vie politique, la gloire<sup>639</sup>. Une vie réussie consiste, à l'époque, à accumuler des richesses, à acquérir du pouvoir et à obtenir la reconnaissance d'autrui. Ce sont les critères de réussite qui caractérisent l'homme libre à cette époque<sup>640</sup>. En apparence, *Sérenus* présente ce qu'il aime et ce qu'il n'aime pas dans ces domaines, mais en réalité il fait cet exposé au regard de ce qu'il doit aimer ou devrait aimer. *Sérenus* expose en paroles son degré de liberté en ces matières. L'expression de sa vérité se limite à cela. Il n'émunère pas de fautes, mais il fait état de ses dépendances, de ses souhaits et de ses aspirations.

La réponse de *Sénèque* ou son diagnostic est formulé essentiellement au regard d'une vérité importante pour *Sérenus*, qui n'exige pas la divulgation d'une vérité enfouie au plus profond de son âme, mais, selon Michel Foucault, une vérité en tant que force, un moteur de vie qui constitue une « *force inhérente aux principes* » de sagesse que *Sérenus* doit ou devrait rechercher<sup>641</sup>. La vérité exposée ou discutée est seulement celle pertinente à l'objectif de

---

<sup>639</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 98. Dans son cours de 1980 sur le *Gouvernement des vivants*, Michel Foucault semble avoir identifié deux domaines de pauvreté/richeesse – privé/richeesse.

<sup>640</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, supra note 122 à la p 47.

<sup>641</sup> *Ibid* à la p 49.

sagesse que recherche intimement et de toute ses forces *Sérénus*<sup>642</sup> et que valorise également *Sénèque*. Il accepte cette vérité dans sa grande sagesse :

[2,1] *Et moi aussi, je l'avoue, mon cher Sérénus, depuis longtemps je cherche secrètement en moi-même à quoi peut ressembler cette pénible situation de mon âme ; et je ne saurais mieux la comparer qu'à l'état de ceux qui, revenus d'une longue et sérieuse maladie, ressentent encore quelques frissons et de légers malaises. Délivrés qu'ils sont des autres symptômes, ils se tourmentent de maux imaginaires ; quoique bien portants, ils présentent le pouls au médecin, et prennent pour de la fièvre la moindre chaleur du corps. Ces gens-là, Sérénus, ne laissent pas d'être réellement guéris, mais ils ne sont pas encore accoutumés à la santé ; leur état ressemble à l'oscillation d'une mer tranquille ou d'un lac qui se repose d'une tempête.*

[2,2] *Ainsi vous n'avez plus besoin de ces remèdes violents, par lesquels nous avons passé, et qui consistent à faire effort sur vous-même, à vous gourmander, à vous stimuler fortement. Il ne vous faut plus que ces soins qui viennent en dernier, comme de prendre confiance en vous-même, de vous persuader que vous marchez dans la bonne voie, sans vous laisser détourner par les traces confuses de cette foule qui court çà et là sur vos pas, ou qui s'égaré aux bords de la route que vous suivez.*

[2,3] *Ce que vous désirez est quelque chose de grand, de sublime, et qui vous rapproche de Dieu, c'est d'être inébranlable. Cette ferme assiette de l'âme, appelée chez les Grecs *euthymia*, et sur laquelle Démocrite a composé un excellent livre, moi, je la nomme tranquillité ; car il n'est point nécessaire de copier le mot grec et de le reproduire d'après son étymologie : la chose dont nous parlons doit être désignée par un mot qui ait la force du grec, et non sa forme.*

[2,4] *Nous cherchons donc à découvrir comment l'âme, marchant toujours d'un pas égal et sûr, peut être en paix avec elle-même, contempler avec joie dans un contentement que rien n'interrompe les biens qui lui sont propres, se maintenir toujours dans un état paisible, sans jamais s'élever ni s'abaisser. Telle est, selon moi, la tranquillité. Comment peut-on l'acquérir ? c'est ce que nous allons chercher d'une manière générale ; et ce sera un spécifique universel dont vous prendrez la dose que vous voudrez.*

[2,5] *En attendant nous allons mettre à découvert tous les symptômes du mal, afin que chacun puisse reconnaître sa part. Alors, du premier coup d'oeil, vous comprendrez que, pour guérir ce dégoût de vous-même qui vous obsède, vous avez bien moins à faire que ceux qui, enchaînés à l'enseigne ambitieuse d'une fausse sagesse, et travaillés d'un mal qu'ils décorent d'un titre imposant, persistent dans ce rôle affecté, plutôt par mauvaise honte, que par leur volonté<sup>643</sup>.*

---

<sup>642</sup> *Ibid* à la p 50.

<sup>643</sup> Sénèque, « De la tranquillité de l'âme », dans Sénèque, *Œuvres*, *supra* note 639 aux pp 7 et s.

Pour parvenir à cette sagesse, *Sénèque* propose des remèdes d'une relative simplicité : alterner le travail et le divertissement, alterner les moments de solitude et de vie en société, garder le moral en tout temps, éviter l'agitation stérile... Mais, la vérité que propose *Sénèque* s'ajoute à la vérité déjà connue de *Sérénus* (voir le verset 1 de la demande de *Sérénus*). La vérité n'a pour fonction que de trouver ce qui est bon pour le sujet et de décrire ce qu'il souhaite et ce qu'il faut faire pour se rapprocher de la sagesse. L'aveu de *Sérénus* s'oriente « vers la constitution d'un soi qui peut être au même moment et sans aucune discontinuité sujet de connaissance et sujet de volonté »<sup>644</sup>. Autrement dit, cette vérité sur le sujet ne résulte pas d'une recherche approfondie, d'un réel savoir sur le sujet détenu par un tiers ou ne constitue pas la divulgation d'une vérité cachée par le sujet. Elle est le fruit d'un simple avis ou d'une opinion sur la conduite du sujet<sup>645</sup>; elle est l'expression d'un savoir connu sur le sujet et l'expression de ce qu'il souhaite. L'examen de conscience stoïcien consiste donc pour le sujet à faire face à lui-même, à exprimer une vérité qui est déjà connue de lui et de son interlocuteur. On peut affirmer que la présence d'un interlocuteur, ici Sénèque, facilite l'expression d'une vérité par *Sérénus* et lui permet d'éviter la dérobaude ou le mensonge.

À partir du IV<sup>ème</sup> siècle, des pratiques monastiques d'examen de conscience donnent lieu à un contenu enrichi et à une portée plus étendue de l'aveu et de sa fonction de véridiction. Il n'y a rien d'étonnant : la vie monastique se caractérise par une recherche constante de vérité, un objectif commun de la philosophie de l'antiquité païenne et de rituels de la vie pénitentielle.

## **§2. L'aveu obligatoire et permanent dans la pratique monastique chrétienne : verbaliser une vérité enfouie pour mieux se connaître et se purifier**

Les pratiques monastiques pénitentielles que nous examinons se distinguent de la pénitence canonique, une institution qui naît plus tard. Ces pratiques ont une parenté et une

---

<sup>644</sup> Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122 à la p 49.

<sup>645</sup> Michel Foucault considère que cet aveu/consultation s'apparente à la *gnômê* des Grecs. Il semblerait, cependant, qu'il donne de ce concept plusieurs définitions. Dans *Herméneutique de soi*, *supra* note 122 à la p 130, il désigne « l'unité de la volonté et de la connaissance » il serait à la fois une connaissance et un précepte. Dans le *Gouvernement des vivants*, *supra* note 567, à la p 55, ce concept se définit comme une opinion, une manière de penser... Voir à ce sujet la note 35 dans Foucault, *Herméneutique de soi*, *supra* note 122 aux pp 62-63.

continuité avec la pénitence ecclésiale, l'exomologèse, que nous avons décrit. Rappelons que la pénitence post-baptismale donne lieu à un rituel quasi-silencieux de mortification qui met en scène le corps du pénitent. Elle ne constitue pas un exercice de véridiction sur soi-même. Elle expose une vérité qui vise l'état de pécheur, le pénitent ne confessant aucun péché à la communauté. C'est le langage ou l'intervention de la parole dans cette pratique monastique de la pénitence qui va la singulariser et la distinguer de la pénitence ecclésiale. La parole se libère, elle s'installe de manière continue entre un disciple et un maître. Elle est indispensable au bon fonctionnement de cette relation et devient nécessaire à la fonction même de cet exercice religieux. Ce devoir permanent du langage ou de la parole permet l'entrée « *dans le champ de la véridiction [d']un domaine nouveau qui est celui de la subjectivité* »<sup>646</sup>.

Le monachisme des débuts de l'ère chrétienne offre un cadre inédit pour l'étude de cette subjectivité. On peut y voir une révolution des rapports « maître-disciple », cette relation entre deux êtres développée et valorisée dans l'Antiquité, notamment dans la relation philosophique maître-élève. Cette révolution va s'incarner dans le développement d'une obligation d'obéissance de l'élève envers son maître. Cette servitude, nouvelle composante de cette relation, ne semble pas exister avant l'avènement de la chrétienté. La soumission de l'élève au maître oblige le disciple à réaliser un travail de vérité sur lui, au plus profond de son être, et à verbaliser cette vérité intime à son maître, à son directeur de conscience. Nous assistons à l'émergence de la première herméneutique de soi, certainement la plus aboutie et la plus totale qui ait été historiquement développée. Décrivons cette institution monastique (A), ensuite analysons son régime tout à fait particulier de véridiction (B).

#### **A) Le monachisme antique et la mise en place d'un nouveau rapport d'autorité**

Le monachisme chrétien se développe en Orient vers la seconde moitié du III<sup>ième</sup> siècle et n'apparaît en Occident qu'au IV<sup>ième</sup> siècle. Un personnage clé incarne ce mode de vie, c'est le moine. Par définition, le moine recherche la solitude pour se dévouer totalement à

---

<sup>646</sup> *Ibid* à la p 171.



Dieu et « *cherche à atteindre la sociabilité Divine dès cette terre* »<sup>647</sup>. Seule l'ascèse répond à ce mode de vie qui implique une rupture quasi-totale avec la société. La sociabilité n'est pas une qualité totalement écartée mais elle est considérée incompatible avec le statut de moine. Les structures de sociabilité sont pourtant nombreuses au III<sup>ème</sup> siècle, ne seraient-ce qu'avec la famille, les rituels religieux collectifs ou encore l'organisation du travail. Il est donc difficile de pratiquer un érémitisme complet. Les ermites les plus connus, les anachorètes Saint Paul Ermite (Paul de Thèbes) et Saint Antoine, ont dû mettre fin à leur isolement solitaire au profit d'une solitude de groupe dans des monastères implantés dans le désert égyptien, donnant ainsi naissance au cénobitisme monastique<sup>648</sup>. Ce changement a donné lieu à une réglementation de l'ascétisme qui s'est accompagnée d'une organisation du monastère privilégiant des relations hiérarchisées entre les moines<sup>649</sup>. La réglementation de l'ascétisme prévoit des sanctions, le plus souvent morales, pour veiller au bon fonctionnement de l'institution<sup>650</sup>. Le Maître spirituel du monastère, la plus haute autorité, a le pouvoir d'édicter une « Règle » qui a une force normative et coercitive. Il s'agit d'un règlement interne dans lequel on trouve les principes spirituels et matériels qui doivent être respectés par les moines (les conditions des prières, l'habillement des moines, la durée respective des prières, etc.)<sup>651</sup>.

La vie du moine se partage entre la prière, l'étude des Écritures et le travail manuel<sup>652</sup>. En renonçant à la sociabilité avec leurs semblables, les moines abandonnent toute idée de vie

---

<sup>647</sup> Françoise Thelamon, « Sociabilité, travail et loisir dans le monachisme antique » (1994) 86 Arch Sci Soc Relig 183 à la p 183.

<sup>648</sup> *Ibid* aux pp 184-185.

<sup>649</sup> Jacques Biarne, « Le monastère : un modèle de société organisée et structurée d'après les règles des IV<sup>e</sup>-VI<sup>e</sup> siècles » dans M Molin, dir, *Images et représentations du pouvoir et de l'ordre social dans l'Antiquité : Actes du colloque d'Angers, 28 et 29 mai 1999*, Paris, 2001, 111.

<sup>650</sup> *Ibid*.

<sup>651</sup> Jacques Biarne, « Maître spirituel et règle cénobitique », dans Françoise Thelamon, dir, *Sociabilité, pouvoirs et société : Actes du Colloque de Rouen*, Rouen, Publications de l'université de Rouen, 1987 aux pp 223-233 à la p 229 et s [Biarne, « Maître spirituel »]. Ces règles seront reprises par d'autres institutions monastiques qui se réuniront même dans le cadre de conciles pour élaborer ou fusionner des règles communes. Voir plus généralement, Jacques Biarne, *Les origines du monachisme en Occident*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris IV, 1990; Jacques Biarne, « Le temps du moine d'après les premières règles monastiques d'Occident (IV-VI<sup>èmes</sup> siècles) » dans Jean-Marie Leroux, *Le temps chrétien de la fin de l'antiquité au moyen âge : III-XIII<sup>èmes</sup> siècles*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, 99; Antoine Guillaumont, *Aux origines du monachisme chrétien : pour une phénoménologie du monachisme*, Bégrolles en Mauges (Maine & Loire), Abbaye de Bellefontaine, 1979.

<sup>652</sup> Cassien rapporte ainsi en parlant des moines : « ils s'appliquaient avec une telle ferveur à la lecture des Divines des Écritures, à la prière et au travail manuel, de jour et de nuit qu'ils auraient perdu le goût et même le

maritale et de vie de famille. Ils pratiquent également une abstinence de plusieurs aliments, parfois une abstention de la parole ou un silence obligatoire et une privation de sommeil<sup>653</sup>. L'abandon de tout bien matériel et le choix de la pauvreté marquent également, et même plus encore, cette volonté de rupture avec le monde extérieur et avec la vie en société. Cet état permanent de privation rappelle le statut de pénitent de la pénitence ecclésiale post-baptismale que nous avons déjà décrit.

Contrairement à l'érémisme, le cénobitisme maintient une sociabilité minimale qui passe par la médiation avec un autre moine ayant atteint un degré supérieur d'ascétisme pour atteindre Dieu<sup>654</sup>. Le moine cherche à atteindre une « *vie angélique* » et à établir une relation avec Dieu à l'image de celle entretenue par les anges. Cet objectif, il ne peut l'atteindre seul. Le moine s'abandonne ou plutôt il abandonne « *sa volonté propre* »<sup>655</sup>. Cet abandon constitue une forme de soumission à un maître spirituel à qu'il doit obéissance. Ce maître spirituel fait partie des anciens, un moine qui a lui-même renoncé à sa volonté propre. Ce médiateur avec Dieu est considéré comme un Père. Le moine conserve ainsi une sociabilité minimale avec un autre moine, mais cette relation est de type vertical ou hiérarchique avec un supérieur.

Examinons cette notion de Maître spirituel. L'*abba*<sup>656</sup>, ou Père, correspond à l'image de Jésus invoquant son Père, soit Dieu<sup>657</sup>. Cette image hiérarchisée de la relation de fils-père dans l'image de Dieu donne une légitimité charismatique au Maître spirituel, dont l'ascendance sur le moine repose sur son expérience de l'ascèse qui lui a « *valu des dons de Dieu* »<sup>658</sup>. Il est également un Maître en ce qu'il a accompli des miracles, affronté le malin et étudié les textes plus que les autres. Il tire surtout son autorité de son expérience ascétique. Il va l'utiliser pour permettre au jeune moine de renoncer à « *sa volonté propre* ».

---

*souvenir de la nourriture, si au bout de deux ou trois jours, l'inanition du corps ne l'avait empêché* », Cassien, *supra* note 598 à la p 67.

<sup>653</sup> Thelamon, *supra* note 647 à la p 187.

<sup>654</sup> *Ibid.*

<sup>655</sup> *Ibid* à la p 185.

<sup>656</sup> Mot d'origine araméenne, qu'on retrouve dans la langue hébraïque et dans le grec ancien, qui veut dire père mais qui exprime aussi l'affection filiale envers Dieu.

<sup>657</sup> Biarne, « Maître spirituel », *supra* note 651 à la p 226.

<sup>658</sup> *Ibid.*

Cette relation Maître-disciple, souligne Michel Foucault, ne constitue pas une nouveauté<sup>659</sup>. La vie philosophique de l'antiquité fournit de multiples exemples de discussions entre un disciple et un Maître, discussions dirigées par le Maître qui fait figure d'autorité et que l'on trouve dans les écoles philosophiques<sup>660</sup>. Le Maître en sait plus que le disciple ou fait semblant de ne pas savoir. On pense ici à Socrate dont les questions successives qu'il posait à son élève permettaient d'orienter ce dernier « *qui savait sans savoir qu'il savait* »<sup>661</sup> et de découvrir ou de parvenir à la vérité. Michel Foucault qualifie cette direction, par essence provisoire, de méthode ou de « *modèle pédagogique de guidage* », également connue comme « *la psychagogie antique* »<sup>662</sup>. Il s'agit aussi d'un outil de rhétorique, classique, et efficace qui permet à l'autre de modifier son mode de soi ou son mode d'être pour revenir à soi<sup>663</sup> qui ressemble au modèle platonicien. L'élève doit puiser dans ses connaissances propres et dans ses connaissances acquises, les confronter, les mettre en contradiction, pour apporter des réponses aux questions qu'il se pose. C'est ainsi qu'il accède à la vérité ou à la sagesse. Il s'agit donc d'apprendre une manière de vivre, laquelle une fois acquise permet à l'élève de passer au statut de Maître, puisqu'il est devenu Maître de soi et a obtenu la maîtrise de soi-même<sup>664</sup>. L'élève finit par acquérir un savoir qui va affecter son soi et sa connaissance de soi, lui permettre de retrouver son soi et d'en avoir la totale maîtrise. Il y a donc une part d'exercice de réminiscence dans cet accès à la vérité. Pour conclure, il faut reconnaître l'existence d'une circularité entre la connaissance de soi et la connaissance de la vérité dans cette pensée philosophique<sup>665</sup>.

La pensée ascético-monastique<sup>666</sup> ajoute à cette circularité des paramètres supplémentaires. La connaissance chrétienne de soi doit passer par une étape de purification

---

<sup>659</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 129.

<sup>660</sup> Michel Foucault distingue deux types de direction dans l'Antiquité, celle par laquelle on avait recours à une personne pour nous aider à franchir une mauvaise phase (un deuil, une disgrâce...) en nous consolant (il existait de véritables bureaux de consultants en consolation) et enfin, celle que l'on trouve dans les écoles philosophiques dont le but était de parvenir à la sagesse, voir Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 129.

<sup>661</sup> *Ibid.* Voir pour une analyse de ce procédé rhétorique, Henry Joly, « Sur la tête de Gorgias : Le "parler beau" et le "dire vrai" dans Le Banquet de Platon » (1990) 4:1 Argumentation 5.

<sup>662</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 129 et 132.

<sup>663</sup> Alain Petit, « L'art de parler dans le Phèdre de Platon » (1995) 15:1 Hermès, La Revue 31.

<sup>664</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 130.

<sup>665</sup> Foucault, *Herméneutique du sujet*, *supra* note 567 à la p 245.

<sup>666</sup> Nous empruntons cette formule à Michel Foucault, *Herméneutique du sujet*, *supra* note 567 à la p 244.

personnelle (la pénitence) pour être en mesure d'accueillir et de recevoir la Vérité, la Vérité des Écritures et celle de la Révélation, et pour pouvoir parvenir à cette connaissance de soi. Il faut donc accepter la vérité comme étant également la Vérité du Texte. La circularité passe ici entre deux points que sont la connaissance de soi et la vérité des Écritures. À cette circularité s'ajoute, une exégèse de soi, qui permet cette connaissance de soi et qui se réalise par des techniques, nous dit Michel Foucault, « *qui ont essentiellement pour fonction de dissiper les illusions intérieures, de reconnaître les tentations qui se forment à l'intérieur même de l'âme et du cœur, aussi déjouer les séductions dont on peut être victime* »<sup>667</sup>.

À la différence de la pensée philosophique ou du modèle platonicien, la pensée ascético-monastique conduit non pas à une réminiscence de vérités oubliées mais à une renonciation de soi pour accéder à la vraie vie<sup>668</sup>. L'objectif du modèle ascético-monastique consiste à renoncer à soi. Cette renonciation commence dès l'entrée au monastère, puisqu'avant d'y pénétrer, le candidat doit attendre une dizaine de jours devant la porte de l'institution. Il fait ainsi preuve de patience et d'humilité et prouve qu'il est capable d'accepter la vie monastique.

Le rôle du guide spirituel, du *Abba*, s'apparente au Maître en philosophie mais il s'en différencie nettement en instaurant un rapport d'obéissance ou de soumission entre le maître et le disciple dont l'importance est capitale. Michel Foucault considère que ce modèle de direction rompt ainsi avec la pédagogie antique. Selon lui, le modèle ascético-monastique n'est pas fondé sur la transmission de connaissances contrairement au modèle philosophique, lequel permet au Maître d'asseoir son autorité sur la base de la qualité, de l'étendue et de la maîtrise des connaissances qu'il transmet. Le modèle cénobitique, au contraire, repose principalement sur un lien d'obéissance absolu, continu et permanent et qui tire sa force du principe même d'obéissance. Dans ce schéma, la qualité de l'ordre donné par le Maître importe peu<sup>669</sup>. Les ordres doivent se contenter d'aller à l'encontre de la volonté et du tempérament du moine<sup>670</sup>. Il est strictement interdit de se diriger soi-même. Dans ce modèle

---

<sup>667</sup> *Ibid* à la p 245.

<sup>668</sup> *Ibid*.

<sup>669</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 134.

<sup>670</sup> Claire Marin, *L'épreuve de soi*, Paris, Armand Colin, 2003 à la p 47.

religieux de direction, l'excellence et le savoir du maître ne sont pas essentiels<sup>671</sup>. Le moine doit être dirigé et surtout obéir. L'obéissance n'est pas un outil ou une nécessité pour obtenir ou accéder à un savoir ou à autre chose, elle se suffit à elle-même, il s'agit même du mode de vie du moine. Il renonce ainsi à soi, il ne s'appartient plus, le soi ainsi détaché est consacré à Dieu<sup>672</sup>.

Pour conclure sur cette question de l'obéissance, le moine qui se soumet ainsi, ne veut rien, il n'a plus de désir et il n'a même pas à choisir entre ce qu'il aime et ce qu'il n'aime pas. C'est le Maître qui veut pour lui. Cette inversion des désirs paraît fondamentale et elle se réalise paradoxalement par la parole du moine, par une verbalisation complète de sa pensée. Le moine doit en effet exprimer oralement au Maître toutes ses pensées et le directeur de conscience va ainsi pouvoir choisir des ordres pertinents, à savoir ceux contraires aux penchants naturels du moine, pour amener ce dernier à renoncer à soi. Dans la pratique philosophique, l'usage veut que le Maître prenne la parole pour transmettre un message ou un savoir. Dans le modèle ascético-philosophique, le moine doit au contraire parler de lui, livrer son soi au directeur de conscience, pour se soumettre et obéir. Ce surprenant régime de vérité permet la production d'une vérité totale sur le sujet par le sujet dans le cadre d'un aveu perpétuel et d'une soumission permanente.

### **B) La verbalisation permanente d'une vérité sur soi**

Ce modèle ascético-monastique a produit un nouveau « dire vrai » qui se distingue radicalement de la pratique stoïcienne que nous avons vue précédemment. Dans le cadre de cette pratique, le sujet, en analysant ses actes, ses réactions qu'il exprime au sage, arrive à la conclusion qu'il doit changer son comportement ou ses habitudes, bref, son *ethos*<sup>673</sup>. Dans la pratique monastique, le moine doit énoncer une vérité sur soi qui dépasse une vérité au sujet de son corps ou sur ses actes. Il doit dévoiler à autrui sa pensée, sa pensée la plus profonde

---

<sup>671</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 133. S'appuyant sur les témoignages de Cassien et pour illustrer ce besoin continu de direction Michel Foucault cite l'histoire de l'*Abba* Pinufius, un saint d'une sainteté exceptionnelle, estimé de tous, que les novices tentaient d'approcher pour être dirigé par ce saint homme, mais que ce dernier fuyait pour ne pas nuire à sa soumission, à son mode de vie qui implique d'être dirigé.

<sup>672</sup> Marin, *supra* note 670 à la p 48.

<sup>673</sup> *Ibid* à la p 50.

ainsi que sa trajectoire, c'est-à-dire comment cette pensée se crée et chemine via les autoroutes de ses pensées. Ces pensées (ces *logismoi*) incarnent des images, des sentiments, des désirs, en fait tous les « *mouvements des esprits* », ces « *impulsions du dedans* »<sup>674</sup> et plus exactement les mouvements de l'âme. Le moine n'a pas à dévoiler à son directeur de conscience ses péchés, il n'a pas à se livrer à un exercice de mémorisation<sup>675</sup>. Il informe son directeur de ses inclinations du moment ; il dit tout ce qu'il pense et il le dit dans un flux continu. Michel Foucault nomme cette méthode l'*exagoreusis*<sup>676</sup>.

Nous avons vu que ce modèle repose sur une condition d'obéissance du sujet. Mais, il faut y voir aussi la naissance d'un nouveau mode de discours qui produit une vérité exhaustive sur les pensées du sujet, sur leurs modes et processus de production (origines, erreurs ou erreurs de perception, modifications et corrections, certitudes ou hésitations) dans le cadre d'un aveu perpétuel<sup>677</sup>. Ce travail d'introspection continu dont le contenu est révélé à l'autre, constitue, ce que Michel Foucault appelle « *une obligation de vérité* », c'est-à-dire une obligation de chercher la vérité en soi et de dire cette vérité<sup>678</sup>. Cette vérité sur soi s'ajoute à la vérité des Écritures et conduit, dans le christianisme, à une double herméneutique, celle de soi et celle du texte, ainsi qu'à une double obligation, celle de croire et celle de se connaître<sup>679</sup>.

Le directeur de conscience pourra, ici et là, corriger cette pensée en prodiguant des conseils, des suggestions de lecture, des conduites à respecter ou encore des travaux à réaliser. Il ne dispose cependant d'aucune technique interprétative qui lui permettrait d'expliquer au moine ses pensées ou son soi. L'action ou la réaction du directeur ne paraît d'ailleurs pas fondamentale dans le processus de production de ce discours de vérité. L'élément clé réside en réalité dans l'aveu lui-même, dans la parole du disciple.

La verbalisation à voix haute constitue un exercice facile lorsqu'il s'agit d'énoncer une vérité qui porte sur une pensée pure ou vertueuse. Elle se heurte toutefois à des complications

---

<sup>674</sup> Irénée Hausherr, *Direction spirituelle en Orient autrefois*, Rome, Pont Institutum Orientalium Studiorum, 1955 à la p 152.

<sup>675</sup> *Ibid.*

<sup>676</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 161.

<sup>677</sup> Marin, *supra* note 670 à la p 50.

<sup>678</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 163.

<sup>679</sup> *Ibid.*

ou à des difficultés, lorsque le temps vient de verbaliser des vérités de nature mauvaise<sup>680</sup>. D'ailleurs, dans ces moments là, il n'est pas rare pour le disciple de rougir comme le diable.

Le modèle ascético-monastique et donc le christianisme ont inventé une herméneutique de soi, « *cette vérité sur soi à travers une herméneutique de la pensée* »<sup>681</sup> en créant un sujet purement spirituel. D'autres sciences, d'autres courants philosophiques et religieux et le droit voudront intégrer cette herméneutique du sujet spirituel dans leur régime de vérité. Nous verrons dans ce qui suit comment l'Église a tenté d'introduire cette pratique à plus grande échelle dans le cadre de pratiques pénitentielles des siècles suivants. Nous examinerons aussi comment le droit a tenté de réunir ce sujet spirituel et le sujet de droit, dans un seul et même sujet, dans la configuration et la fonction de l'aveu dans les principaux systèmes juridiques occidentaux.

### **Conclusion sur le Chapitre I :**

Concluons ce chapitre en précisant que l'aveu ne peut faire fi de ses origines philosophico-religieuses et se réduire à un simple discours de vérité. Il constitue « *un mode de transformation de soi* » et un outil, comme le souligne Claire Marin, pour connaître également autrui et l'aider. Mais il est surtout un instrument pour contraindre à se soumettre, « *une manière de [...] faire obéir* »<sup>682</sup>. La Réforme refusera cette soumission, sans pour autant rompre avec l'herméneutique de soi et l'herméneutique du texte ; elle écartera le tiers, l'autorité qui, dans le catholicisme, sert d'intermédiaire entre le croyant et Dieu.

Le sujet ou le moi (le soi) apparaît comme un objet de sa propre herméneutique. Ce moi fera l'objet d'une littérature très abondante au XX<sup>ème</sup> siècle, contribuant au développement des caractéristiques identitaires de l'homme moderne<sup>683</sup>. Entre les II<sup>ème</sup> - XII<sup>ème</sup> siècles, il faut toutefois comprendre ce moi comme la conscience d'un soi par rapport à Dieu. Les pratiques de soi que nous avons analysées le confirme. Cette conscience de soi

---

<sup>680</sup> *Ibid* aux pp 139-150.

<sup>681</sup> *Ibid* à la p 150.

<sup>682</sup> Marin, *supra* note 670 à la p 50.

<sup>683</sup> Voir en outre Charles Taylor, *Les Sources du moi : La formation de l'identité moderne*, traduit de l'anglais par Charlotte Melançon, Montréal (QC), Boréal, 2003 [Taylor, *Les sources du moi*].

s'inscrit aussi dans un autre rapport, le moi en relation avec une catégorie générale, c'est-à-dire par rapport à une race, un peuple, un parti, une famille ou une corporation<sup>684</sup>. Ces pratiques de soi issues de l'Antiquité tardive vont donner naissance à un « *sujet obéissant* » vers le XII<sup>ème</sup> siècle<sup>685</sup>. Mais elles présideront aussi au développement progressif d'un « moi » émotionnel qui, lui, va contribuer à la fondation d'un individualisme nécessaire à la constitution d'un sujet politique, dans le futur un citoyen avec des droits.

Les pratiques pénitentielles par lesquelles s'opère une juridification de l'aveu religieux et qui exigent l'obéissance et la soumission du sujet, vont paradoxalement construire un moi nouveau qui se libérera de cette obéissance et deviendra l'expression de la conscience émotionnelle de soi.

## **Chapitre II. La « juridification » progressive de l'aveu religieux : les prémices d'un aveu juridique (IV<sup>ème</sup>-XII<sup>ème</sup> siècles)**

Cette période du Moyen-Âge que nous analysons maintenant marque, selon l'excellente formule de Frédéric Gros, le moment où « s'opère “la juridification générale” des comportements humains »<sup>686</sup>. Le sujet se construit, non seulement, comme le montre l'œuvre de Michel Foucault, par des « *gouvernementalités extérieures* » qui le traversent et qui l'informent, mais aussi par un « *rapport à soi* » dans le cadre « *d'exercices réguliers* » d'introspection à caractère éthique<sup>687</sup>. Le sujet apprend à se connaître par lui-même dans un cadre disciplinaire et dans une relation d'obéissance ou de pouvoir. Les deux pratiques pénitentielles analysées plus haut, s'inscrivent dans ce contexte et dans cette relation. Ces

---

<sup>684</sup> Jacob Burckhardt, *The Civilization of the Renaissance in Italy*, traduit par S G C Middle-More, New York, New American Library, 1961 à la p 121. L'auteur considère que les hommes et les femmes du Haut Moyen-Âge ne possédaient aucune conscience de soi, à l'exception d'une conscience corporative de soi. Cette conscience de soi serait apparue, selon l'auteur, lors de la Renaissance.

<sup>685</sup> Walter Ullmann, *The Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1966, voir aussi et surtout, Jean-Claude Schmitt, « La “découverte de l'individu” : une fiction historiographique? » dans *La fabrique, la figure et la Jante : fictions et statut des fictions en psychologie*, Paris, Vrin, 1989 à la p 215-217, réimprimé dans Jean-Claude Schmitt, *Le corps, les rites, les rêves, le temps : Essais d'anthropologie médiévale*, Paris, Gallimard, 2001, chap 1.

<sup>686</sup> Voir ses remarques dans la partie intitulée « Situation du cours » dans Foucault, *Subjectivité et vérité*, supra note 567 à la p 309.

<sup>687</sup> *Ibid* à la p 308.



aveux religieux vont cependant évoluer et leur forme se multiplier, sans pour autant s'émanciper de cet encadrement. Ils font l'objet d'une juridification<sup>688</sup>.

Par juridification, nous entendons que la réglementation normative des pratiques pénitentielles s'incarnant dans une obligation de vérité sur soi-même (l'exomologèse) et dans la verbalisation permanente de ses pensées à un Maître spirituel (l'*exagoreusis*) vont être transposées et consacrées dans l'aveu religieux. Les techniques de soi que nous avons examinées laissent apparaître que leur mise en œuvre, même si elles correspondent à un idéal monastique, demeure compliquée et difficile à réaliser et ce, pour des raisons économiques et sociales évidentes. Il est donc nécessaire, pour les institutions religieuses, de repenser ces modèles. Il faut par conséquent trouver de nouveaux fondements aux pratiques pénitentielles et alléger leur procédure pour en faciliter l'exercice. Ouvertes au changement ou en l'absence d'alternatives, les autorités religieuses réfléchissent à d'autres modèles. Le maintien de l'obligation de vérité demeure leur préoccupation première. Le contenu de la vérité, avec les nouveaux modèles, est en revanche variable. C'est ce que nous verrons dans un premier temps (**Section I**).

Puisqu'il est question de vérité énoncée par un sujet dans le cadre de « *techniques de soi* » par lesquelles le sujet se construit ou apprend à se connaître, nous devons examiner les courants philosophico-théologiques qui traversent cette période. C'est l'occasion de voir s'il existe d'autres contextes privilégiant l'examen de soi ; des contextes qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans une relation de pouvoir et qui président aussi l'émergence d'un moi. Les écrits d'un personnage clé de cette époque, un personnage curieusement occulté par Michel Foucault<sup>689</sup> méritent notre attention.

Il s'agit d'Augustin d'Hippone, plus connu sous le nom de Saint Augustin, d'abord rhéteur puis philosophe, qui devient un théologien de renom<sup>690</sup> et qui est aussi l'auteur d'une œuvre, au titre presque éponyme de notre sujet d'étude, *Confessions*. Il contribue par son œuvre à encourager l'énonciation d'une vérité en tant que devoir chrétien, obligation qu'il

---

<sup>688</sup> *Ibid.*

<sup>689</sup> Chloë Taylor, *The Culture of Confession from Augustine to Foucault: A Genealogy of the Confessing Animal*, New York, Routledge, 2009 aux pp 26-27 [Taylor, *The Culture of Confession*].

<sup>690</sup> Peter Brown, *La vie de Saint Augustin*, Paris, Seuil, 1971 [Brown, *Saint Augustin*].

inscrit parmi les principes fondamentaux du christianisme. Son œuvre, en général, signe également pour certains auteurs, l'émergence du « moi » occidental et contribue à l'idée moderne d'individu. Ce moi s'exprime par une prise de conscience d'un sentiment d'intériorité chez l'individu, c'est-à-dire par la prise de conscience de la profondeur de la dimension humaine de son « moi ». Charles Taylor considère que ce sentiment d'intériorité constitue l'un des fondements de l'identité moderne individuelle. À l'instar de Chloë Taylor, on peut s'interroger sur l'absence d'Augustin d'Hippone dans l'analyse foucauldienne de l'aveu<sup>691</sup>. Mais, cette question est aussi le prétexte d'explorer les effets de ce « moi » sur l'individu au Moyen-Âge et, éventuellement, sur le concept d'aveu moral. C'est ce que nous analyserons dans un second temps (**Section II**).

Mais, identifions, à titre préliminaire, quelques repères sociohistoriques qui permettent de mieux contextualiser notre propos.

## **Introduction**

Cette époque entre les V<sup>ième</sup> au XII<sup>ième</sup> siècles donne lieu à la « juridification » progressive des aveux religieux qui se sont développés à partir du II<sup>ième</sup> siècle. Au cours de cette période, il y a une évolution de la pensée chrétienne et de ses institutions et une expansion géographique du christianisme. La pénétration des idéaux chrétiens et du sacré dans les différentes composantes humaines et institutionnelles de la société se réalise en trois étapes<sup>692</sup> qui se manifestent à travers quatre phénomènes : pénétration, expansion, unité, renouveau. Cette introduction fait une présentation contextuelle de notre analyse des pratiques pénitentielles de cette période.

---

<sup>691</sup> Taylor, *The Culture of Confession*, *supra* note 689 aux pp 26-28.

<sup>692</sup> Voir Peter Brown, *La société et le sacré dans l'Antiquité tardive*, traduit de l'anglais par Aline Rousselle, coll « Points Sagesse », Paris, Seuil, 1985; Peter Brown, *L'essor du christianisme occidental*, traduit de l'anglais par Paul Chemla, Paris, Seuil, 1997 [Brown, *L'essor du christianisme occidental*]; Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558; Anne-Marie Helvétius et Jean-Michel Matz, *Église et société au Moyen Âge, Ve-XVe siècle*, coll « Carré Histoire », Paris, Hachette, 2008.

### a) Pénétration sociale et extension territoriale du christianisme

La première période (V<sup>ième</sup> – VIII<sup>ième</sup> siècles), qui va jusqu'au Haut Moyen-Âge, est marquée par le développement du monothéisme dans l'Empire romain. Le christianisme devient la religion officielle de l'empire<sup>693</sup>. L'Église, dont le chef est alors l'empereur, se structure hiérarchiquement. Les communautés locales sont organisées autour d'un clergé constitué d'un conseil de prêtres (*presbyteroi*), assistés de diacres, des serviteurs (*diakonoï*). Ils ont pour mission d'organiser la vie religieuse et le culte des fidèles. Le peuple et le clergé élisent un chef, l'évêque, qui s'intègre progressivement à l'administration civile romaine. L'évêque devient avec le temps un haut fonctionnaire de la cité pour finalement en prendre les rênes<sup>694</sup>. Le clergé obtient des privilèges qui se traduisent par des exemptions fiscales et militaires. Les membres du clergé reçoivent un revenu public et accumulent des richesses. Au VI<sup>ième</sup> siècle, le pouvoir épiscopal est à son zénith, ce qui suscite des tensions avec les pouvoirs politiques en place, en particulier avec les royautés issues des dynasties mérovingiennes. À compter du VII<sup>ième</sup> siècle, les évêques finissent par voir leurs pouvoirs administratifs grignotés au profit d'une noblesse évoluant autour du roi.

La société se divise entre laïcs et gens d'église, mais le laïcat est largement associé à la vie de l'église. L'évangélisation a de plus en plus de succès et au VI<sup>ième</sup> siècle, les enfants sont baptisés dès leur plus jeune âge. Le sermon prononcé par l'Évêque dans le cadre de la liturgie dominicale constitue un outil pédagogique efficace pour l'intégration et l'assimilation des dogmes chrétiens<sup>695</sup>. L'usage du latin vulgaire est même encouragé par le pape, Grégoire Le Grand<sup>696</sup>.

Durant cette période, et même dès le IV<sup>ième</sup> siècle, apparaît un droit canonique composé en grande partie d'un droit conciliaire. Selon Jean Gaudemet, il régit plusieurs aspects de la vie de la cité et des fidèles : « *organisation des communautés, principes hiérarchiques, gestion du patrimoine, administration des sacrements, célébration eucharistique, pratiques de piété, vie*

---

<sup>693</sup> La conversion de l'empereur Constantin en 312 symbolisait déjà ce passage.

<sup>694</sup> L'évêque est en charge du culte, de l'éducation, de l'entretien des bâtiments publics et des routes, de la perception des impôts, du maintien de l'ordre dans le cadre d'une police qu'il dirige.

<sup>695</sup> Éric Palazzo, « Foi et croyance au Moyen-Âge : Les médiations liturgiques » (1998) 53:6 Annales. Histoire, Sciences Sociales 1131.

<sup>696</sup> Pirenne, *supra* note 61, t 1 « Des origines à l'Islam » à la p 456.

*familiale, sociale, économique, juridiction et sanctions ecclésiastiques, attitude à l'égard des païens, des juifs et des hérétiques* »<sup>697</sup>.

L'idée que l'histoire humaine a une fin s'installe dans les consciences ; la parousie (le retour du Christ) et la doctrine du jugement dernier font partie des dogmes<sup>698</sup>. Les femmes et les hommes, qui composent la majorité des communautés chrétiennes sont peu instruits. L'Église veille à ce que leur salut constitue leur préoccupation première. Les conversions se multiplient et « *l'espoir d'une survie immédiate de l'âme au paradis [...] anime la foi des chrétiens des premiers siècles* »<sup>699</sup>.

Enfin, à partir IV<sup>ième</sup> siècle, le christianisme grâce à sa mission universaliste, s'étend au-delà de l'Empire romain<sup>700</sup> et atteint même l'Irlande, avec Patrice (Saint Patrick)<sup>701</sup>.

### **b) Vers une Église universelle**

La seconde phase (VIII<sup>ième</sup> – XI<sup>ième</sup> siècle) est contemporaine à l'avènement du pouvoir carolingien. Rappelons qu'en 570 naît à la Mecque, Mahomet, qui quelques années plus tard fondera une religion nouvelle, l'Islam, également animée par une volonté universaliste et expansionniste<sup>702</sup>. Les conquêtes de l'Islam conduisent dès lors à une rupture de l'unité du monde chrétien méditerranéen. Une partie de la Méditerranée rejette le christianisme. Cette région du monde ne constitue plus l'épicentre de la civilisation chrétienne. Cette rupture signe la création de l'Europe. Cette entité de plusieurs peuples qui resteront ou deviendront chrétiens, ressemble d'abord à une mosaïque culturelle, elle est composée de peuples barbares ou semi-barbares venus du nord de l'Europe à partir du IV<sup>ième</sup> siècle et d'anciennes populations romaines. Les Francs issus d'outre-Rhin forment des royautes d'abord installées

---

<sup>697</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 43-55, plus particulièrement à la p 45.

<sup>698</sup> John T Carroll, *The Return of Jesus in Early Christianity*, Peabody (Mass), Hendrickson, 2000.

<sup>699</sup> Helvétius et Matz, *supra* note 692 à la p 15.

<sup>700</sup> Pirenne, *supra* note 61, t 1 « Des origines à l'Islam » aux pp 454-456; Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 143-149.

<sup>701</sup> Édith Delamare, *Conquérant de l'Irlande : Saint Patrick*, Paris, Mame, 1963; voir aussi Brown, *L'essor du christianisme occidental*, *supra* note 692 aux pp 240-261, chapitre consacré au christianisme du Nord (Irlande et Grande-Bretagne saxonne).

<sup>702</sup> Pirenne, *supra* note 61, t 2 « De l'expansion musulmane aux traités de Westphalie » aux pp 3-22; William H McNeill, *The Rise of the West: A History of the Human Community*, The University of Chicago Press, Chicago, 1963 aux pp 420-444.

dans le nord-est de l'Empire romain et vont donner naissance au royaume mérovingien, dont les rois successifs sont qualifiés, dans les livres d'histoire, de rois fainéants<sup>703</sup>. En 751, Pépin le Bref devient le roi des Francs et donne naissance à une nouvelle dynastie, les Carolingiens<sup>704</sup>. Charlemagne qui lui succède donne au royaume franc une nouvelle souveraineté fondée sur la possession territoriale. De nombreuses conquêtes militaires sont entreprises et de nouvelles terres sont acquises. Le tout « *s'accompagne d'une sacralisation* » des populations et des institutions qui s'y trouvent<sup>705</sup>. Les populations sont systématiquement évangélisées. Cette politique de christiannisation, dont le but est aussi de faire la guerre aux pratiques superstitieuses, nécessite une réorganisation profonde de l'Église qui tend à l'unification des usages et des croyances de toutes ces populations sur tous les territoires conquis.

Le sacré se mêle à la politique. Les rois en accédant au trône renforcent leur légitimité via la procédure du sacre. Ils sont désormais dépositaires de l'autorité temporelle et de l'autorité spirituelle. Les évêques, devenus archevêques, dépendent de l'empereur. Ce mouvement s'accompagne d'une vaste renaissance culturelle qui passe par les lettres et les arts et surtout par un renouveau de l'éducation<sup>706</sup>. Mais, ici encore, il importe d'insister sur les objectifs religieux de cette renaissance. Ces réformes culturelles ont comme objectif pour l'être humain d'atteindre la perfection sur terre, celui-ci étant « *conditionné par sa finalité eschatologique* »<sup>707</sup>. Ce renouveau est nécessaire au salut des chrétiens. L'Empire carolingien, par sa structure seigneuriale et religieuse, offre ainsi à l'Europe une communauté chrétienne cohérente et unifiée, tant sur le plan politique que sur le plan religieux.

Sur le plan juridique, le pouvoir carolingien élabore de nombreuses réflexions sur le droit et sur la justice<sup>708</sup>. Le droit canon influence le droit privé, mais le pouvoir séculier

---

<sup>703</sup> En raison de leur inaction ou de la courte durée de leur règne.

<sup>704</sup> Pierre Riché, *Les Carolingiens : Une famille qui fit l'Europe*, coll « Pluriel », Paris, Hachette, 1983.

<sup>705</sup> Helvétius et Matz, *supra* note 692 à la p 63.

<sup>706</sup> Philippe Depreux, « Ambitions et limites des réformes culturelles à l'époque carolingienne » (2002) 304-3 Rev historique 721.

<sup>707</sup> *Ibid.*

<sup>708</sup> *Ibid* à la p 735; l'auteur souligne à cet égard que le pouvoir Carolingien s'est interrogé « *sur l'opportunité d'adapter la norme aux usagers* » et a souhaité l'accès au plus grand nombre à la connaissance du droit tant canonique que séculier.

intervient également dans l'élaboration du droit de l'Église<sup>709</sup>. La justice séculière et la justice spirituelle coopèrent relativement bien et sont complémentaires<sup>710</sup>. Nous reviendrons plus tard sur cette justice du Haut Moyen-Âge.

Lorsque l'Empire carolingien s'effondre, l'unité politique et religieuse tant recherchée laisse place à un système féodal, dirigé par les seigneurs qui sont dotés d'une puissance économique et militaire et souhaitent être associés à l'« *Imperium* ». Les évêques tentent de maintenir l'unité des chrétiens en essayant de préserver la paix entre les différentes royautes nouvelles issues de l'éclatement du pouvoir carolingien. Alors, le pouvoir ecclésiastique se substitue progressivement à l'autorité impériale qui n'existe plus. La papauté en sort affaiblie puisque son autorité allait de pair avec celle de l'empereur.

La société en cette veille du XI<sup>ème</sup> siècle était composée de trois ordres : les moines, les clercs et les laïcs. Mais ces ordres sont bientôt remplacés par une nouvelle trilogie organisationnelle qui distingue les *oratores* (ceux qui prient), les *bellatores* (ceux qui combattent) et les *laboratores* (ceux qui travaillent), selon la formule célèbre de l'Évêque de Laon, Aldalbéron de Laon<sup>711</sup>. Malgré tout, la chrétienté sauvegarde son caractère unifié sur le plan religieux et sa vocation universaliste<sup>712</sup>.

S'ouvre alors une troisième phase (XI<sup>ème</sup> – fin du XII<sup>ème</sup> siècles) avec l'affermissement du pouvoir papal. Il donne lieu à plusieurs réformes structurelles de l'Église, dont la plus notable résulte de la réforme grégorienne<sup>713</sup>, qui s'exprime par un affranchissement du pouvoir papal des tutelles impériales et seigneuriales.

---

<sup>709</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 170-190; voir aussi Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2.

<sup>710</sup> Maïté Billoré, Isabelle Mathieu et Carole Avignon, *La justice dans la France médiévale : VIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Armand Collin, 2012 à la p 71.

<sup>711</sup> Helvétius et Matz, *supra* note 692 à la p 118, mais surtout Le Goff, *Pour un autre Moyen-Âge*, *supra* note 69 aux pp 80- 107 et en particulier à la p 80.

<sup>712</sup> Pirenne, *supra* note 61, t 2 « De l'expansion musulmane aux traités de Westphalie » à la p 77.

<sup>713</sup> Augustin Fiche, *La réforme Grégorienne et la reconquête chrétienne : 1057-1123*, Paris, Bloud et Guay, 1950.

### c) L'affirmation de la papauté et le renouveau spirituel et intellectuel de l'Occident

Les tensions entre le Pape et l'empereur qui perdurent au XI<sup>ème</sup> siècle conduisent la papauté à mener ses propres réformes. Elles vont porter essentiellement sur les mœurs et la discipline monastique, qu'il importe de restaurer<sup>714</sup>. L'Église est en proie à la débauche et à la corruption. Il devient impératif de séparer, de manière encore plus nette, le religieux et le séculier. L'Église et ses clercs doivent retrouver une dignité et montrer l'exemple. Le processus de nomination aux charges ecclésiastiques est modifié pour empêcher l'ingérence des laïcs. Le renouveau des villes et l'essor démographique permettent la floraison d'un réseau de paroisses. Le pouvoir épiscopal s'en trouve renforcé. Les clercs de l'Église sont plus que jamais persuadés que leur mission première, dont ils sont comptables devant Dieu, consiste à mener le monde chrétien au salut. L'érémisme refait une réapparition afin de renouer avec la pureté de l'Église primitive des II<sup>ème</sup>-IV<sup>ème</sup> siècles. De nouveaux ordres religieux voient le jour. Le Pape n'est plus nommé par l'empereur mais par un collège de cardinaux<sup>715</sup>. Le Pape peut même déposer l'empereur<sup>716</sup>.

Si cette réforme grégorienne conduit à un renouveau des élites religieuses, elle permet en même temps l'émergence d'un pouvoir laïc qui exprime toute sa puissance dans une société de structure féodale<sup>717</sup> qui tente de s'approprier toutes les richesses, y compris les « *richesses spirituelles* »<sup>718</sup>.

Cette quête de la foi, comme le souligne Catherine Vincent, s'accompagne aussi d'une quête de l'intelligence<sup>719</sup>. L'école urbaine fait son apparition et concurrence l'école monastique. Le Maître devient une nouvelle figure intellectuelle. Ces nouvelles élites urbaines et religieuses se côtoient et créent de nouvelles connaissances qui trouvent souvent leurs

---

<sup>714</sup> Anne-Marie Helvétius et Jean-Michel Matz rapportent qu'à « *la veille de la conquête de l'Angleterre par le duc de Normandie en 1066, l'état de l'Église passe pour y être particulièrement déplorable : simonie, refus du célibat, transmission des charges de père en fils... L'Église de Normandie - où les abbayes ont été réformées - devient le modèle d'une restauration après la conquête* », *supra* note 692 à la p 130.

<sup>715</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 363-364.

<sup>716</sup> *Ibid* à la p 309.

<sup>717</sup> Voir à ce sujet l'excellent ouvrage de Sylvain Gougeinheim, *La réforme Grégorienne : de la lutte pour le sacré à la sécularisation du monde*, Paris, Temps présent, 2010.

<sup>718</sup> Helvétius et Matz, *supra* note 692 à la p 152.

<sup>719</sup> Catherine Vincent, *Introduction à l'histoire de l'Occident médiéval*, coll « Livre de poche », Paris, Livre de Poche, 1995 aux pp 108-111.

sources dans les sciences grecques et arabes, dont les écrits sont traduits en latin. Ce renouvellement de la pensée contribue à l'émergence d'un cursus d'enseignement axé sur les arts libéraux. Plusieurs écoles urbaines voient le jour à Paris, Orléans, Montpellier, ou encore à Bologne et Salerne. Une nouvelle dialectique se développe dans ces écoles qui souligne notamment les contradictions dans les Écritures<sup>720</sup>. Cette dialectique ouvre la voie à la pensée scolastique du XIII<sup>ème</sup> siècle.

À côté de ce renouveau intellectuel, s'amorce un renouveau spirituel. Les masses ont besoin d'une religion qui cesse d'être l'apanage exclusif des moines. La pratique de la confession faites à des laïcs (qui ne sont pas des prêtres ou des clercs de l'Église) illustre ce renouveau<sup>721</sup>. Mais ce désir de liberté religieuse ne constitue pas le signe d'un affranchissement du religieux. Bien au contraire, cette appropriation du religieux par les laïcs s'explique par la place centrale qu'occupe la religion dans leur vie. Si les laïcs se distinguent des moines par la possibilité de se marier, ils aspirent comme eux à un idéal religieux. Ce désir de perfection passe d'abord par le travail, en particulier manuel, un signe de salut<sup>722</sup>. À l'instar des ermites, cette recherche de l'idéal religieux implique obéissance et pénitence des laïcs.

La religion investit également les arts. L'Église devient un mécène artistique qui commande de nombreux projets de nature scripturale, sculpturale, picturale et architecturale. Les arts romans, d'inspiration monastique, et les arts gothiques, exprimant par l'élévation l'atteinte de la lumière Divine, vont générer de nombreuses œuvres magistrales à la gloire de Dieu<sup>723</sup>.

La réforme grégorienne constitue enfin le « *berceau du droit savant au XI<sup>e</sup> siècle* »<sup>724</sup> et Harold J. Berman voit, dans cette révolution papale, une étape essentielle de l'histoire

---

<sup>720</sup> Abélard est souvent cité comme précurseur de cette nouvelle dialectique, en particulier dans son essai le *Sic et non*; voir aussi à ce titre Christophe Erismann, *L'homme commun : la genèse du réalisme ontologique durant le Haut Moyen-Âge*, Paris, Librairie philosophique Jacques Vrin, 2011.

<sup>721</sup> Pratique qui consiste pour un laïc à avouer ses péchés à un autre laïc. Voir Rouillard, *supra* note 509 aux pp 55-57.

<sup>722</sup> Le Goff, *Pour un autre Moyen-Âge*, *supra* note 69 aux pp 108-125.

<sup>723</sup> Voir Georges Duby, *Le temps des cathédrales*, Paris, Gallimard, 1976; Marcel Duiat, *L'Art roman*, Paris Mazenod, 1962; Alain Erlande-Brandebourg, *L'Art gothique*, Paris, Mazenod, 1983.

<sup>724</sup> Ennio Cortese, « Théologie, droit canonique et droit romain : Aux origines du droit savant (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> s.) » (2002) 146:1 Comptes-rendus des séances de l'année 2002 - Académie des inscriptions et belles-lettres 57.



occidentale. Elle signe à la fois, la naissance de la notion moderne d'État et l'avènement d'un système juridique moderne<sup>725</sup>.

Tous ces événements historiques expliquent et consolident le processus de juridification et de démocratisation des aveux religieux au sein de l'Église chrétienne à partir du V<sup>ème</sup> siècle.

### **Section I. Les causes et les manifestations de la « juridification » de l'aveu religieux**

Nous avons vu dans le chapitre précédent que des pratiques pénitentielles, non sacramentales, font leur apparition entre les I<sup>er</sup>-IV<sup>ème</sup> siècles au sein d'institutions ou de communautés monastiques. Il s'agit de l'exomologèse (cet aveu qui se montre mais qui ne se dit pas) et de l'*exagoreusis*, cet aveu verbal, permanent et continu qui portent sur les pensées qui s'agitent comme un flux permanent (ces *cogitationes*) dans l'âme de tout individu. Ces deux modèles de pratiques pénitentielles ont des avantages et des inconvénients. Les avantages sont d'abord spirituels ; l'*exagoreusis* correspond à l'idéal monastique de purification et le caractère public de l'exomologèse présente les avantages de l'exemplarité. Les inconvénients, quant à eux, se devinent facilement. Il s'agit de pratiques lourdes, difficilement réalisables qui sont même dissuasives. À ces inconvénients, s'ajoutent des inconvénients politiques, économiques et sociaux qui incitent le corps religieux à envisager et à créer d'autres modèles de pénitence. De nouvelles thèses théologiques qui se fondent, notamment, sur les textes de Clément d'Alexandrie ou encore d'Origène, font déjà la promotion de l'égalité originelle des âmes et de l'accès au salut universel pour tous les fidèles. Ces idées nouvelles considèrent que raison et foi chrétienne ne sont pas incompatibles<sup>726</sup>. Elles expliquent aussi que « *l'on peut par soi-même et par une action spirituelle sur soi, assurer son propre salut et purifier son propre cœur* »<sup>727</sup>.

En raison des difficultés que posent les pratiques pénitentielles de l'époque, on souhaite non seulement préserver l'obligation de vérité qui s'intègre à ces pratiques mais aussi étendre la pratique de la pénitence au plus grand nombre. Ce double objectif passe

---

<sup>725</sup> Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 aux pp 113-118.

<sup>726</sup> Chevalier, *La pensée chrétienne*, *supra* note 553 aux pp 44-51.

<sup>727</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 172.

nécessairement par un processus de juridification des pratiques pénitentielles. Nous en analysons d'abord les causes (§1) puis, les manifestations (§2).

### **§1. Les causes de la juridification de la pratique pénitentielle**

Pour Michel Foucault, les raisons qui conduisent, entre les IV<sup>ème</sup> et VII<sup>ème</sup> siècles, l'institution religieuse à se détacher des règles formelles encadrant les deux pratiques pénitentielles connues concernent leurs difficultés matérielles d'application et leurs conditions d'exécution (A). Deuxièmement, il est très difficile pour tout le monde chrétien de s'adapter à la réalité de la vie monastique (B). L'institution monastique est aussi confrontée à une dure réalité économique. Outre la prière et la pénitence, les moines doivent se soucier de la survie de leur communauté. Le travail des moines va contribuer à organiser la vie monastique et à la réglementer différemment<sup>728</sup>. Notons que l'évolution des deux modèles religieux de la pénitence ne remet nullement en cause leur existence et leur finalité. L'obligation de vérité qui constitue la substance de ces pratiques va perdurer au cours de cette période de généralisation et d'extension de la pénitence.

Une autre influence joue sur l'évolution des pratiques pénitentielles. Cette influence vient d'un groupe de moines irlandais dont les pratiques pénitentielles insistent sur la fonction rétributive de la pénitence. Ce groupe a joué un rôle actif au VI<sup>ème</sup> siècle dans l'évangélisation de l'Europe continentale. Leurs pratiques méritent un examen particulier (C).

#### **A) Difficultés et lourdeurs des pratiques pénitentielles de l'Antiquité tardives**

La pratique d'une verbalisation permanente de ses pensées à autrui est irréaliste et irréalisable pour le moine. Difficile pour le moine alors, intenable pour son père spirituel même si celui-ci remplit toutes les conditions de bienveillance ou s'honore d'une grande sagesse spirituelle qui le prédispose à ce type d'exercice. Cette pratique de vérité bien qu'idéale, relève de l'impossible. À moins d'être un surhomme, elle est impraticable et décourage toute personne ordinaire qui voudrait entreprendre une vocation monastique.

---

<sup>728</sup> *Ibid* aux pp 169-173.

Il en est de même de l'exomologèse, cette pénitence pendant laquelle le pénitent est exclu de sa communauté et s'affiche publiquement comme un pénitent. Le pénitent se voit imposer (et s'impose même) durant sa période de pénitence, des conduites et des restrictions qui relèvent de la contrainte et de l'épreuve. Son isolement du reste de la communauté, outre les conséquences économiques et sociales qu'il engendre, provoque nécessairement un sentiment d'humiliation<sup>729</sup>. Le caractère public de l'exomologèse et sa durée aléatoire conduisent les candidats potentiels à la pénitence d'attendre la fin de leur vie pour solliciter ce statut. Certains pécheurs préfèrent conserver le secret de leur faute si elle n'a jamais été publiquement révélée<sup>730</sup>. En somme, le procédé et les épreuves que le pénitent se voit infliger, dissuadent les candidats, même les bonnes âmes, de s'engager dans cette pénitence volontaire.

Socialement et économiquement, ces pratiques pénitentielles ne sont pas viables. Mais, le risque est encore plus grand et plus grave pour les institutions chrétiennes. Elles s'aperçoivent rapidement qu'au travers de ces pratiques pénitentielles impraticables, elles risquent de perdre la maîtrise de cette obligation de vérité incombant aux fidèles, qui s'avère être véritable outil de contrôle social des croyants et de leurs pensées.

### **B) La nécessaire adaptation de la pratique pénitentielle monastique aux réalités économiques et sociales**

Quelle institution monastique et, plus largement, quelle communauté pourraient subvenir aux besoins essentiels de ses membres en concentrant l'essentiel de son activité à la pénitence? L'idéal monastique est irréaliste. Les règles et méthodes du monachisme occidental doivent par conséquent s'émanciper des modèles monacaux orientaux et établir leurs propres Règles. De nouveaux textes réglementaires vont se développer. Ils sont en général très longs, vont régir la vie du moine dans les moindre détails en réglementant l'heure de la prière, des

---

<sup>729</sup> Roger Merle, *La pénitence et la peine : Théologie – Droit canonique – Droit pénal*, Paris, Cerf/Cujas, 1985 à la p 31 : « Cette ascèse, trop onéreuse et trop humiliante, excédait les forces humaines. Elle comportait d'ailleurs trop de risque en cas d'échec. Tenter en pleine jeunesse ou en bonne santé cette expérience non renouvelable, c'était s'exposer à mourir plus tard en état de récurrence sans espoir de rachat. Les pécheurs ne se précipitaient donc pas dans l'*Ordo poenitentium*, ou ils ne consentaient à y entrer qu'*in articulo mortis* afin de ne pas gaspiller leur unique chance ».

<sup>730</sup> *Ibid.*

repas, du travail et du repos généralement consacré à l'étude des écritures<sup>731</sup>. Ces textes font surtout la promotion du travail des moines. Ce travail est principalement manuel et terrestre. La pensée augustinienne le considère vertueux parce qu'il est utile à la collectivité et à l'individu en ce qu'il contribue à fonder et à former son lien social avec la communauté<sup>732</sup>. Ne travaillait-on pas au Paradis? rappelle Saint Augustin.

Le travail des moines leur garantit aussi une vie équilibrée. Comme le soulignent Anne-Marie Helvétius et Jean-Michel Matz, il leur évite l'errance et le recours à la mendicité<sup>733</sup>. La stabilité n'est-elle pas une condition fondamentale à une bonne vie religieuse? Même si la pauvreté est valorisée dans les institutions monastiques, elle peut aussi conduire au refus d'une « *existence encadrée* »<sup>734</sup>.

Selon Nira Pancer, la vie monastique qui se réalise dans un espace clos, pose aussi la question de la régulation sociale d'une collectivité « *à effectif nombreux* »<sup>735</sup>. Cette régulation passe nécessairement et progressivement par l'instauration d'un système de pénalités qui sanctionne l'inobservation des règles de conduite et qui implique en amont une surveillance par la hiérarchie cénobitique comme le démontre avec plus de détails Foucault dans son livre *Surveiller et punir*<sup>736</sup>. La répression des fautes devient un principe et un outil de gouvernance au sein des institutions monastiques. Un code pénal et pénitentiel voit le jour au sein de presque toutes les communautés cénobitiques. La nature, l'ampleur et l'étendue des délits et des peines varient selon les codes de ces institutions. Nous les analysons ci-après en faisant l'étude des manifestations de la juridification des aveux religieux.

---

<sup>731</sup> Voir par exemple la Règle de Saint Benoît, André Gozier, *L'expérience bénédictine dans le miroir de la bible : une lecture de la règle de Saint-Benoît*, Paris, Saint-Paul, 1988.

<sup>732</sup> Sabine MacCormack, « The Virtue of Work, an Augustinian Transformation » (2002) 9 *Antiquité Tardive* 219.

<sup>733</sup> Helvétius et Matz, *supra* note 692 à la p 43.

<sup>734</sup> Michel Mollat, « La notion de pauvreté au Moyen Âge : position des problèmes » (1996) 52:159 *Revue de l'histoire de l'Église* 5 aux pp 10-12.

<sup>735</sup> Nira Pancer, « “Crimes et châtiments” monastiques : aspects du système pénal cénobitique occidental (Ve et Vie siècles) » (2003) 2 *Le Moyen Age* 261 à la p 261.

<sup>736</sup> Voir sur cette question bien évidemment l'œuvre majeure de Michel Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 [Foucault, *Surveiller et punir*].

### C) L'apparition des premières thèses sur la fonction rétributive de la pénitence

Dans son histoire de la pénitence<sup>737</sup>, Philippe Rouillard insiste sur le fait que l'étude de l'institution pénitentielle doit s'accompagner d'une connaissance aussi large que possible du Nouveau Testament et, en particulier, des Évangiles. La pénitence se fonde sur de nombreux écrits tirés des Écritures. Il cite, par exemple, les paraboles de la « brebis égarée »<sup>738</sup> et de l'« enfant prodige »<sup>739</sup> relatées dans les Évangiles de Luc<sup>740</sup> et de Matthieu<sup>741</sup>, souvent rappelées dans la pastorale chrétienne. Il rappelle les textes qui illustrent le fait que Jésus ait confié aux apôtres le pouvoir de remettre ou de retenir les péchés ou le pouvoir de lier ou de délier<sup>742</sup>. Il insiste sur les importants écrits de Paul en la matière qui se démarquent des Évangiles par la sévérité des enseignements en n'hésitant pas à parler d'excommunication des pécheurs.

Roger Merle se réfère également à d'autres sources qui rappellent « l'impérieuse nécessité » pour les chrétiens d'obtenir le salut de leurs âmes par la pénitence sous peine de subir des conséquences foudroyantes. Par exemple, le texte de Paul, Les Phillistins (2-12) dit :

---

<sup>737</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 11.

<sup>738</sup> La parabole de la Brebis égaré mentionnée dans les *Nouveau testament*, *supra* note 519, Évangile selon Luc 15, 1-7 et Matthieu 18, 12-14 : « Imaginez que l'un d'entre vous possède cent brebis, et il en a perdue une. Est-ce qu'il ne va pas laisser les quatre-vingt-dix-neuf autres dans la campagne, et courir après celle qui s'est perdue jusqu'à ce qu'il la retrouve? Quand il l'a retrouvée, il la met tout joyeux sur ses épaules et, rentré chez lui, il rassemble amis et voisins et leur dit : Partagez ma joie, car j'ai retrouvé ma brebis perdue! Je vous le dis : Il y aura plus de joie dans le ciel pour un pécheur qui se repent que pour quatre-vingt-dix-neuf justes qui n'ont pas besoin de repentir. »

<sup>739</sup> La parabole de l'« enfant prodige » mentionné dans *Ibid*, l'Évangile selon Luc, 15, 11-33 : « Un homme avait deux fils. Le plus jeune dit à son père : Père, donne-moi la part du domaine qui me revient. Et leur père leur partagea son bien. Le plus jeune fils ramassa tout et partit peu après pour un pays lointain où il dépensa son héritage dans une vie de désordres. Quant il eut tout dépensé, une grande famine s'abattit sur ce pays et il commença à manquer de tout. Il alla donc se mettre au service d'un des habitants du pays qui l'envoya dans ses champs pour garder les cochons. Là il aurait bien voulu se remplir le ventre des caroubes que mangeaient les cochons, mais personne ne lui donnait rien. Il rentra alors en lui-même : Combien d'ouvriers de mon père, se dit-il, ont du pain plus qu'il n'en faut, et moi ici je meurs de faim. Je vais me lever, retourner vers mon père, et je lui dirai : Père, j'ai péché contre le Ciel et devant toi, je ne suis plus digne d'être appelé ton fils, mais prends-moi comme l'un de tes ouvriers. Il se mit donc en route et retourna chez son père. Quant il était encore loin son père l'aperçut et fut pris de pitié; il courut se jeter à son cou et l'embrassa tendrement. Le fils alors lui dit : Père, j'ai péché contre le Ciel et devant toi je ne suis plus digne d'être appelé ton fils. Mais le père dit à ses serviteurs : Apportez vite la plus belle tunique et habillez-le, mettez-lui un anneau au doigt et des chaussures aux pieds. Allez chercher le veau gras et tuez-le, car il nous faut manger et faire la fête : mon fils que voici était mort et il est revenu à la vie, il était perdu et il est retrouvé. Et ils commencèrent à faire la fête. »

<sup>740</sup> *Ibid*, Évangile selon Luc 15, 1-7 et Luc 15, 11-1.

<sup>741</sup> L'Évangile selon Matthieu ne mentionne pas la parabole de l'« enfant prodige ».

<sup>742</sup> *Nouveau testament*, *supra* note 519, Évangile selon Matthieu 16, 18-19 et Évangile selon Jean 20, 19-23.

« Travaillez à votre salut avec crainte et tremblement »<sup>743</sup>. C'est à partir de ces textes, que l'Église souligne le fondement rétributif de la pénitence sur lesquels les moines irlandais vont s'appuyer pour encourager les âmes chrétiennes à faire pénitence<sup>744</sup>. Cette fonction rétributive de la pénitence va contribuer à la juridification des pratiques pénitentielles.

## §2. Les manifestations de la juridification de la pratique pénitentielle

La juridification de la pratique pénitentielle, ou plus exactement des deux formes de pratiques que l'on connaît alors, répond à une prise de conscience par les théologiens de la nécessité d'adapter l'idéal monastique et l'idéal pénitentiel aux réalités sociales et économiques de la période. L'exomologèse ecclésiale et l'*exagoreusis* monastique vont s'interpénétrer par un phénomène de contamination, comme l'écrit Michel Foucault<sup>745</sup>. Les nouvelles pratiques pénitentielles maintiennent l'obligation pour le pécheur de faire acte de pénitence et l'obligation de verbaliser non plus ses pensées personnelles mais la faute commise. La faute fait l'objet d'une sanction proportionnelle à sa gravité (A). Autre révolution majeure, l'acte de pénitence proprement dit va pouvoir se réaliser dans un cadre différent. On distingue, à partir du VI<sup>ème</sup> siècle, la pénitence publique de la pénitence privée (B).

### A) L'élaboration d'un système de pénalités au sein des institutions monastiques (IV<sup>ème</sup> – V<sup>ème</sup> siècle)

Afin de mieux gouverner les institutions monastiques et « afin de mater la pluralité et de l'insérer dans une discipline consentie et consacrée, seule l'élaboration d'un système de pénalités fondé sur l'observation intense des frères [peut] remédier, du moins partiellement, aux éventuelles infractions à la règle »<sup>746</sup>. Nira Pancer souligne que la volonté de punir est particulièrement étonnante dans les Règles et autres documents pénitentiels. Cette volonté rétributive se manifeste avec plus de rigueur et de sévérité que dans les règles du droit romain

---

<sup>743</sup> Merle, *supra* note 729 aux pp 21-24.

<sup>744</sup> *Ibid.*

<sup>745</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 170.

<sup>746</sup> Pancer, *supra* note 735 à la p 261.

et du droit canonique qui inspirent les institutions cénobitiques. Les Règles multiplient les occasions de punir et « élabore[ent] des techniques punitives de plus en plus complexes »<sup>747</sup>.

L'excellente analyse de Nira Pancer des principales Règles monastiques des V<sup>ième</sup>-VI<sup>ième</sup> siècles révèle trois aspects de cet engouement punitif. Le premier, l'institution monastique élargit constamment la liste des interdits. Le second, la philosophie qui sous-tend le système punitif en privilégiant une orientation thérapeutique de la peine, développe parallèlement « un système de gratifications/sanctions »<sup>748</sup>. Le troisième, la punition s'exerce principalement sur le corps et révèle ainsi une volonté d'humilier le pécheur.

Le champ des interdits dépasse celui déterminé par le droit ecclésiastique. En effet, on n'interdit pas seulement l'action de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose. On régleme désormais la manière de faire. On sanctionne les manquements aux manières de faire. Les interdictions portent non seulement sur les aspects spirituels de la vie du moine mais également, sur tous les comportements extra-spirituels des membres de la communauté qui ont un impact sur le fonctionnement de l'institution<sup>749</sup>.

La répression punitive porte sur « *le faire* », mais elle s'étend aussi au domaine de la pensée<sup>750</sup>. C'est une manière de reconnaître et de considérer la nature de l'être humain comme profondément mauvaise, « *viscéralement pécheresse* »<sup>751</sup>. Le droit ecclésiastique sanctionne le mensonge, la colère, le serment, les injures... Mais la Règle monastique s'intéresse, en plus, à la pensée invisible mais révélée ou déduite de certains actes ou de certaines abstentions des moines. Par exemple, le refus de saluer peut être considéré comme un acte de rébellion.

---

<sup>747</sup> *Ibid* à la p 262.

<sup>748</sup> *Ibid* aux pp 268-270.

<sup>749</sup> *Ibid* à la p 263 : « *Ainsi tous les interstices comportementaux que la grille du système ecclésiastique fondée sur la notion trop large de péché laissait sans intervention, devenaient punissables : négligences, inattentions, laissez aller représentaient des fautes répréhensibles. Dans ses neuf monitions types, le Maître "semble prévoir comme matière à excommunication des délits aussi minimes que parler sans être interrogé ou parler à voix haute, rire facilement ou dire un mot drôle, prendre une attitude nonchalante". Ailleurs, c'est le fait d'avoir mal fait son lit ou l'inattention pendant la lecture qui est susceptible d'être sanctionné. La RPS punit le fait de n'avoir pas appris sa leçon. La liste de Cassien est, elle aussi, fort éclairante sur ce point : attitude nonchalante, bavardage, erreur même légère dans le chant d'un psaume, le fait de s'attarder en compagnie d'un autre frère ou de bavarder avec celui qui n'habite pas la même cellule sont considérés comme des infractions* ».

<sup>750</sup> *Ibid* à la p 264, l'auteure cite par exemple toutes les manifestations de mécontentement non verbalisées, la complicité qui résulte de l'absence de dénonciation d'un pécheur, les pollutions nocturnes, sont sanctionnées.

<sup>751</sup> *Ibid*.

Les fautes sont, à l'instar du droit romain, classées en deux catégories, les fautes graves et les fautes légères. À chaque faute correspond une peine qui tient compte non seulement du degré de gravité de la faute mais également de sa nature et de sa durée. La peine devient le corrélat de la faute ou analogue à celle-ci. Nira Pancer cite l'exemple du moine qui refuse de manger, sa punition consiste en la privation d'un repas<sup>752</sup>. La peine revêt aussi une dimension thérapeutique. L'institution cénobitique s'appuie sur le droit ecclésiastique qui considère déjà la pénitence comme un remède de purification et d'amélioration de soi<sup>753</sup>. La faute constitue une maladie de l'âme et le cénobitisme considère qu'il faut accompagner le délinquant dans ce processus thérapeutique, en lui adjoignant l'assistance d'un ancien<sup>754</sup>. La peine devient correctrice et éducative.

Si ce droit pénal cénobitique se veut répressif, il est aussi préventif et reconnaissant. Il a une mission pédagogique. Il faut certes réprimer le pécheur, mais il faut aussi souligner les comportements exemplaires en récompensant leurs auteurs. Le pécheur va régresser dans la hiérarchie sociale du monastère, mais le bon élève va progresser et grimper des échelons dans l'*ordo* communautaire. C'est une manière courante de classer les individus.

Nira Pancer explique que le droit pénal cénobitique du Haut Moyen-Âge est à la fois répressif, expiatoire et curatif<sup>755</sup>. Il est plus évolué que le régime des peines du droit franc, fondé sur la compensation et sur la vengeance<sup>756</sup>.

Ce système de peines tarifées ou proportionnelles des institutions monastiques des IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> siècles, se retrouve également dans les nouvelles pratiques pénitentielles monastiques et ecclésiales qui voient le jour à partir du VI<sup>ème</sup> siècle.

---

<sup>752</sup> *Ibid* à la p 265.

<sup>753</sup> Bourque *supra* note 606 et Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 261-264; Thomas N Tentler, *Sin and Confession on the Eve of the Reformation*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1977 aux pp 4-6 et 12-16.

<sup>754</sup> Pancer, *supra* note 735 à la p 267.

<sup>755</sup> *Ibid* à la p 269.

<sup>756</sup> Voir notre Chapitre II de notre Titre II Partie I ci-après.



## **B) Les nouvelles formes de pénitence ou le souci de maintenir l'obligation de verbaliser la vérité (VI<sup>ième</sup> – XII<sup>ième</sup> siècles)**

Ces nouvelles pratiques pénitentielles que nous présentons ici préparent, doucement mais sûrement, l'institutionnalisation d'une pénitence généralisée et obligatoire pour tous les chrétiens. Elle arrivera en 1215 avec le Concile de Latran IV<sup>757</sup>.

L'apparition de ces nouvelles formes de pénitence réservent un lot de surprises. Le monachisme est, dès le IV<sup>ième</sup> siècle, fortement implanté sur le territoire de l'Europe continentale. Mais, ce sont des moines venus d'Irlande qui, au VI<sup>ième</sup> siècle, qui inspirent et initient un mouvement de réformes pénitentielles. Selon Philippe Rouillard, ces moines « *insulaires* » sont isolés et ont toujours eu peu de contacts avec l'Église romaine<sup>758</sup>. L'Église d'Irlande s'est ainsi organisée en toute indépendance. Les moines irlandais ont élaboré des manuels, des pénitentiels qui classent les péchés et indiquent au prêtre la pénitence à imposer pour chaque faute commise par le pécheur<sup>759</sup>. À la différence du continent européen, mais à l'instar de l'Orient, le monachisme irlandais s'adresse non seulement aux clercs de la communauté mais aussi aux laïcs qui vivent dans le périmètre du monastère<sup>760</sup>. Ces laïcs prennent comme habitude de confesser leur faute à un moine qui n'a pas besoin d'être un prêtre et ils sont très encouragés à se confesser. Un moine, non prêtre, peut donc administrer une pénitence, en respectant les prescriptions du manuel de référence. La pénitence doit être proportionnelle à la faute commise<sup>761</sup>. Le pénitent doit exécuter la peine dont la durée est variable et, une fois cette pénitence accomplie, il doit se présenter à nouveau devant son confesseur afin d'obtenir l'absolution<sup>762</sup>.

Cette pratique présente deux caractéristiques nouvelles : elle intervient dans un cadre privé et intègre dans son processus le principe d'une pénitence tarifée. De plus, elle a une autre caractéristique distincte : le pécheur absout de ses fautes, peut en cas de récidive,

---

<sup>757</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 67.

<sup>758</sup> *Ibid* à la p 43.

<sup>759</sup> Tentler, *supra* note 753 à la p 9.

<sup>760</sup> Pour les origines de la pénitence irlandaise, voir Thomas P Oakley, « The Origins of Irish Penitential Discipline » (1933) 19:3 *The Catholic Historical Review* 320.

<sup>761</sup> Tentler, *supra* note 753 à la p 9, voir aussi Rouillard, *supra* note 509 aux pp 43-45.

<sup>762</sup> Rouillard, *supra* note 509, l'auteur considère cependant que cette absolution est différente de la réconciliation ecclésiale.

recommencer le processus. La pénitence ecclésiale n'offrait qu'une chance au pécheur en accordant une seule et unique possibilité de réconciliation.

Ces moines irlandais, manifestement très prosélytes et animés par le souci d'évangéliser les populations des territoires voisins, parcourent l'Europe continentale dès la fin du VI<sup>ème</sup> siècle et répandent, outre la bonne parole, leur pratique pénitentielle. L'Europe spirituelle, par imitation, multiplie ces petits manuels du confesseur et le pénitentiel devient, pour les prêtres, un outil de travail très précieux. Évidemment, toute réforme ne se fait jamais sans heurts. La pratique privée de la pénitence tarifée provoque la réaction de certains évêques. Ce qu'il faut retenir de l'influence des moines irlandais : la pratique pénitentielle a quitté son nid monastique. Le prêtre d'une paroisse, armé de son pénitentiel, peut recueillir la confession des laïcs.

Philippe Rouillard mentionne qu'entre les VII<sup>ème</sup> et le IX<sup>ème</sup> siècles, le nombre de pénitentiels se multiplie. On n'en compte pas moins d'une vingtaine. La pénitence tarifée d'origine va se modifier avec le temps et parfois dévier de ses objectifs spirituels. Vraisemblablement influencés par droit franc de l'époque, certains de ces pénitentiels prévoient la possibilité de racheter un péché ou d'obtenir une compensation, une équivalence ou un substitut de la peine. Par exemple, la sanction qui prévoit « *une longue période de jeûne est compensée par des actes plus pénibles mais plus courts : au lieu de jeûner pendant un an, on peut passer trois jours et trois nuits à l'église ou dans un tombeau, sans manger, ni boire, ni dormir, en chantant des psaumes* »<sup>763</sup>.

La réforme carolingienne tente de contenir les dérives de la pénitence à l'irlandaise. Elle met en relief l'immoralité de certains clercs de l'Église et propose même d'interdire la pénitence tarifée. Elle veut du coup rétablir la pénitence ecclésiale, l'exomologèse, tombée en désuétude. Elle n'y parvient pas et accepte finalement un compromis qui laisse cohabiter deux pratiques pénitentielles: d'un côté, la pénitence publique pour les péchés les plus graves et commis publiquement, de l'autre côté, la pénitence privée pour les fautes secrètes, même graves. La gravité objective (et même la gravité subjective) de la faute ne constitue pas le

---

<sup>763</sup> Rouillard, *supra* note 509 à la p 47.

critère déterminant pour distinguer le domaine respectif des deux catégories de pénitences. Le critère déterminant, c'est le caractère notoire ou secret de la faute.

Selon Michel Foucault, outre ces adaptations des pratiques pénitentielles chrétiennes de l'Antiquité tardive, celles-ci s'imprègnent aussi de règles civiles et incorporent des pratiques laïques de résolution des conflits dans le cadre d'un « *procès pacificateur* »<sup>764</sup>. La pénitence tarifée évolue en ce sens. Le droit franc, en vigueur pendant les V<sup>ième</sup>-IX<sup>ième</sup> siècles, ne fait pas de distinction entre les affaires civiles et pénales. La vengeance privée, la *faida*, est la procédure régulière de résolution des litiges civils ou pénaux. La partie demanderesse peut décider de ne pas recourir à la vengeance en échange d'une contrepartie pécuniaire. La Loi salique, à la fin du V<sup>ième</sup> siècle, rend même la composition obligatoire<sup>765</sup>. La composition varie en fonction du délit. De nombreux pénitentiels, qui reprennent les préceptes du droit canon pour la peine<sup>766</sup>, prévoient aussi la possibilité de recourir à la composition en lieu et place de la pénitence. Par exemple, le clerc, pécheur, accepte de prendre soin de la famille de sa victime en guise de compensation<sup>767</sup>. Nous avons ici un autre exemple de copénétration du droit et du religieux autour de l'aveu<sup>768</sup>. Pour Michel Foucault, l'Église « *sert de lien entre des structures juridiques civiles et ces formes de pénitence* » que nous venons de présenter<sup>769</sup>.

Enfin, d'autres formes de pénitence voient également le jour à partir du VIII<sup>ième</sup> siècle. Il s'agit de la confession directe à Dieu, de la confession faite aux laïcs et des pèlerinages pénitentiels<sup>770</sup>. La confession directe à Dieu ne porte que sur les péchés véniels. Ces fautes peuvent être pardonnées par la récitation d'un *pater*, précise Philippe Rouillard. Elle n'est pas encouragée par les théologiens, ni par les autorités ecclésiastiques parce qu'elle permet de se passer d'intermédiaire et ne peut donc faire l'objet de contrôle.

La confession aux laïcs, en revanche, offre une formule intéressante en ce qu'elle maintient le moyen de contrôler la pensée de l'autre à l'instar des pratiques pénitentielles

---

<sup>764</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 85-86 et Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 178.

<sup>765</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 91-92.

<sup>766</sup> Adolphe Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, Paris, Alphonse Picard, 1887 à la p 123.

<sup>767</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 178.

<sup>768</sup> Voir aussi Chapitre II du titre II Partie I ci-après.

<sup>769</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 179.

<sup>770</sup> Rouillard, *supra* note 509 aux pp 53-63.

monastiques. Réservée initialement aux péchés véniels, elle s'étend progressivement aux fautes les plus graves. Cette pratique permet de pallier l'absence de prêtres, mais elle n'autorise pas le laïc à prononcer une quelconque absolution<sup>771</sup>. Seul le prêtre est investi de ce pouvoir de lier et de délier<sup>772</sup>. Elle prépare, néanmoins, le pécheur à être digne du pardon de Dieu, mais aussi, comme l'écrit Philippe Rouillard, à le « libérer de son secret »<sup>773</sup>. Le pécheur s'affranchit alors de son obligation de vérité.

Cette pratique montre aussi que le « tarif » de la confession (la pénitence tarifée) n'est peut-être plus l'élément le plus important de cette pratique de véridiction. C'est la confession qui prime, c'est le « fait de dire », l'acte d'avouer, qui prend finalement le dessus sur la pénitence ou la peine. Pour Philippe Rouillard, « dire la vérité » constitue une acte d'humilité. Les théologiens du XIII<sup>ième</sup> siècle insisteront davantage sur ce lien « confession-pardon »<sup>774</sup>. Au cours de cette période, nous retenons surtout que la manifestation de la vérité se réalise par la parole, cette parole que le « confesseur » demande au pécheur de préciser, d'en donner le sens, d'expliquer le contenu de son propos, mais demande aussi de fournir les raisons et les circonstances de son ou de ses actes. Le « confesseur » a besoin de cette information puisqu'il doit choisir la peine la plus adéquate. Cet interrogatoire a comme objectif de comprendre la situation, d'identifier le délit et de le circonscrire. Celui qui reçoit l'aveu oblige le pécheur à chercher dans sa mémoire pour qu'il ne dissimule rien et qu'il expose toutes ses fautes<sup>775</sup>. Une faute peut en cacher une autre et le « confesseur » doit essayer de la trouver. La faute recherchée doit toutefois figurer dans le pénitentiel sur lequel il se fonde. Cette pratique donnera lieu à la prise de conscience de l'existence d'un individu en tant qu'individualité singulière, un thème que nous allons traiter.

---

<sup>771</sup> Ce que confirmera plus Saint Thomas d'Aquin à la Question 8, Article 2 du supplément de la *Somme Théologique*, Paris, Cerf, 1984.

<sup>772</sup> Rouillard, *supra* note 509 aux pp 53-63.

<sup>773</sup> *Ibid* à la p 57.

<sup>774</sup> *Ibid*. Voir aussi Jean Delumeau, *L'aveu et le pardon : les difficultés de la confession XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 1990 [Delumeau, *Aveu et pardon*].

<sup>775</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 180. L'auteur cite un pénitentiel romano-germanique, sans en donner hélas les références, dans lequel il est écrit : « *Il faut que celui auquel on confesse ses fautes veille que le pénitent ne dissimule aucune de ses tares spirituelles, qu'aucun des péchés éliminés dans le pénitentiel ne demeure caché; par son insistance, celui auquel il se confessera remettra toutes ces choses en mémoire au pénitent* ».

Voilà comment la pratique pénitentielle s'est juridifiée en s'inspirant de deux modèles de base, l'exomologèse et l'*exagoreusis*. Ils donnent naissance à des codes, les pénitentiels, et organisent des procédures pour faire « dire le vrai », pour identifier le péché et le sanctionner proportionnellement.

La juridiction religieuse temporelle se substitue-t-elle ainsi à la Justice Divine ou prépare-t-elle le terrain de cette dernière (le jugement dernier)? Il est difficile de répondre à cette question. Elle s'arroge toutefois le droit de rendre justice au nom de Dieu et marque ici un signe d'émancipation de la vérité et de la justice Divine.

## **Section II. L'émergence de l'individu moderne et de sa subjectivité : de Saint Augustin à Abélard et les possibles nouvelles lectures de l'aveu (IV<sup>ème</sup>-XII<sup>ème</sup> siècles)**

Nous n'avons pas ici l'ambition de retracer la généalogie et l'historicité du concept du « moi ». Nous renvoyons le lecteur curieux au magistral essai de Charles Taylor, sur *Les sources du moi*<sup>776</sup>. Nous définissons ce « moi » comme étant le patrimoine identitaire d'une personne qui fait sa singularité. C'est ce qu'elle est réellement, de par sa nature. Sont incluses dans ce « moi », toutes les fluctuations intellectuelles et physiques qui peuvent s'opérer chez le sujet, lequel est par essence unique. Pour reprendre l'expression de Montaigne tirée des *Essais*, le « moi » est cette « *arrière boutique* » qui se cache derrière chacun de nous<sup>777</sup>. Les modernes ajouteront à la liberté, la notion de dignité dans cette identité personnelle<sup>778</sup>.

À cette étape de l'analyse, notre développement historique sur l'aveu suggère un individu de ces siècles qui doit sa conscience à celle du groupe auquel il appartient. L'homme ne prend « *conscience de soi que par rapport à une catégorie générale, c'est-à-dire en tant*

---

<sup>776</sup> *Supra* note 683.

<sup>777</sup> Michel de Montaigne, *Les Essais*, Paris, Gallimard, 2009 à la p 47, ch I, 39.

<sup>778</sup> Voir pour la définition de la dignité, Emmanuel Kant « Fondements de la métaphysique des mœurs », dans Emmanuel Kant, *Œuvres philosophiques*, éd sous la direction de Ferdinand Alquié, t II « Des prolégomènes aux écrits de 1797 », coll « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1985, 279 aux pp 301-302 : « *Dans le règne des fins, tout a un PRIX ou une DIGNITÉ. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, et par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité. Ce qui se rapporte aux inclinations et aux besoins généraux de l'homme, cela a un prix marchand; ce qui, même sans supposer de besoin, correspond à un certain goût, c'est-à-dire à la satisfaction que nous procure un simple jeu sans but de nos facultés mentales, cela a un prix de sentiment; mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité* ».

que membre d'une race, d'un peuple, d'un parti, d'une famille ou d'une corporation »<sup>779</sup>. Cette affirmation peut découler de notre analyse des droits grec, romain et juif réalisée dans le Titre I de notre thèse, et de nos observations portant sur les débuts du Moyen-Âge. Au Haut Moyen-Âge, les hommes n'ont conscience d'eux mêmes que par rapport au Divin. La prise de conscience du moi individuel, autonome et libre est impossible ou, à tout le moins, s'avère difficile. Pourtant, certains auteurs considèrent que la pensée augustinienne a contribué à l'émergence de ce moi moderne<sup>780</sup> (§1) et que la pensée et la culture du Moyen-Âge laissent entrevoir le développement de l'individu en tant qu'être indépendant de sa communauté (§2)<sup>781</sup>. Ces prémices d'une modernité annoncée ont des conséquences sur la configuration de l'aveu moral.

### **§1. L'apport de Saint Augustin sur le « moi » et la confession**

Originaire d'Afrique du Nord, Augustin naît à Thagaste<sup>782</sup> en 359 de l'ère commune, qui fait alors partie de l'Empire romain. Ses études et sa carrière de professeur de rhétorique le conduisent à Carthage, Rome et Milan. Il y mène une vie mondaine conforme à ses aspirations. À cette époque, nous l'avons vu dans notre chapitre sur le droit romain, ou encore dans l'échange entre Sénèque et Sérénus, rechercher la gloire, la richesse et la vie politique, ce qui détermine le rang social d'un individu dans la société, voilà ce qu'il faut pour réussir sa vie d'homme libre<sup>783</sup>. Augustin, avant sa conversion au christianisme, cherche l'âme sœur tout en luttant contre « *ses ardeurs bouillonnantes* »<sup>784</sup>. Il mène une vie quelque peu dissolue et s'adonne aux plaisirs charnels<sup>785</sup>. Dans son entourage, il y a peu de chrétiens. Seule sa mère pour qui il a une affection véritable est dévouée à la pratique religieuse. Son père est peu versé

---

<sup>779</sup> Barbara H Rosenwein, « Y avait-il un "moi" au haut Moyen Âge? » (2005) 307-1 Rev Historique 31 à la p 52.

<sup>780</sup> Taylor, *Les sources du moi*, *supra* note 683 aux pp 173-193; Michael Hanby, *Augustine and Modernity*, Londres et New York, Routledge, 2003; Philipp Cary, *Augustine's Invention of the Inner Self: the Legacy of Christian Platonist*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2000; Brian Stock, « Self, Soliloquy, and Spiritual Exercises in Augustine and Some Later Authors » (2011) 91:1 J Relig 5.

<sup>781</sup> Voir notamment Rosenwein, *supra* note 779 aux pp 31-52 et les auteurs cités dans son article.

<sup>782</sup> Située en Kabylie et donc Algérie d'aujourd'hui. Saint Augustin est l'un des berbères les plus célèbres.

<sup>783</sup> Tilliette, *supra* note 43 à la p 154.

<sup>784</sup> Brown, *Saint Augustin*, *supra* note 690 à la p 47.

<sup>785</sup> Saint Augustin, *Confessions*, VIII, 1 (26-27) aux pp 212-213. Pour cette œuvre de Saint Augustin, *Confessions*, nous nous référons à Saint Augustin, *Confessions*, *supra* note 42.

dans le spirituel, mais s'adonne parfois à des cultes païens<sup>786</sup>. Ses intérêts avant de se convertir sont multiples. Ses parents le poussent à étudier la rhétorique. La découverte de Cicéron le tourne vers la sagesse. Augustin fréquente les manichéens dont la pensée se résume dans l'idée que le monde est gouverné par le Bien et le Mal. Ces concepts de Bien et de Mal imprègnent fortement sa pensée. Il lit Plotin, philosophe néo-platonicien du III<sup>ème</sup> siècle, et puise chez cet auteur ses premières réflexions sur le « moi ». Il enseigne la rhétorique à Rome où il se lie à l'Évêque Ambroise qui l'initie à la lecture des Écritures. Il se détache progressivement des manichéens. La lecture des Épîtres de Paul, dans lesquels il prend conscience de l'existence du « moi », bouleverse profondément sa vie et sa pensée. Augustin décide alors de se convertir au Christianisme, il devient prêtre et puis Évêque d'Hippone en 396. Il relate, merveilleusement bien, son parcours philosophique et spirituel dans ses *Confessions*.

Cette œuvre majeure a curieusement été délaissée par Michel Foucault dans son analyse de l'aveu dans la culture occidentale. À notre connaissance, dans ses écrits, Foucault n'explique pas cette omission. Au contraire de Foucault, nous nous intéressons à la pensée d'Augustin en examinant la notion du « moi » qu'il développe (A), et nous tentons de comprendre la sorte d'aveu ou d'énoncés de vérité que constitue son ouvrage les *Confessions*. La vérité énoncée par Augustin dans cet ouvrage constitue-t-elle une expression de vérité sur lui-même comme un sujet libre et émancipé aspirant à un idéal de vie sur terre, ou résulte-t-elle de sa soumission à Dieu dans un exercice d'exposition de la Vérité Divine ou d'illustration de sa conversion? Voilà une question qui restera épineuse. Nous préférons montrer le caractère riche et polymorphe des confessions d'Augustin qui influencent, à notre avis, la configuration de l'aveu moral en Occident (B).

### **A) Augustin et le « moi » : une autre méthode introspective de soi**

Pour plusieurs auteurs, Augustin est l'un des concepteurs du « moi » moderne<sup>787</sup>. Il n'est pas le premier. Michel Foucault rappelle que les philosophies antiques platonicienne et

---

<sup>786</sup> Brown, *Saint Augustin*, *supra* note 690 aux pp 19-47 pour la jeunesse d'Augustin.

<sup>787</sup> Voir tous les auteurs cités *supra* à la note 780 et notamment Charles Taylor et Michal Hanby.

stoïcienne ont déjà abordé cette question et contribué au développement du moi moderne<sup>788</sup>. Presque tous les ouvrages qui s'intéressent à cette question donne l'exemple du dialogue entre Socrate et le jeune Alcibiade sur l'interprétation qu'il faut donner au fameux « *connais-toi toi-même* » (ou le *gnothi seauton*), l'inscription gravée à l'entrée du Temple de Delphes<sup>789</sup>. Socrate invite Alcibiade à prendre conscience de lui ou de son moi comme un devoir sans pour autant défier les Divinités par cet exercice personnel d'introspection.

Selon Augustin, Dieu est Vérité et constitue le principe constitutif de chaque être, de chaque existence<sup>790</sup>. Il appartient à chacun de rentrer au dedans de soi, « *dans le silence et le détachement des choses extérieures, pour y trouver [son] âme et pour y trouver Dieu* », à savoir d'y trouver la Vérité Divine<sup>791</sup>. Augustin dit : « *nous savons que nous sommes, impossible de se tromper là-dessus, alors même qu'on se tromperait sur tout le reste* »<sup>792</sup>. Il énonce le célèbre « *si fallor, sum* » (« *si je me trompe, c'est que j'existe* ») de la *Cité de Dieu* qui préfigure le *cogito* de Descartes, le « *je pense, donc je suis* » (« *cogito, ergo sum* »)<sup>793</sup>. La recherche de la vérité, pour Augustin, passe par la voie de l'interiorité qui implique de se débarrasser du superflu extérieur. L'être humain parvient par cet exercice à une vérité sur lui ou y trouve la Vérité de Dieu grâce à sa foi. Il est difficile de savoir si la démarche introspective proposée par Augustin a pour objectif de mieux se connaître ou si c'est le procédé par lequel Augustin renonce à sa vérité et abandonne son moi pour trouver la Vérité de Dieu. Les commentateurs ne sont pas unanimes sur cette question. Précisons qu'Augustin est très imprégné de la culture et des usages monastiques. Il fréquente assidûment un monastère à Hippone et l'ascèse monastique et la morale qu'elle véhicule pénètrent profondément sa pensée.

En dépit de cette incertitude, la méthode utilisée par Augustin pour énoncer son « moi » présente un intérêt pour notre thèse. Augustin propose une méthode dans laquelle l'exercice de mémoire est fondamental et l'usage de la parole l'est encore davantage. Augustin

---

<sup>788</sup> Voir notre Section I, Chapitre I de la Partie plus haut.

<sup>789</sup> Platon, *Alcibiade*, Paris, Garnier Flammarion, 1999 à la p 132, vers 128d-132d.

<sup>790</sup> Chevalier, *La pensée antique*, *supra* note 147 à la p 94.

<sup>791</sup> *Ibid* aux pp 94-95.

<sup>792</sup> *Ibid* à la p 95.

<sup>793</sup> Taylor, *Les sources du moi*, *supra* note 683 aux pp 178-179.



cherche la vérité à travers un dialogue, non pas avec un tiers, mais avec lui-même. Il recourt à ce type de dialogue avec lui-même dans son livre, les *Confessions*, mais il emploie surtout cette méthode dans ses *Soliloques*, un écrit dans lequel il dialogue avec la Raison, sa propre raison<sup>794</sup>.

L'acte de vérité passe par la verbalisation, par le dialogue, mais par un dialogue intérieur. La parole intime n'est pas confrontée à la parole d'un interlocuteur mais constitue tout de même un exercice rigoureux de dire la vérité. Exercice difficile également, comme le mentionne Brian Stock, car ce dialogue est empreint de sacré car Augustin y ferait usage du Langage de Dieu. Elle se distingue ainsi des paroles banales de tous les jours<sup>795</sup>. Cette parole intérieure doit être empreinte de respect envers Dieu. Les mots sont lourdement pesés et cet exercice de rigueur constitue un gage de vérité en quelque sorte. On pourrait y voir une affirmation solennelle d'Augustin de dire la vérité.

De notre point de vue, la méthode d'introspection du « moi » d'Augustin constitue un exercice spirituel qui relève davantage de l'idéal moral à poursuivre que de l'aveu de fautes en vue de faire pénitence. L'exercice aboutit certes à une vérité intime sur Augustin, mais à une vérité à garder pour soi. Le contenu de vérité personnelle qui ressort de cette introspection a pour objectif de susciter une conversion intérieure et s'inscrit dans une démarche éthique de vérité afin d'atteindre la perfection dans sa vie. Ce dialogue intérieur n'aurait pas comme objectif spécifique et primordial de procéder à l'aveu de ses fautes. On peut tout de même y voir une analyse personnelle et privée de sa propre subjectivité par Augustin.

### **B) L'aveu dans les *Confessions* d'Augustin : acte d'émancipation ou acte de soumission**

Michel Foucault, dans ses travaux sur l'aveu, ne discute pas de la pensée d'Augustin en général et ne fait pas d'analyse des *Confessions* en particulier<sup>796</sup>. Dans cette œuvre, Augustin,

---

<sup>794</sup> Saint Augustin, *Soliloques*, Paris, La Pléiade, 1927.

<sup>795</sup> Stock, *supra* note 780 à la p 7.

<sup>796</sup> Michel Foucault se réfère néanmoins à l'œuvre de Saint Augustin dans d'autres de ses écrits, voir par exemple Michel Foucault, « Sexualité et solitude » dans Foucault, *Dits et Écrits*, *supra* note 22, t 2, 987-1001 aux pp 993-996.

qui dévoile tout de même ses péchés, exposerait principalement sa conversion à la foi chrétienne, sa croyance en Dieu. C'est ce que soutient Chloë Taylor.

Chloë Taylor justifie l'absence des *Confessions* dans l'analyse foucauldienne de l'aveu par le fait que le récit d'Augustin relève davantage d'un exercice de vérité sur la foi chrétienne de l'auteur que d'une pratique de vérité de l'auteur sur lui-même<sup>797</sup>. Si Augustin use d'une certaine technique de soi dans ses *Confessions*, il ne poursuivrait pas l'objectif de s'autoanalyser mais plutôt celui de déclarer sa foi en Dieu<sup>798</sup>. Elle ajoute que dans ses *Confessions*, Augustin ne pratiquerait pas une exomologèse, ni ne mènerait une « *exagoreusis* »<sup>799</sup>.

Nous pensons qu'il possible de faire une lecture plus large des *Confessions* d'Augustin. À notre avis, cette œuvre ne se limite pas à une seule déclaration de foi par Augustin consistant à témoigner de la vérité de sa conversion et d'exprimer la Vérité de Dieu.

Dans le texte qui suit, nous proposons d'autres lectures des *Confessions* d'Augustin. D'abord, l'exercice de vérité auquel se livre Augustin dans ses *Confessions*, n'est pas si éloignée des deux pratiques exclues par Chloë Taylor. Pour Augustin, déclarer sa foi à Dieu est un acte d'obéissance puisque la foi exige l'obéissance à Dieu<sup>800</sup>. Les *Confessions* d'Augustin constituent alors un exercice de dévoilement de toutes ses pensées consistant à raconter sa vie, ses péchés, son histoire en faisant ressortir cette vérité sur lui-même dans le cadre d'une relation de pouvoir avec Dieu. Ses énoncés de vérité sur lui résulteraient d'un acte de soumission à Dieu. Il y aurait dans la démarche d'Augustin une exposition de sa vérité dans une perspective de renonciation à soi pour accéder à la Vérité de Dieu.

De plus, on peut voir dans l'exposé d'Augustin, une exposition de sa vérité en vue de contrer l'opinion d'accusateurs. Si Augustin prétend s'adresser au premier chef à Dieu, ses *Confessions* ont été rédigées pour faire taire les rumeurs sur l'absence de sincérité de sa démarche spirituelle et de sa conversion au christianisme<sup>801</sup>. Elles s'inscrivent dans une

---

<sup>797</sup> Taylor, *The Culture of Confession*, *supra* note 689 à la p 27.

<sup>798</sup> *Ibid* aux pp 27-46 pour toute sa démonstration et p 46 pour sa conclusion.

<sup>799</sup> *Ibid* à la p 27.

<sup>800</sup> C'est même l'un des fondements de sa doctrine du droit, Villey, *La formation*, *supra* note 143 aux pp 107-121.

<sup>801</sup> Tilliette, *supra* note 43 aux pp 151-152.

stratégie de défense face à de telles accusations. Ces accusations ne sont-elles pas une forme de pouvoir exercé sur Augustin? Confronté au savoir que ses accusateurs prétendent posséder sur lui, Augustin souhaite leur répondre par sa vérité et laver son honneur. De ce point de vue, les confessions d'Augustin constituent une réponse qu'il est obligé de faire pour se défendre; ses confessions constituant ainsi un aveu obligé pour rétablir la vérité à son sujet.

Nous pouvons faire une autre observation sur les *Confessions* d'Augustin. Dans cette œuvre et dans toutes les autres, Augustin, le prêtre puis l'évêque, n'offre aucun conseil ou n'édicte aucune directive à l'égard de confesseurs potentiels ou en exercice. Il ne prétend pas les éduquer sur la pénitence. Il invite seulement les pécheurs, comme lui, à dévoiler leurs péchés et insiste sur l'importance générale de les expier.

D'autres commentateurs des *Confessions* y voient l'origine d'un nouveau genre littéraire, proche du roman autobiographique; d'autres affirment que cet ouvrage constitue un simple exercice thérapeutique et salutaire pour son auteur<sup>802</sup>. Dans cet esprit, les *Confessions* relèveraient de l'aveu libre et volontaire et ne résulterait pas d'un acte de soumission assimilable à un aveu ou énoncé de vérité contraint par Dieu ou par des accusateurs.

Toutes ces explications militent en faveur de la reconnaissance des multiples facettes des confessions d'Augustin. Elles semblent avoir rempli plusieurs fonctions de véridiction et les écrits d'Augustin doivent être considérés comme une pièce philosophique importante dans la construction de l'aveu moral en Occident. Sur ce point, nos propos sont plus nuancés que ceux de Foucault qui lie l'historicité du concept d'aveu occidental au seul contexte disciplinaire monastique et chrétien. Les *Confessions* d'Augustin aurait dû faire partie de son histoire de l'aveu dans la culture occidentale.

Enfin, la pensée augustinienne, imprégnée à la fois de philosophie antique et de préoccupations d'éthique religieuse, est intéressante à d'autres égards. Par exemple, elle montre comment le christianisme contribue à la promotion de la métaphysique au détriment des philosophies rationnelles gréco-latines. La métaphysique décline les philosophies de

---

<sup>802</sup> *Ibid* aux pp 39-46; ou encore Brown, *Saint Augustin*, *supra* note 690 aux pp 193 et 199. Voir aussi l'étude intéressante de Michel Banniard, « Vrais aveux et fausses confessions du IXe au XIe siècle : vers une écriture autobiographique » dans *Actes de la table ronde de Rome*, *supra* note 43, 215.

l'Antiquité dans la production des idées. Sous un autre aspect illustré par Jean-Yves Tilliette, « le “je” qu'Augustin met en scène n'est pas un moi singulier, mais un type, un modèle »<sup>803</sup>. Augustin ne fait pas une introspection en vue de développer un portrait singulier et exhaustif de lui-même comme être autonome. En cela, ses *Confessions* seraient représentatives de la conception de l'individualité à son époque. Ce « je » n'est pas seulement l'exemple à ne pas suivre, ce « je » est surtout représentatif et en relation avec tous les autres croyants et pêcheurs<sup>804</sup>. Les *Confessions* d'Augustin sont, comme l'écrit, Jean-Yves Tilliette, une forme d'aveu exemplaire<sup>805</sup>. Les *Confessions* d'Augustin servent d'exemple et peuvent s'apparenter à ce que tout chrétien est appelé à faire lors d'une confession collective. Augustin se fait le porte-voix de tous les pécheurs et les exhorte à exprimer leurs fautes. La verbalisation des fautes, en tant que pratique ascétique, est bien présente dans cette œuvre, mais on n'y trouve pas un contenu qui se veut une autoanalyse du « moi » par Augustin afin d'acquérir une meilleure connaissance de soi selon la conception moderne du moi. À cet égard, Augustin ne fait pas un travail personnel et poussé d'introspection sur lui-même pour lui-même.

Les *Confessions* d'Augustin peuvent être lues comme construisant un modèle de vérité pour le groupe, moins une vérité sur le moi d'Augustin, qu'une vérité exemplaire pour les chrétiens. Toutefois dans cet exercice, chaque individu, à la manière d'Augustin peut devenir l'acteur de sa propre vérité. Nous avons peut-être dans cet ouvrage les prémices de l'édification d'un sujet « juridico-spirituel » doté d'une âme, responsable de son propre salut devant Dieu et qui n'a pas besoin d'intermédiaire entre lui et Dieu et qui devient responsable de sa propre conscience.

Enfin, si Augustin prétend s'adresser à Dieu dans ses *Confessions*, de concert avec Jean-Yves Tilliette, on peut s'interroger sur la nécessité d'avouer ses fautes à Dieu puisqu'Il les connaît déjà<sup>806</sup>. En rédigeant ses *Confessions* aux fins d'être publiées et publicisées, Augustin leur fait remplir une fonction d'aveu à autrui. Cet autrui, ce sont les communautés monastiques et tous les autres fidèles. Cette œuvre met ainsi l'accent sur la verbalisation d'une

---

<sup>803</sup> Tilliette, *supra* note 43 à la p 165.

<sup>804</sup> *Ibid.*

<sup>805</sup> *Ibid* aux pp 150-157.

<sup>806</sup> *Ibid.*

vérité sur soi qui confirme que l'aveu n'a de sens et d'effet que dans un rapport à autrui. Le modèle d'aveu proposé par Augustin est par conséquent novateur. Ce modèle, à notre avis, s'inscrit dans ce mouvement évolutif des modèles pénitentiels classiques aux fins d'élargir l'acte de pénitence au plus grand nombre de croyants. On peut regretter que Michel Foucault ne se soit pas intéressé à cet ouvrage d'Augustin.

## **§2. Du moi à l'individu au Moyen-Âge : ou l'extension paradoxale du contenu de l'aveu moral et le renforcement du contrôle des consciences**

Dans un article de synthèse, Barbara Rosenwein examine la question de l'existence ou de la non-existence d'un « moi » individualisé et autonome au Haut Moyen-Âge<sup>807</sup>. L'auteure met en relief le débat entre les historiens et les anthropologues sur cette question. Pour les fins de notre étude, notre question est plus étroite et s'exprime ainsi: à partir de quel moment un individu prenant conscience de son existence singulière, va-t-il revendiquer cette singularité en sa faveur? Cette question dépasse celle d'inventorier les pratiques d'exploration de ce « moi » individuel. Elle s'intéresse plutôt à décrire comment ce « moi » se manifeste ou s'exprime à cette époque dans un rapport à autrui ou par rapport à un groupe d'appartenance. L'individu, qui devient conscient de son individualité, va revendiquer des droits par rapport à un groupe de référence et auprès d'une autorité de ce groupe. Rappelons la division sociétale d'Aldabéron de Laon qui décrit au XI<sup>ème</sup> siècle sa société au regard de trois classes d'individus : les *oratores*, les *bellatores* et les *laboratores*, ces trois ordres du Moyen-Âge dans une société féodale<sup>808</sup> et qui déterminent des relations de pouvoir. C'est le contexte de notre examen.

Barbara Rosenwein conclut son analyse en affirmant l'existence d'un « moi » individuel au Moyen-Âge à compter du XII<sup>ème</sup> siècle. L'individu est un acteur visible de la société féodale à cette époque. Elle rappelle toutefois l'opinion contraire de Carolyn Bynum selon laquelle ce « moi » individuel est difficile à concevoir parce que l'être médiéval ne se conçoit lui-même qu'à travers Dieu<sup>809</sup>. Sans prendre parti dans ce débat, nous pensons que

---

<sup>807</sup> Rosenwein, *supra* note 779.

<sup>808</sup> Voir sur le sujet, Marc Bloch, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1968.

<sup>809</sup> Carolyn Bynum, *Jesus as Mother: Studies in the Spirituality of the High Middle Ages*, Berkeley, Los Angeles et Londres, University of California Press, 1982 aux pp 85-90.

cette individuation va se réaliser à cette époque par l'activité introspective liée aux pratiques chrétiennes d'aveu et de pénitence. Les réflexions d'Abélard sur le péché illustrent que cette activité d'introspection fondée sur le précepte de Socrate « *connais-toi toi même* » va évoluer en mettant l'emphase sur l'intention personnelle comme moteur du péché (A). Ce n'est plus l'extériorité de la faute ou sa manifestation visible qu'il faut sanctionner mais son intériorité, son existence dans l'esprit du pécheur. Le développement de cette notion d'intention a des répercussions considérables sur l'aveu religieux. Le pouvoir religieux peut dès lors contrôler les consciences dans la pratique des aveux-pardon (B).

### **A) Les difficiles manifestations de ce « moi » au XII<sup>ième</sup> siècle : la contribution de l'activité introspective**

Le concept du moi au Moyen-Âge n'a pas le même sens que celui qui lui est donné de nos jours<sup>810</sup>. La définition moderne de l'individu repose sur l'idée que l'individu :

*[...] apparaît fondamentalement le seul propriétaire de lui-même et qu'il est souverain. Il n'appartient à personne, ni à une personne en particulier, ni à un groupe particulier au sens où cette appartenance implique le fait d'être possédé par quelqu'un (esclave) ou d'être subordonné dans ses agissements au consentement d'un autre individu ou d'un groupe*<sup>811</sup>.

Les écrits de Jacques Le Goff, le grand spécialiste du Moyen-Âge, illustrent que l'être médiéval du XII<sup>ième</sup> est avant tout prisonnier de sa condition. Il ne s'appartient pas<sup>812</sup>. Selon Le Goff, l'individu de l'Occident médiéval appartient à une famille qui « *étouffe l'individu, en lui imposant propriété, responsabilité, actions collectives* »<sup>813</sup>. On retrouve ce poids de la famille dans les règles du droit et dans le mode de résolution des conflits de cette époque. Lorsqu'un membre de la famille est lésé, la vengeance (*faida*) est un droit familial, un droit du groupe<sup>814</sup>. Elle peut s'exercer sur n'importe quel membre de la famille de l'auteur de l'acte préjudiciable. Dans les familles seigneuriales, le lignage constitue le lien qui fait la famille et

---

<sup>810</sup> Collin Morris, *The Discovery of the Individual: 1050-1200*, Londres, SPCK, 1972 à la p 64.

<sup>811</sup> Alain Laurent, *Histoire de l'individualisme*, Paris, Presses Universitaire de France, 1993 à la p 5.

<sup>812</sup> Il faut savoir que Jacques Le Goff n'est pas contre l'idée d'une promotion de l'individu au XII<sup>ième</sup> siècle. Voir Jacques Le Goff, « La déférence a-t-elle existé au Moyen Âge? » (2000) 69:1 Communications 27 [Le Goff, « La déférence »].

<sup>813</sup> Le Goff, *L'Occident médiéval*, supra note 531 à la p 259.

<sup>814</sup> Carbasse, *Histoire*, supra note 188 aux pp 85-86.

qui impose à chaque individu qui la compose des responsabilités et des obligations<sup>815</sup>. La famille seigneuriale se caractérise par sa conception agnatique. Sa préoccupation première consiste à veiller au patrimoine commun et collectif de la famille. On trouve également cette même caractéristique dans la classe laborieuse dont le patrimoine porte, sur les fruits de l'exploitation d'une terre qui ne lui appartient pas<sup>816</sup>.

Le droit médiéval efface l'individu au profit de la règle de l'unanimité du groupe. Rompre l'unanimité dans le groupe par une conduite personnelle contraire conduit à la stigmatisation et fait jaillir la honte sur l'auteur de cette rupture<sup>817</sup>. Le groupe constitue une obsession médiévale et le Moyen-Âge regorge de corporations ou d'entités communautaires. Selon le droit canon du XII<sup>ième</sup> siècle, l'individu ne peut pas être laissé seul, « *l'isolé ne peut que mal faire* »<sup>818</sup>. L'individu n'est pas libre, il est en réalité prisonnier de sa communauté, il « *est pris dans un réseau d'obéissances, de soumissions, de solidarités* »<sup>819</sup>.

La réalité physique personnelle de l'individu n'apparaît ni dans la littérature médiévale, ni dans les arts visuels. L'individu ne se distingue et ne se singularise qu'en fonction de sa classe sociale ou de son groupe. En somme, la liberté de l'individu passe par sa communauté<sup>820</sup>. La poésie médiévale ne fait qu'exprimer une expérience commune, elle n'a rien d'autobiographique ou de personnel<sup>821</sup>. En revanche, à la fin du XI<sup>ième</sup> siècle, on voit apparaître le genre autobiographique. Les textes du moine bénédictin Otloh de Saint-Emmeran offrant plusieurs récits de sa propre vie, sont souvent cités en exemple par les historiens<sup>822</sup>, *L'histoire de mes malheurs* d'Abélard constitue un autre exemple de récit autobiographique<sup>823</sup>. L'art du portrait commence aussi à émerger en cette fin de XI<sup>ième</sup> siècle<sup>824</sup>.

---

<sup>815</sup> Le Goff, *L'Occident médiéval*, *supra* note 531 à la p 259.

<sup>816</sup> *Ibid* à la p 260.

<sup>817</sup> *Ibid* à la p 257.

<sup>818</sup> *Ibid* à la p 258.

<sup>819</sup> *Ibid*.

<sup>820</sup> *Ibid* à la p 260.

<sup>821</sup> Morris, *supra* note 810 à la p 64.

<sup>822</sup> *Ibid* aux pp 79-80.

<sup>823</sup> Abélard, *Lamentations : Histoire de mes malheurs : Correspondance avec Héloïse*, traduit par Paul Zumthor, Paris, Actes Sud, 2008.

<sup>824</sup> Morris, *supra* note 810 aux pp 88-95.

C'est dans l'activité introspective du « moi » et dans les pratiques pénitentielles que se réalise les premières manifestations du moi individuel, ce processus d'individuation, pour reprendre un terme de la psychologie<sup>825</sup>. Les récits d'Abélard sont très intéressants à ce titre.

Abélard est un théologien du XII<sup>ème</sup> siècle qui pratique et enseigne cette activité introspective à Paris. Il connaît une vie assez mouvementée et entretient des relations tendues avec ses semblables. Ses idées et ses écrits suscitent de nombreux débats sur les plans théologique et philosophique. Son personnage fait polémique. C'est un dialecticien habile qui aime débattre et prévoir les arguments de ses contradicteurs<sup>826</sup>. L'originalité de sa pensée réside dans le fait « *qu'il n'a jamais considéré l'espèce [humaine] à part des individus, ni les individus à part les uns des autres, et qu'il a cherché l'universel dans un rapport avec eux* »<sup>827</sup>.

Il fait du « connais-toi toi-même » de Socrate l'un des piliers de sa pensée et considère l'intention comme le moteur de la parole et de l'action individuelle. La recherche de l'intention « *conduit fatalement à une recherche de l'individu* »<sup>828</sup>. Il part du principe que le bien et le mal est défini par les lois Divines. Ce bien ou ce mal se détermine à partir de l'action. Il reconnaît que l'action peut être mauvaise même si l'intention initiale est bonne. Mais il considère que c'est l'intention qui définit la valeur intrinsèque de l'action. Le péché ne constitue qu'une affaire de consentement au mal<sup>829</sup>. Cette vision du péché a des conséquences sur la configuration de l'aveu moral.

### **B) Le sens du péché et le « moi » : l'influence abélardienne sur l'aveu moral**

Si l'individu ne se conçoit qu'à travers Dieu, les écrits théologiques du XIII<sup>ème</sup> siècle « *inaugurent la théologie de l'individuation* »<sup>830</sup>. Cette théologie s'élabore avec « *l'accroissement de l'activité introspective* »<sup>831</sup>. L'individu prend de plus en plus conscience

---

<sup>825</sup> *Ibid* aux pp 65-78.

<sup>826</sup> Chevalier, *La pensée chrétienne*, *supra* note 553 aux pp 207-220.

<sup>827</sup> Du Bord, *supra* note 142 à la p 127.

<sup>828</sup> Le Goff, « La déférence », *supra* note 812 à la p 28.

<sup>829</sup> *Ibid* à la p 129 et Chevalier, *La pensée chrétienne*, *supra* note 553 aux pp 207-220.

<sup>830</sup> Laurent, *supra* note 811 à la p 22.

<sup>831</sup> Hahn, *supra* note 30 à la p 55.



de ses particularités propres, en tant qu'être spécifique parmi l'universalité des êtres. Ce mouvement permet, selon Aloïs Hahn, aux théologiens comme Abélard, de développer une « *doctrine du péché* » en déplaçant l'importance accordée à l'acte extériorisant le péché vers l'intention qui anime le pécheur au moment de son péché<sup>832</sup>. La culpabilité est alors déplacée vers les intentions<sup>833</sup>.

La prise en considération des intentions du pécheur comme fondement de la culpabilité emporte des conséquences sur la confession de ses péchés. C'est toute son économie qui s'en trouve modifiée. L'aveu religieux doit non seulement donner lieu à l'énoncé de toutes ses fautes extérieures, c'est-à-dire les fautes apparentes ou visibles, comme dans la pénitence tarifée, mais doit énoncer les péchés intériorisés et secrets. On retrouve dans cette théologie du péché, une valorisation de la forme intériorisée de la pratique de la confession et de la pénitence initiée par Augustin.

Au XII<sup>ième</sup> siècle, selon Aloïs Hahn « *le pécheur reçoit le vrai pardon en annihilant la réalité intérieure du péché par la négation des intentions* »<sup>834</sup>. L'acte de contrition est transformateur de la psyché du pécheur. La pénitence n'est plus exprimée dans une épreuve physique qui fait peur et incite le pécheur à ne plus pécher mais se concrétise dans l'expression d'une douleur psychique d'avoir eu l'intention de pécher<sup>835</sup>. L'acte de contrition devient une épreuve ou une souffrance psychique. Voilà comment s'établissent, au XII<sup>ième</sup> siècle, dans les pratiques pénitentielles et des activités généralisées d'introspection, le contrôle social de la pensée et le développement de la culpabilité personnelle de l'être occidental. Cette transformation de l'aveu de ses péchés préside à l'édification de l'aveu moral et de son introduction dans les traditions juridiques occidentales. Si ce processus d'individuation associé à la confession religieuse contribue à la reconnaissance fondamentale de l'être humain comme un être libre et souverain de sa personne, il crée en même temps, « *des processus sociaux de contrôle* » de l'individu<sup>836</sup>. L'émergence du « moi » individualisé à partir d'une doctrine du

---

<sup>832</sup> *Ibid* à la p 54.

<sup>833</sup> *Ibid* à la p 55.

<sup>834</sup> *Ibid.*

<sup>835</sup> *Ibid.*

<sup>836</sup> *Ibid.*

péché exemplifiée dans les récits d'Abélard, a pour effet d'élargir le futur contenu de l'aveu moral issu de la juridification de nombreuses pratiques pénitentielles.

### **Conclusion sur le Chapitre II :**

Les pratiques pénitentielles construisent les assises morales de l'aveu entre les II<sup>ème</sup> et XII<sup>ème</sup> siècles. Le christianisme et ses institutions religieuses mettent en place un ensemble de règles qui quadrillent et encadrent tous les comportements des chrétiens au travers des pratiques pénitentielles qui donnent naissance à la pratique généralisée de l'aveu moral. Ces règles ont une fonction de contrôle individuel et social. Elles font naître une obligation de vérité personnelle que le pécheur doit énoncer et verbaliser à autrui. Cette vérité finit par s'étendre aux pensées les plus intimes du pécheur. Ces pratiques pénitentielles finissent par élaborer une doctrine subjectiviste du péché qui renforcera le contrôle social de l'individu tout en lui faisant assumer, outre la responsabilité de ses actes, la responsabilité de sa conscience. Elles contribuent en même temps au développement de la subjectivité du sujet et à l'émergence d'une conscience de son « moi » par le sujet lui-même. Elles construiront peu à peu la prise de conscience de la spécificité du sujet en tant qu'individu original et unique et lui feront réaliser sa condition d'être plus ou moins libre.

Ces règles religieuses et pénitentielles sont le produit d'un exercice rationnel de la pensée humaine même si elles s'inscrivent dans un cadre spirituel et sont censées découler de la révélation Divine. Le « confesseur » comme le pécheur doivent se référer à un ensemble de règles de fond et de procédure déterminant les fautes susceptibles d'être avouées et d'être absoutes.

Prétendre à l'existence du rationalisme dans la configuration du monde du spirituel peut paraître étonnant. Peut-être faut-il distinguer entre rationalité (un exercice de la raison) et rationalisme (élaboration d'une théorie rationnelle). Mais, selon Max Weber le religieux, bien avant l'avènement de la papauté, a toujours produit des règles formant une théorie rationaliste<sup>837</sup>. Il fait valoir deux raisons. La première : les croyances sont constitutives de sens

---

<sup>837</sup> Max Weber, *Sociologie des religions*, textes réunis, traduits et présentés par Jean-Pierre Grossein, Paris, Gallimard, 1996 aux pp 410-460. Raymond Boudon, « La rationalité du religieux selon Max Weber » (2001) 1

pour chaque croyant. La seconde : toute pensée religieuse exige une rationalisation afin de produire des explications crédibles sur des phénomènes qui l'intéressent (la souffrance, la famine, la production laitière, toute action ou sentiment naturel et humain...) afin d'en tirer des lignes utiles de conduites ou de comportements sociaux. Mais, la pensée religieuse se distingue de la pensée scientifique sur un point important, ses lignes directrices comportent une large part d'explications invérifiables et irrationnelles. Le spirituel ou la pensée religieuse n'est pas dépourvue de rationalisation selon Max Weber. La démarche religieuse de production d'un corpus de règles, à cet égard, ressemble à la démarche scientifique et l'aurait précédée<sup>838</sup>.

Selon Max Weber, la religion produit des *ethos* qui constituent des lignes de conduite qui vont diriger l'action sociale de l'individu et l'inciter à adopter une conduite raisonnable en société. Il fait une analyse pertinente à nos propos dans son œuvre *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*<sup>839</sup>. Il importe toutefois de souligner que cette conception rationaliste des croyances religieuses n'exige pas de chaque individu de faire un exercice personnel de raison et n'oblige pas celui-ci à la maîtrise de la théologie (système de pensée) pour adhérer à la croyance. La croyance peut être transmise par l'éducation ou par la socialisation<sup>840</sup>. Toute croyance nouvelle peut même être transmise par une autorité ayant le charisme de convaincre. À cet effet, la prédication au Moyen-Âge a constitué un élément important de la stratégie ecclésiastique de conversion des laïcs qui vont partager et intégrer la culture des clercs de l'Église<sup>841</sup>. Dans ce contexte, on comprend mieux les raisons qui ont favorisé la diffusion de la confession religieuse en Occident et la généralisation de l'obligation de dire la vérité.

---

L'Année sociologique 9 [Boudon, « La rationalité du religieux »]. En cela Max Weber se démarque d'Harold J. Bertram qui considère la révolution papale comme le point départ d'un rationalisme juridique.

<sup>838</sup> Foucault, *Dits et Écrits*, *supra* note 22.

<sup>839</sup> Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1985.

<sup>840</sup> Boudon, « La rationalité du religieux », *supra* note 837 aux pp 14-15.

<sup>841</sup> Jean-Claude Schmitt, *Prêcher d'exemples : Récits de prédicateurs du Moyen Âge*, Paris, Stock, 1985.

## Conclusion de la Partie I

Cette première partie de l'histoire de l'aveu que nous arrêtons au XII<sup>ième</sup> siècle nous permet d'établir cinq constats. Trois d'entre eux sont tirés de l'Antiquité et de l'Antiquité tardive et les deux autres relèvent du Haut Moyen-Âge.

Les grecs ont imaginé l'aveu dans des pratiques discursives. Il est souvent le résultat d'une capitulation ou de la reconnaissance de la supériorité de l'argumentation adverse qui s'organise dans le cadre d'une joute verbale. L'aveu est une preuve de l'infériorité du discours ou de la thèse soutenu initialement par l'avouant. Il est donc reconnaissance du pouvoir du savoir. C'est notre premier constat.

Les romains poursuivent la pensée grecque sur l'aveu mais le rejettent en tant que preuve dans le procès pénal. Toutefois, il devient rapidement un outil d'enquête pour le pouvoir. En échange d'un aveu, le locuteur obtient une protection, voire une immunité du pouvoir. Il est donc source d'information précieuse et participe ainsi à l'établissement d'une vérité. L'institutionnalisation de la torture par le droit romain confirme que l'aveu, en tant que savoir, devient une clé essentielle de l'institution judiciaire. C'est notre deuxième constat.

Le droit juif, en revanche, interdit toute juridification de l'aveu. Il ne constitue pas une preuve pour les crimes passibles de la peine capitale puisqu'il conduit l'avouant à se condamner lui-même à mort, ce que la loi juive interdit. La confession relève de la relation privée qu'entretient chaque juif avec Dieu. La confession est avant tout acte de repentance et seul Dieu est susceptible de l'accueillir. C'est notre troisième constat.

La nouvelle religion chrétienne s'empare dès l'Antiquité tardive de l'aveu en tant qu'outil de transformation et d'amélioration de soi. L'aveu constitue en effet le mécanisme par lequel tous les chrétiens doivent conduire leur activité introspective. Ce travail d'introspection, qui souligne l'émergence d'un individu conscient de sa propre subjectivité, doit être verbalisé à un tiers. Cette verbalisation fonde la légitimité de l'activité introspective du sujet et permet l'établissement d'une vérité sur le sujet par le sujet. C'est ainsi que l'aveu devient définitivement un aveu moral. C'est notre quatrième constat.

Enfin, l'aveu moral, acte verbal de vérité sur soi, fait l'objet d'une juridification progressive qui permet à l'institution religieuse d'organiser et d'opérer un contrôle social des consciences. L'aveu conduit à une sanction à laquelle le locuteur consent. Le sujet assume désormais ses péchés matériels mais aussi révèle les péchés intériorisés. L'aveu moral permet ainsi d'appréhender les pensées coupables. L'aveu moral en tant qu'*actus veritatis* ouvre ainsi la voie à l'émergence d'un aveu juridique.

## **PARTIE II. L'AVEU JURIDIQUE OU LES ASSISES SECULAIRES ET RATIONNELLES DU DROIT RELATIF A L'AVEU (DU MOYEN-ÂGE A NOS JOURS)**

Dans cette seconde partie, l'aveu prend une dimension juridique. Nous voyons comment il est progressivement institutionnalisé dans les procédures judiciaires anglaise et française à partir du XII<sup>ième</sup> siècle. Il coexiste toutefois avec l'aveu religieux qui à partir du XIII<sup>ième</sup> devient un acte obligatoire pour tous les chrétiens (**Titre I**).

À partir du XVII<sup>ième</sup> siècle, les règles modernes du droit de l'aveu commencent à se dessiner. Il devient alors un outil indispensable du processus pénal et ce, jusqu'à nos jours (**Titre II**).

## **Titre I. L'institutionnalisation de l'aveu dans la procédure judiciaire du XII<sup>ième</sup> aux XVII<sup>ième</sup> siècles en France et en Angleterre : la coexistence d'une conception religieuse et séculière de la vérité**

*No society will long tolerate a legal system in which there is no prospect of convicting unrepentant persons who commit clandestine crimes*<sup>842</sup> **John H. Langbein.**

L'histoire religieuse de l'Europe, en ce début de XIII<sup>ième</sup> siècle (siècle du Moyen-Âge classique), s'illustre par le quatrième Concile œcuménique de Latran de 1215 (communément appelé Latran IV). On insiste généralement sur l'importance de ce Concile en raison de son impact sur l'Occident médiéval et de la multitude des décrets ou canons qui y ont été arrêtés<sup>843</sup>. Par ce Concile, l'Église exprime la nécessité de réaffirmer son autorité pour contrer un mouvement de réforme naissant initié par des laïcs. Même les clercs de l'Église commencent à mettre en doute la primauté de leurs institutions chrétiennes sur celles des royaumes. Ces mêmes royaumes s'affirment un peu partout en Europe. L'Église romaine est à la tête du monde comme elle le souhaite<sup>844</sup>, mais elle doit à nouveau entreprendre une lutte pour la conservation de son sacerdoce. Le Pape Innocent III, instigateur de Latran IV, souhaite, en réponse à ces soubresauts politiques, étendre et développer un système théocratique pan européen qui passe par le développement de l'administration de l'Église en Europe. Il encourage les conquêtes extra-territoriales et la chasse aux infidèles. Il s'immisce, sans y être invité, dans les conflits entre les princes, s'octroyant un rôle d'arbitre pour mieux asseoir son autorité politique. Le Concile de Latran IV constitue l'apothéose de l'idéal papal et consacre le rôle hégémonique du pape ou de l'Église chrétienne. Ce concile couvre tous les sujets réglementant tant l'Église que la vie spirituelle et matérielle des fidèles. Ainsi, on réaffirme la

---

<sup>842</sup> John H Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, University of Chicago Press, 2006 à la p 7 [Langbein, *Torture*].

<sup>843</sup> Raymonde Foreville, « Latran I, II, III et Latran IV » dans *Histoire des conciles oecuméniques*, t 6, Paris, l'Orante, 1965 aux pp 227-321.

<sup>844</sup> *Ibid.*

profession de foi en la Sainte Trinité ; on fait de la transsubstantiation un dogme; on combat l'hérésie en fustigeant les nouvelles croyances ; on instaure un nouveau personnage dans chaque paroisse, le curé, chargé désormais de soigner les âmes ; on affirme la supériorité et la suprématie de l'Église sur le pouvoir laïc et royal ; on officialise le caractère sacramental du mariage ; on réglemente la procédure d'appel devant les tribunaux ecclésiastiques...<sup>845</sup> Ce sont plus de 70 canons qui sont édictés en 1215 à Latran. Seuls deux d'entre eux retiennent notre attention pour les fins de cette thèse.

Le premier canon du Concile, soit le XVIII<sup>ème</sup>, interdit aux clercs de dicter ou de prononcer une sentence de mort, préconise de ne rien faire qui ait un rapport au dernier supplice entraînant la mort, de n'exercer aucune chirurgie où il faut employer le fer ou le feu, ordonne la bénédiction à celui qui subit l'épreuve de l'eau chaude ou froide ou du fer chaud<sup>846</sup>. Par ce décret, l'Église interdit le système des ordalies et invite indirectement la justice séculière à mettre de côté la pratique des ordalies. Ce système des ordalies, pourtant le symbole le plus caractéristique de la Justice divine, est dorénavant interdit par l'Église alors qu'elle l'avait à l'origine organisé<sup>847</sup>. Ce changement de cap ne constitue pas une volte face soudaine de la papauté à l'égard des ordalies. Ce rejet est fondé sur des considérations morales et s'appuie sur une nouvelle conception du droit qui résulte de la résurgence du droit romain et de l'établissement d'un droit savant issu des penseurs de l'École de Bologne. Ce droit nouveau intègre et complète le droit canon. Il donne naissance à un droit romano-canonique proposant un système de preuves légales obéissant à des considérations plus rationnelles sans pour autant s'émanciper du religieux.

L'histoire de l'aveu montre qu'il y a eu un avant et un après 1215.

Le deuxième canon, le XXI<sup>ème</sup>, qui fait l'objet de notre étude, dispose que:

---

<sup>845</sup> *Ibid.*

<sup>846</sup> *Ibid* à la p 279.

<sup>847</sup> L'ordalie était entourée, dans le cadre ecclésiastique, d'une liturgie religieuse (où la messe était dite) publique et l'Église y voyait une preuve absolue, provenant de Dieu, et non de la raison humaine susceptible d'erreur. La mise en scène de l'ordalie constituait en outre une occasion de provoquer l'aveu de la part de celui qui y était soumis pour ainsi éviter l'horreur du spectacle qui allait suivre. Voir Jean Gaudemet, « Les ordalies au Moyen-Âge : doctrine, législation et pratique canonique » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 98 aux pp 120-121 [Gaudemet, « Les ordalies »].



*Tout fidèle de l'un ou l'autre sexe parvenu à l'âge de discrétion, doit lui-même confesser loyalement tous ses péchés au moins une fois l'an à son curé, accomplir avec soin, dans la mesure de ses moyens, la pénitence à lui imposée, recevoir avec respect, pour le moins à Pâques, le sacrement de l'Eucharistie, sauf si, du conseil de son curé, pour raison valable, il juge devoir s'en abstenir temporairement. Sinon, qu'il lui soit interdit d'entrer à l'église de son vivant, et qu'il soit privé de sépulture chrétienne après sa mort. Ce décret salutaire sera fréquemment publié dans les églises, de sorte que personne ne puisse couvrir son aveuglement du voile de l'ignorance. Quiconque désire pour des raisons légitimes confesser ses péchés à un autre prêtre, doit auparavant en solliciter et obtenir l'autorisation de son curé : autrement, ce prêtre ne peut valablement l'absoudre ou le lier. Le prêtre, quant à lui, doit agir avec discernement et prudence, pour savoir, tel un médecin expérimenté "verser le vin et l'huile" [Lc 10, 34] sur les plaies du blessé, s'enquérir avec soin de la situation du pécheur et des circonstances du péché, pour discerner en toute prudence le conseil opportun et appliquer le remède approprié, divers étant les moyens susceptibles de guérir le malade. Qu'il prenne garde de trahir en quoi que ce soit le pécheur, par une parole, par un signe, ou de toute autre façon. S'il a besoin d'un conseil éclairé, qu'il le sollicite prudemment sans dévoiler la personne : quiconque révèle le péché dénoncé au tribunal de la pénitence, nous statuons qu'il doit être non seulement déposé du ministère sacerdotal, mais voué à l'état de pénitent, à perpétuité, dans un monastère de stricte observance<sup>848</sup>.*

Latran IV énonce une nouvelle obligation pour le fidèle chrétien, celle de se confesser aux fins d'obtenir le pardon. Cette obligation, comme l'écrit Jean Delumeau, est censée tranquiliser les esprits mais il n'est pas sûr qu'elle privilégie la contrition, soit l'engagement moral de ne plus commettre de fautes. Sur cette sollicitation du pardon ou de l'attrition de sa faute, on n'est pas sûr si elle donne lieu à l'expression d'un remord et si elle résulte de la crainte de la punition divine ultime<sup>849</sup>. Cette obligation a davantage contribué à culpabiliser la civilisation occidentale qu'à la rassurer<sup>850</sup>. Dorénavant, cette obligation, comme l'écrit Michel Foucault, inscrit la relation entre l'homme et Dieu dans un cadre quasi-judiciaire compte tenu de sa forme<sup>851</sup>.

Nous avons vu dans notre première partie comment les institutions religieuses ont contribué à l'institutionnalisation de l'aveu dans une perspective de contrôle social

---

<sup>848</sup> Foreville, *supra* note 843 aux pp 357-358.

<sup>849</sup> Delumeau, *Aveu et pardon*, *supra* note 774 aux pp 71-78.

<sup>850</sup> *Ibid* aux pp 13-24. Voir aussi Delumeau, *Le péché*, *supra* note 542.

<sup>851</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 185.

religieux<sup>852</sup>. On a aussi montré une « juridification » de l’aveu moral, issu des pratiques pénitentielles. Pour Michel Foucault, le Concile de Latran IV poursuit et parachève ce processus de « juridification » de la pénitence avec sa sacramentalisation<sup>853</sup>. La pénitence constitue, avec ce XXI<sup>ème</sup> canon de Latran IV, une obligation qui ne repose plus sur l’existence préalable d’une faute ou du péché. Cette obligation incombe à tout fidèle. Elle constitue une obligation pour les chrétiens en raison de leur appartenance à l’Église chrétienne. Cette obligation est annuelle et doit être exécutée lors des fêtes de Pâques. Cette confession sacramentale ne peut rester dans l’ordre de l’intime; elle ne peut pas se faire à n’importe quel endroit et à n’importe qui. Le canon indique le lieu, la juridiction compétente et la procédure à respecter. La confession doit se faire auprès du prêtre de sa paroisse<sup>854</sup>. Le prêtre doit respecter les prescriptions du canon aux caractéristiques quasi médicales ; « *agir avec discernement et prudence, pour savoir, tel un médecin expérimenté “verser le vin et l’huile” [Lc 10, 34] sur les plaies du blessé, s’enquérir avec soin de la situation du pécheur et des circonstances du péché, pour discerner en toute prudence le conseil opportun et appliquer le remède approprié, divers étant les moyens susceptibles de guérir le malade* »<sup>855</sup>. Le prêtre doit observer et garantir le secret de la confession qu’il reçoit. Cette confession est un contrat synallagmatique entre deux parties, formulant l’obligation de vérité pour le pénitent, pécheur ou non pécheur et, l’obligation de recueillir cette vérité en assurant le secret des confidences pour le prêtre.

Le prêtre ne demande plus à Dieu d’absoudre le pécheur comme dans le cadre de la pénitence tarifée, il absout lui-même. Le prêtre n’est plus lié par le tarif pénitentiel. Il choisit la pénitence qu’il estime appropriée<sup>856</sup>. Il instruit, il juge et il sanctionne en vertu d’un pouvoir reçu de Jésus, donc de Dieu. Ce pouvoir délégué est celui de lier ou de délier. Michel Foucault constate que deux procédures se superposent dans cette confession issue du Concile de Latran IV, l’une sacramentaire, l’autre judiciaire. Le rapport entre l’homme et Dieu s’inscrit dès lors

---

<sup>852</sup> Voir notamment Hahn, *supra* note 30 à la p 55.

<sup>853</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 182-183.

<sup>854</sup> *Ibid* à la p 183.

<sup>855</sup> Foreville, *supra* note 843 aux pp 357-358.

<sup>856</sup> *Ibid* à la p 184.

sur une nouvelle scène, celle-ci judiciaire avec au milieu de cette scène, l'aveu du croyant<sup>857</sup>. Les conséquences qui en découleront seront immenses mais imprévisibles au moment du Concile de Latran. Le XII<sup>ème</sup> siècle médiéval baigne encore dans la féodalité, le pouvoir séculier politique et le pouvoir spirituel religieux cohabitent et rivalisent, leurs institutions se contaminent souvent et se confondent parfois.

Ce phénomène de « juridification » de l'aveu se poursuit avec la renaissance du droit romain qui donne lieu à l'émergence d'un droit savant au XII<sup>ème</sup> siècle, à l'intérieur et à l'extérieur du contexte religieux et à coté du sacrement de la confession. Les pouvoirs séculiers et religieux comprennent que l'administration de la justice constitue un instrument important de régulation sociale. La justice garantit la paix et confère un pouvoir considérable à ceux qui l'administrent<sup>858</sup>. La « juridification » généralisée des comportements des chrétiens par l'Église confère un pouvoir normatif et juridictionnel à l'Église. Elle y voit rapidement son intérêt en instrumentalisant la justice comme le moyen d'appliquer et de faire respecter ses propres règles normatives. Une justice ecclésiastique va se développer parallèlement au sacrement de la confession qui lui s'occupe de l'expiation des péchés sur terre pour permettre au pénitent de gagner son ciel.

Dans une histoire compliquée de l'interaction entre un pouvoir politique et temporel religieux et des pouvoirs politiques royaux en développement, c'est l'aveu juridique qui va maintenant retenir notre attention. L'aveu moral a contribué à l'instrumentalisation des consciences par les institutions religieuses de la pénitence. Nous démontrons que l'aveu juridique possède un ADN composé pour l'essentiel de l'ADN de l'aveu moral. L'Église a même fait en sorte que dans l'aveu juridique, cet ADN moral ne disparaisse pas. Par aveu juridique, nous entendons la confession d'un crime par son auteur dans le contexte d'une procédure judiciaire. Il peut être intra ou extrajudiciaire. Pour l'époque, cette procédure judiciaire peut être ecclésiastique ou séculière. Mettons ce nouveau développement en contexte et en perspective.

---

<sup>857</sup> *Ibid.*

<sup>858</sup> Billoré, Mathieu et Avignon, *supra* note 710 à la p 55.

Le Bas Moyen-Âge (XIV<sup>ième</sup>-XV<sup>ième</sup> siècles), se caractérise par une période de récession économique qui contraste avec l'expansion marquée des XII<sup>ième</sup> et XIII<sup>ième</sup> siècles (siècles classiques du Moyen-Âge)<sup>859</sup>. Les grandes famines, la peste, la guerre, l'exode rural, la pauvreté, les crises monétaires et fiscales, sont autant de fléaux qui s'abattent sur le monde occidental médiéval. Cette récession résulte d'une succession de mauvaises récoltes en 1315-1317 et de famines<sup>860</sup>, d'une épidémie d'une ampleur sans précédent à partir de 1348<sup>861</sup> anéantissant plus d'un tiers de la population européenne<sup>862</sup>. Si le fatalisme découle d'une analyse cyclique et circulaire de l'histoire, l'Église qui a une autre conception de l'histoire (un commencement et une fin), va instrumentaliser cette suite de catastrophes pour leur donner une explication ou une cause maléfique. Les populations auront ainsi moins la capacité d'accepter les épreuves comme le résultat d'une fatalité, ce qui contribuera à l'accentuation de leur sentiment de peur. Dans son ouvrage magistral, *Le péché et la peur* (La culpabilisation de l'Occident du XIII<sup>ième</sup> au XVIII<sup>ième</sup> siècles)<sup>863</sup>, Jean Delumeau montre que l'Occident chrétien qui s'estime menacé par de multiples ennemis, musulmans, juifs, hérétiques et, qui se croit également assailli par des menaces imaginaires et des sorcières ..., prend néanmoins le temps de l'introspection pour sombrer dans une « *culpabilisation massive* » et collective. L'Église va dans ce contexte catastrophique promouvoir « *l'intériorisation* » de la Peur du Mal et favoriser le développement de la « *conscience morale* » du croyant<sup>864</sup>. Une nouvelle peur apparaît, la peur de soi ; l'homme est devenu son propre ennemi. Par ses fautes, il peut lui-même s'exclure du royaume de Dieu. Même si dans ce contexte de menaces et de fléaux, l'Église possède le pouvoir de lier et de délier les péchés sur terre, même si l'Église prévoit le sacrement de la pénitence et la conversion pour son salut personnel, cela ne suffit pas. Elle

---

<sup>859</sup> Jacques Heers, *L'Occident aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles : Aspects économiques et sociaux*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1966; Guy Bois, *La grande dépression médiévale, XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles : Le précédent d'une crise systémique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000; Mathieu Arnoux, « Croissances et crises dans le monde médiéval XI<sup>e</sup> – XV<sup>e</sup> siècle : Réflexions et pistes de recherches » (2005) 46:1 Cahiers du monde russe 115; Philippe Contamine, *L'économie médiévale*, Paris, André Collin, 1997 aux pp 271-409.

<sup>860</sup> Arnoux, *supra* note 859 à la p 118. Henry S Lucas, « The Great European Famine of 1315, 1316 and 1317 » (1930) 5:4 Speculum 343.

<sup>861</sup> Jean-Noël Biraben, *Les hommes et la peste en France et dans les pays européens et méditerranéen*, Paris, Mouton, 1975.

<sup>862</sup> David Herlihy, *La peste noire et la mutation de l'Occident*, traduit de l'anglais par Agnès Paulian, Paris, Monfort, 1999 aux pp 56-61.

<sup>863</sup> Delumeau, *Le péché*, *supra* note 542.

<sup>864</sup> *Ibid*, notamment aux pages 1-16.

développe un nouveau discours de mépris sur l'homme et sur le monde en général. L'art se fait l'écho de cette ambiance macabre de fin du monde où la mort apparaît comme un « *interlocuteur* ». Des danses macabres aux images de squelettes et de corps cadavériques, des traditions gestuelles, textuelles et iconographiques cauchemardesques viennent amplifier la peur chez les chrétiens<sup>865</sup>. L'Église inculque fortement à la croyance chrétienne l'idée d'une fin du monde imminente. L'idée que la fin du monde est proche et que le jugement dernier arrive sous peu se perpétuera jusqu'à la fin du XV<sup>ième</sup> siècle.

Dans de telles circonstances on serait tenté de conclure: l'Église a accru considérablement son influence sur les sociétés occidentales européennes d'aujourd'hui, en ce qu'elle n'a pas cessé depuis les XII<sup>ième</sup> et XIII<sup>ième</sup> siècles de contrôler les consciences de ses fidèles tout en façonnant la psyché de l'homme occidental. C'est presque arrivé. Mais cette conclusion doit être mitigée. La volonté d'hégémonie de la religion chrétienne et la stratégie de renforcement du pouvoir pontifical dans un souci d'indépendance des pouvoirs politiques séculiers, ont conduit l'Église de cette période dans des crises sans précédent. La crise de la papauté, le grand schisme et la déchéance d'une partie du clergé ont affaibli la pensée scolastique et théologique de l'Église de cette période, ouvrant le monde occidental à de nouvelles écoles de pensée religieuses et philosophiques<sup>866</sup>.

Parallèlement, et de manière surprenante, la procédure et le droit de la preuve dans la justice ecclésiastique et laïques suivent une évolution qui est rationnelle et raisonnable si on les contraste avec les ordalies religieuses. Par ces temps de crises, on aurait pu imaginer un mouvement de retour vers un droit barbare. Au contraire, sur le continent européen, les *leges* romaines reprennent le dessus et donnent lieu à l'établissement d'un système de preuves légales dans lequel l'aveu est circonscrit. Mais si les modes de preuves ne font presque plus appel au surnaturel comme dans les ordalies, le régime probatoire au sein des tribunaux ecclésiastiques reste empreint de religieux. On ne peut pas parler de rupture totale avec le système religieux et chrétien des preuves irrationnelles. L'aménagement de l'aveu juridique,

---

<sup>865</sup> Christian Kiening, « Rencontre des vivants et des morts à la fin du Moyen-Âge » (1995) 50:5 *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 1157.

<sup>866</sup> Francis Rapp, *L'Église et la vie religieuse en Occident à la fin du Moyen-Âge*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 en particulier aux pp 102-155.

comme nous le verrons, laisse une place importante à l'irrationnel. La torture, qui accompagne souvent les procédures d'aveu, est justifiée en raison du fait qu'elle fait ressortir la vérité du jugement divin et reste utile pour asseoir la fiabilité de l'aveu ou, plus exactement, pour fonder la croyance en la fiabilité de l'aveu ainsi obtenu. Ceci perdurera dans un contexte séculier.

À côté de tribunaux ecclésiastiques, on assiste au développement d'un embryon de système judiciaire pré-moderne sur le continent européen et en Angleterre. On y retrouve une volonté manifeste de recherche de la vérité avec des moyens plus rationnels et raisonnables, mais le tout s'inscrit dans une conception dualiste de recherche de la vérité, rationnelle et religieuse. Si on assiste à la naissance de nouvelles règles de preuves et de procédure ou à la renaissance de règles romaines, la religion a une influence déterminante sur la notion de vérité et sur l'obligation de dire la vérité. Cette influence est particulièrement marquante sur l'aveu juridique.

L'aveu va devenir une preuve incontournable et généralisée dans l'administration de la justice ecclésiastique et séculière. À cet égard, on doit affirmer qu'il existe deux ordres juridiques à cette époque, ayant leur corpus normatif respectif et leurs propres tribunaux<sup>867</sup>. Ces deux systèmes, ecclésiastique et séculier, cohabitent et font de « l'aveu juridique » un mode de preuve systématique. L'aveu devient la pièce centrale de leur procédure respective. C'est dans la gestion de la peur et de la douleur que l'aveu dans les procédures ecclésiastiques et séculières vont finalement se distinguer.

Lorsque la procédure anglaise et la procédure française donneront lieu à un système juridico-judiciaire séculier différent, la fonction centrale de l'aveu restera plus importante dans la procédure inquisitoire, mais elle sera également déterminante dans la procédure accusatoire. Que la juridiction séculière soit accusatoire ou inquisitoire<sup>868</sup>, l'aveu lie la juridiction qui se met alors en branle après l'aveu. Nous examinerons comment l'aveu devient une pièce maîtresse dans le déroulement de la procédure pénale inquisitoire et accusatoire séculière. Ces

---

<sup>867</sup> Pour approfondir la question de l'ordre juridique, voir Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29:1 Cahiers de droit 91-120.

<sup>868</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 203.

deux systèmes de justice pénale sont présentés, pour les besoins de notre propos, par le droit français et par le droit anglais du XII<sup>ième</sup> au XVII<sup>ième</sup> (**Chapitre II**).

Mais il faut préalablement connaître les raisons qui permettent à l'aveu religieux et moral développé dans le contexte de pratiques pénitentielles de devenir une preuve centrale de l'ordre juridique ecclésiastique. Nous en voyons deux. Premièrement, l'Église développe à partir du VI<sup>ième</sup> siècle, avec le droit canon, un système juridique et judiciaire indépendant qui, dès le XII<sup>ième</sup> siècle, présente des caractéristiques que l'on retrouve dans un État moderne. L'Église inscrit progressivement l'aveu au centre de son propre système judiciaire pour en faire une preuve essentielle qui va lier le juge. Deuxièmement, le développement du pouvoir spirituel chrétien a donné lieu au développement d'entités politiques temporelles de l'Église qui constituent le bras séculier du pouvoir spirituel et divin de l'Église. Ce pouvoir temporel religieux commence à développer des intérêts politiques qui s'éloignent de l'exercice de sa seule mission spirituelle et divine. L'administration de la justice par l'Église temporelle constitue un excellent outil d'affirmation du pouvoir papal au plan politique. Deux régimes de véridiction au sein de deux catégories de tribunaux, les tribunaux de l'Église, les tribunaux des pouvoirs seigneuriaux et royaux, vont coexister et, dans une certaine mesure, rivaliser au cœur même de la chrétienté. C'est que nous voyons en premier (**Chapitre I**).

## **Chapitre I. L'émergence des régimes de véridiction antagonistes dans les ordres juridiques ecclésiastique et politique au Moyen-Âge**

Au cours du Moyen-Âge, tant les autorités ecclésiastiques que les divers dirigeants du pouvoir politique sur le territoire européen comprennent que la justice constitue un enjeu de pouvoir. On gouverne « *avec piété, justice et miséricorde* »<sup>869</sup>. La justice garantit la paix et l'ordre social. Le pouvoir royal, tant anglais que français, prend peu à peu conscience de son retard au regard du caractère plus développé de la justice ecclésiastique.

Pendant le Haut Moyen-Âge (V<sup>ième</sup>-XI<sup>ième</sup> siècles), les tribunaux royaux intègrent dans ses institutions aussi bien des notables laïcs qu'ecclésiastiques<sup>870</sup>. De plus, la justice, nous

---

<sup>869</sup> Billoré, Mathieu et Avignon, *supra* note 710 à la p 56.

<sup>870</sup> *Ibid* à la p 33.

rappelle Jean-Marie Carbasse, fonctionne sur le modèle de la vengeance<sup>871</sup>. Les justiciables ne se présentent pas en grand nombre devant les juridictions royales. Le pouvoir carolingien s'efforce de réorganiser le pouvoir judiciaire mais il ne contribue pas à améliorer les choses. La justice royale donne l'image d'une gigantesque mise en scène en faveur de sa propre promotion. Elle est avant tout incohérente et irrégulière tout en s'abritant dans la vertu.

La justice royale perd son influence avec la fin du règne carolingien au XI<sup>ème</sup> siècle et la justice devient la prérogative des seigneurs. Dans le système féodal de l'époque, c'est à leur niveau que s'organisent les tribunaux séculiers. D'après Marc Bloch, les seigneuries sont toutes autant laïques qu'ecclésiastiques. Le seigneur se définit avant tout par ses possessions territoriales<sup>872</sup>. Cela ne revient pas à dire que le pouvoir royal a perdu tout pouvoir juridique et toute autorité en matière de justice, mais le droit sur lequel il s'appuie n'est alors aucunement unifié. Il constitue un mélange de droit écrit et de droits coutumiers, ce qui rend difficile l'établissement d'une justice territoriale globale et unifiée. L'Église à cet égard jouit d'une avance considérable sur le pouvoir royal (**Section II**). Le pouvoir royal devra par conséquent s'affranchir de la mainmise de l'Église non seulement pour exercer un contrôle politique sur la société mais aussi, pour créer ses propres institutions de justice. Nous examinons dans un premier temps, les conditions de cette émancipation du pouvoir royal du pouvoir ecclésiastique et identifions les structures originelles qui administrent la justice royale au Moyen-Âge, dans lesquelles on recherche la vérité et on intègre les aveux (**Section I**).

### **Section I. L'écllosion de la justice royale comme symbole de la « juridification » de la société occidentale**

L'histoire de la procédure pénale, tant anglaise que française, est liée essentiellement à l'histoire de la procédure prévalant devant les juridictions royales au cours de la période sous étude<sup>873</sup>. Comme l'écrit John H. Langbein, les histoires anglaises et française se ressemblent à bien des égards, mais leur évolution et leurs institutions vont nettement se distinguer :

---

<sup>871</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 83-86.

<sup>872</sup> Bloch, *supra* note 808 aux pp 333-354.

<sup>873</sup> Langbein, *Prosecuting Crime*, *supra* note 64 à la p 211.



*Yet, there were key differences in the resources available to the French and English Monarchies which came to be reflected in the organization and in the procedures of the respective royal legal systems.*

[...]

*The most decisive factor for the future shape of French legal history was the timing of the monarchical reconstruction. It came a century later than England, in the thirteenth rather than in the twelfth century. The formative decisions made under Henry II in England in 1166 and shortly thereafter have their counterpart in France under Louis IX in 1258 and afterwards<sup>874</sup>.*

C'est un peu l'histoire de cette différence entre le développement des deux systèmes de justice anglais et français avec un siècle de décalage que nous abordons maintenant en commençant par l'Angleterre (§1) pour terminer par la France (§2).

### **§1. La mainmise rapide de l'État monarchique sur l'Église par la justice royale anglaise à partir du XII<sup>ième</sup> siècle**

Lorsque l'on étudie l'histoire de l'Angleterre, la plupart des auteurs insistent sur l'importance de son insularité géographique comme facteur qui aurait marqué non seulement sa culture distincte mais surtout son évolution politique et judiciaire différente<sup>875</sup>. Le poids de cette insularité a une influence déterminante sur le développement distinct du droit pénal et surtout de la procédure criminelle de l'Angleterre. Le développement des institutions judiciaires et celui du droit de la preuve se démarquent des règles continentales aux plans philosophique et organisationnel. On commence volontiers l'histoire du droit anglais à compter de la conquête normande de 1066 par Guillaume le Conquérant<sup>876</sup>. Mais s'agissant du droit pénal, l'année 1166 est une date tout aussi importante puisque c'est l'année de l'*Assize of*

---

<sup>874</sup> *Ibid* aux pp 211-212

<sup>875</sup> Philippe Chassaing, *Histoire de l'Angleterre : des origines nos jours*, Paris, Flammarion, 2008 à la p 17. L'auteur rapporte, à titre anecdotique une formule prononcée par l'historien et sociologue André Siegfried, professeur à Sorbonne qui commençait ces cours d'histoire de l'Angleterre de la sorte : « *Messieurs, l'Angleterre est une île, et je devrais m'arrêter là* ».

<sup>876</sup> Michel Morin, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004 aux pp 239 et 244; James F Stephen, *A History of The Criminal Law of England*, vol 1, New York, Burt Franklin, 1883 à la p 51.

*Clarendon*, au cours de laquelle le Roi Henri II instaure le système du *jury* et établit le principe du *trial on indictment* ( en fait *by jury presentment*)<sup>877</sup>.

Philippe Chassaing dans son ouvrage *l'Histoire de l'Angleterre*<sup>878</sup> souligne quelques repères historiques qui expliquent l'avance prise par le pouvoir royal anglais sur celui de la France (A). Nous poursuivons ensuite notre étude par l'analyse de l'établissement du système royal anglais de justice (B).

### **A) Quelques repères sociohistoriques expliquant l'émancipation plus rapide du pouvoir royal anglais**

Voyons quelques dates importantes avant l'arrivée de Guillaume le Conquérant. En 43, alors que les îles britanniques sont composées de roitelets celtes, les légions romaines partent à l'assaut de *Britannia*. Au IV<sup>ième</sup> siècle, le christianisme pénètre le territoire britannique et participe à l'entreprise concomitante de romanisation de l'île. Le IV<sup>ième</sup> siècle est aussi marqué par les incursions saxonnes, des populations de Germanie (alors le Nord de l'Allemagne). En 410, les dernières légions romaines quittent le sol britannique et signent en même temps le glas de l'entreprise de romanisation des esprits. Au V<sup>ième</sup> siècle, les angles et les saxons s'établissent sur l'île (dans le Norfolk et le Kent).

Au VI<sup>ième</sup> siècle, les anglo-saxons se convertissent au christianisme et l'Église temporelle anglaise s'organise rapidement. Au VIII<sup>ième</sup> siècle, elle compte déjà douze évêchés et deux archevêchés (Londres et York)<sup>879</sup>. Les rois qui se succèdent entretiennent de très bonnes relations avec l'Empire carolingien. La société anglaise est essentiellement rurale et composée de comtes (*earl*) et d'hommes libres (*churl*).

Entre les VIII<sup>ième</sup> et X<sup>ième</sup> siècles, l'île subit les invasions vikings venus du Danemark, de la Norvège et de la Suède. Ces incursions conduisent la royauté anglo-saxonne à se renforcer en réorganisant notamment ses institutions. Le Roi , désormais roi de toute l'Angleterre, procède au découpage administratif du pays en divisant le territoire en *Shires* (les

---

<sup>877</sup> Sir Frederick Pollock et Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol I, Indianapolis, Liberty Funs, 2010 à la p 146 et Hunt Janin, *Medieval Justice: Cases and Laws in France, England and Germany, 500-1500*, Jefferson (CN) et Londres, MacFarlan and Company Inc., 2004 à la p 76.

<sup>878</sup> Chassaing, *supra* note 875 aux pp 21-37 et 79-96.

<sup>879</sup> Cantorbéry deviendra un archevêché à la place de Londres plus tard.

comtés) eux-mêmes composés en sous divisions administratives, les *Hundreds* (les cents). Les *Shires* sont directement contrôlés par des shérifs (*Shire-reeves*) qui dépendent directement du Roi.

En 1066, Guillaume de Normandie envahit l'Angleterre. Pollock et Maitland, illustres historiens du droit anglais du XIX<sup>ième</sup> siècle, écrivent à ce propos que « *The Norman Conquest is a catastrophe which determines the whole future history of English law* »<sup>880</sup>. Au XII<sup>ième</sup> siècle, le couronnement du Roi d'Angleterre s'accompagne d'un sacrement. Il est le Roi par la grâce de Dieu. Le souverain s'entoure d'une cour (*Curia Regis*) qui rassemble des nobles et des dignitaires ecclésiastiques. Ils assistent le Roi et le conseillent sur les questions législatives, exécutives et même judiciaires<sup>881</sup>. La société anglaise médiévale fonctionne sur un mode féodal, très similaire à la féodalité française.

L'Église anglaise fait figure de modèle pour la papauté avant même la conquête compte tenu de sa docilité et de sa soumission au Chef de l'Église chrétienne. Les ordres religieux comme les Bénédictins et les Cisterciens, plus tard les ordres mendiants, sont bien implantés en Angleterre. Le pouvoir royal contribue financièrement aux œuvres et au fonctionnement de l'Église. L'Église dispose d'une puissance économique importante et exerce, dans le cadre du système féodal, un pouvoir politique temporel tout aussi conséquent.

Guillaume de Normandie, le Conquérant, souhaite dès son arrivée sur le territoire, inverser la tendance. Il veut établir sa propre suprématie sur l'Église en la ramenant à l'obéissance au roi. Un conflit entre les deux pouvoirs devient inévitable. Ce conflit va s'exprimer sur deux points de dissension : le privilège du for ou l'exemption des clercs à la compétence des juridictions royales et la nomination des archevêques. Après plusieurs épisodes conflictuels et tragiques<sup>882</sup>, la justice royale va prévaloir sur celle de l'Église au XII<sup>ième</sup> siècle.

---

<sup>880</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 86.

<sup>881</sup> M Morin, *supra* note 876 à la p 250.

<sup>882</sup> On se rappellera à ce titre le conflit qui opposa le Roi Henry II à Thomas Becket, archevêque de Cantorbéry, sur la question notamment du privilège du for et qui conduisit à l'assassinat de ce dernier en 1170. Voir Thomas K Compton, « The Murderers of Thomas Becket » (1973) 35:2 *The Historian* 238.

## B) L'organisation de la justice royale anglaise

Le particularisme de la procédure pénale anglaise remonte à la conquête normande et, en particulier, à l'*Assize de Clarendon*. Le droit anglais, avant l'invasion normande, est constitué d'un mélange de droit romain et de droit saxon, ce dernier devenant dominant jusqu'à la conquête normande<sup>883</sup>. L'envahisseur normand dispose de son propre droit<sup>884</sup>, mais il s'appuie sur les structures judiciaires existantes pour centraliser l'administration de la justice dans ses mains et pour créer « *l'un des systèmes juridiques les plus originaux du monde, la common law* »<sup>885</sup>. Durant les premières années de la conquête, les institutions judiciaires saxonnes continuent à rendre la justice, seuls leurs noms ont changé<sup>886</sup>. Mais examinons leur évolution en distinguant la période qui précède la conquête (1) de celle qui la suit (2).

### 1) Avant la Conquête de 1066

Avant l'établissement des normands sur les côtes de Neustrie (les actuelles côtes normandes), peu avant 912, il semble que ce soit la coutume de la nation d'origine sur le territoire qui prévaut. Il en est de même dans les autres parties de la France sous les mérovingiens et sous les carolingiens<sup>887</sup>. Nous savons qu'il n'y a pas de droit écrit<sup>888</sup>. Des gouvernements locaux, en fait de riches seigneurs, consolident un droit régional fondé sur la coutume<sup>889</sup>. Un début de structure judiciaire voit le jour. Le droit normand sur les côtes de Neustrie est composé d'éléments de droit germanique et comporte une grande composante de nature féodale. Le Duc de Normandie est à la tête d'une large armée composée d'aristocrates, il convoque les nobles afin de rendre justice, administrer le territoire et engager des guerres. Les seigneurs jouissent sur leurs vassaux des mêmes droits que les nobles dans les autres provinces. La justice se pratique de la même manière, à savoir dans le cadre de la cour seigneuriale et selon les mêmes modes de preuves alors en vigueur sur le continent (duel,

---

<sup>883</sup> *Ibid*; Pollock et Maitland, *supra* note 877 aux pp 1-63.

<sup>884</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 aux pp 64-78.

<sup>885</sup> M Morin, *supra* note 876 à la p 239.

<sup>886</sup> Ernest Glasson, *Histoire du droit et des institutions en Angleterre, Politiques, Civiles et Judiciaires*, t 2, Paris, Pédone- Lauriel, 1882 à la p 320.

<sup>887</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 aux pp 64-69.

<sup>888</sup> *Ibid* à la p 65.

<sup>889</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 65. Voir aussi le « Grand Coutumier de Normandie », disponible à la Harvard Law School Library, « Grand Coutumier de Normandie », manuscrit 91, circ 1300, en ligne : <[www.iif.harvard.edu/manifests/view/drs:11589675\\$1i](http://www.iif.harvard.edu/manifests/view/drs:11589675$1i)>.

serment et ordalies). La cour du Duc, composée des principaux seigneurs du duché, juge les affaires des vassaux directs du Duc. Elle entend en appel les décisions rendues par les cours seigneuriales dans les litiges opposant le seigneur et ses vassaux ou ceux, entre les vassaux et les roturiers. À l'instar de ce qui existe dans le reste du continent et sur le territoire français en particulier, cette procédure d'appel permet d'exercer un contrôle sur l'institution judiciaire. La cour d'appel du duché se nomme l'Échiquier de Normandie. La procédure d'appel est d'ailleurs plus facilement ouverte qu'ailleurs, ce qui rend la cour du Duc plus attractive pour les justiciables<sup>890</sup>.

Les cours des comtes et des barons viennent en dessous de la cour du Duc et jugent les litiges entre les nobles et même certaines affaires du clergé. Les Baillis et Sénéchaux représentent peu à peu le Duc. On relève aussi l'existence d'une procédure particulière, plus connue sous le nom de *clameur de haro* (*hue and cry* chez les Anglais) dont on attribue l'origine au premier duc de Normandie, Raul (ou Rollon)<sup>891</sup>. Cette procédure disparaît en France en raison de la féodalité, mais elle se maintient en Normandie et plus tard en Angleterre. Ce droit normand régional est français, par la langue d'usage, par sa technique et par son style. En fait, peu de règles auraient une origine scandinave. En résumé, le droit normand est de nature féodale, présente des caractéristiques françaises et est sous l'égide d'un pouvoir ducal très centralisé. Voyons brièvement maintenant l'impact de la Conquête sur le droit saxon alors en vigueur sur les îles anglaises.

## 2) Après la Conquête de 1066

Pour Pollock et Maitland, nous l'avons rappelé plus haut, l'invasion normande constitue une catastrophe<sup>892</sup>. Ceci étant dit, il est impossible de préjuger ce qu'aurait été le droit anglais sans l'invasion normande. Cette conquête est vécue comme une grande

---

<sup>890</sup> Glasson, *supra* note 886 aux pp 354-355.

<sup>891</sup> *Ibid* à la p 357. Mais cette procédure existait dans la loi Salique et aussi dans le droit barbare. On la retrouve dans les Coutumes de Beauvaisis Chapitre 67, Voir Philippe de Remi sire de Beaumanoir, *Coutume de Beauvaisis*, Paris, A & J Picard, 1970-1971. Cette procédure consiste pour la victime de clamer publiquement et verbalement sa plainte qui vaut accusation et qui oblige le seigneur à rendre justice. Pour une excellente étude sur la Clameur du Haro, voir Samantha Sagui, « The Hue and Cry in Medieval English Towns » (2014) 87:236 Hist Res 179.

<sup>892</sup> *Supra* note 865.

humiliation par le peuple anglais et même Blackstone au XVIII<sup>ème</sup> siècle ne peut s'empêcher de revenir hargneusement sur cette époque<sup>893</sup>.

L'un des premiers effets de la conquête normande a consisté à donner une nouvelle substance, un nouveau contenu normand aux énoncés du droit saxon<sup>894</sup>. L'influence normande atteint aussi la procédure. Il se développe finalement un droit dont le nouveau contenu est beaucoup plus rationnel. Ce droit deviendra une science très sophistiquée dira Blackstone qui finira par en reconnaître les qualités beaucoup plus tard<sup>895</sup>. Comme le fait remarquer Ernest

---

<sup>893</sup> Sir William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, vol 2, Philadelphia, JB Lippincott, 1876 au ch 30 [Blackstone 1876] : « *The nation at this period seems to have groaned under as absolute a slavery, as was in the power of a warlike, an ambitious, and a politic prince to create. The consciences of men were enslaved by four ecclesiastics, devoted to a foreign power, and unconnected with the civil state under which they lived : who now imported from Rome for the first time the whole farrago of superstitious novelties, which had been engendered by the blindness and corruption of the times, between the first mission of Augustin the monk, and the Norman conquest; such as transubstantiation, purgatory, communion in one kind, and the worship of saints and images; not forgetting the universal supremacy and dogmatical infallibility of the holy see. The laws, too, as well as the prayers, were administered in an unknown tongue. The ancient trial by jury gave way to the impious decision by battle. The forest-laws totally restrained all rural pleasures and manly recreations. And in cities and towns the case was no better; all company being obliged to disperse, and fire and candle to be extinguished, by eight at night, at the sound of the melancholy curfew. The ultimate property of all lands, and a considerable share of the present profits, were vested in the king, or by him granted out to his Norman favourites; who, by a gradual progression of slavery, were absolute vassals to the crown, and as absolute tyrants to the commons* ».

<sup>894</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 aux pp 86-94 et p 85 : « *If for a moment we turn from the substance to the language of the law, we may see how slowly what we are apt to think the most natural consequence of the Conquest manifest themselves* ».

<sup>895</sup> Blackstone 1876, *supra* note 893, vol 4 au ch 33 : « *The northern conquerors of Europe were then emerging from the grossest ignorance in point of literature; and those, who had leisure to cultivate it's progress, were such only as were cloistered in monasteries, the rest being all soldiers or peasants. And, unfortunately, the first rudiments of science which they imbibed were those of Aristotle's philosophy, conveyed through the medium of his Arabian commentators; which were brought from the east by the Saracens into Palestine and Spain, and translated into barbarous Latin. So that, though the materials upon which they were naturally employed, in the infancy of a rising state, were those of the noblest kind; the establishment of religion, and the regulations of civil polity; yet, having only such tools to work with, their execution was trifling and slimsey. Both the divinity and the law of those times were therefore frittered into logical distinctions, and drawn out into metaphysical subtilities, with a skill most amazingly artificial; but which serves no other purpose, than to shew the vast powers of the human intellect, however vainly or preposterously employed. Hence law in particular, which (being intended for universal reception) ought to be a plain rule of action, became a science of the greatest intricacy; especially when blended with the new refinements engrafted upon feodal property: which refinements were from time to time gradually introduced by the Norman practitioners, with a view to supersede (as they did in great measure) the more homely, but more intelligible, maxims of distributive justice among the Saxons. And, to say the truth these scholastic reformers have transmitted their dialect and finesses to posterity, so interwoven in the body of our legal polity, that they cannot now be taken out without a manifest injury to the substance. Statute after statute has in later times been made, to pare off these troublesome excrescences, and restore the common law to it's pristine simplicity and vigour; and the endeavour has greatly succeeded: but still the sears are deep and visible; and the liberality of our modern courts of justice is frequently obliged to have recourse to unaccountable fictions and circuities, in order to recover that equitable and substantial justice, which for a long time was totally buried under the narrow rules and fanciful niceties of metaphysical and Norman jurisprudence.* »

Glasson, au bout de trois cents ans après la Conquête, la langue anglaise a pris le dessus sur le français<sup>896</sup>. Le droit saxon, initialement composé de quelques lois royales et de droit coutumier saxon, continue à être appliqué et ses règles sont même observées par les normands, voire invoquées par ces derniers devant les tribunaux. Mais l'arrivée du droit féodal normand provoque des changements en profondeur dans le droit saxon, notamment parce qu'il est lui-même influencé par les droits romain et canonique<sup>897</sup>. Le droit romain est d'ailleurs enseigné, malgré les interdictions, dans les universités anglaises<sup>898</sup>, mais il ne s'imposera jamais dans la pratique<sup>899</sup>. Tout au plus comme nous l'avons écrit plus haut, donne-t-il une structure scientifique au droit anglais en plein renouveau.

Le dynamisme de la nouvelle royauté et la centralisation du pouvoir autour du Roi anglo-normand conduisent à la mise en place d'institutions judiciaires séculières dès le XII<sup>ième</sup> siècle que nous décrivons sommairement. L'originalité du système judiciaire anglais réside dans le passage d'une justice féodale à l'institution du procès par jury.

La justice féodale composée de cours seigneuriales gèrent les conflits entre les seigneurs et leurs vassaux et également, entre les seigneurs et les serfs (*Villeins*). La justice féodale demeure cependant sous la supervision du roi<sup>900</sup>. Nous trouvons également des cours locales au sein de la division administrative des *Shires* et des *Hundreds*. Les *Hundred courts* s'occupent des affaires ordinaires, mais aussi des affaires pénales. Déjà à cette époque, les délits sont ceux qui portent atteinte à la paix du Roi (*King's peace*)<sup>901</sup>. Au dessus des *Hundred courts*, fonctionnent également les *County courts* (Cours de comté) qui jugent notamment les délits les plus graves. Les *County courts* se réunissent annuellement<sup>902</sup>. Enfin, la justice ecclésiastique s'incorpore dans le système féodal de justice. Son domaine de compétence porte

---

<sup>896</sup> Glasson, *supra* note 886 à la p 23.

<sup>897</sup> Berman, *Law and Revolution*, *Supra* note 2 pp 295-315.

<sup>898</sup> Glasson, *supra* note 886 à la p 487 qui relève la ressemblance frappante des livres de Glanville, de Bracton, de la Fleta avec le prologue des *Institutes* de Justinien.

<sup>899</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 aux pp 119-144.

<sup>900</sup> *Ibid* aux pp 78-80.

<sup>901</sup> *Ibid* aux pp 47-50.

<sup>902</sup> John P Dawson, *A History of Lay Judges*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1960 aux pp 178-179.

sur les affaires civiles et pénales impliquant ses clercs, mais la justice royale conteste ce privilège avec véhémence et veut assujettir les clercs à sa propre justice<sup>903</sup>.

Au XII<sup>ème</sup> siècle, la justice royale anglaise est si renforcée qu'elle consacre sur le territoire la suprématie du pouvoir royal sur le pouvoir ecclésiastique et sa justice. Le Roi a mis en place ses propres juges itinérants (*Itinerant judges*) ce qui lui a permis de prendre le contrôle de la justice. Il l'a fait via la structure existante des *County courts* et des *Hundred courts*. Ces juges envoyés par le Roi parcourent le pays pour rendre la justice au nom de ce dernier. Ils contribuent aussi à unifier et à harmoniser le contenu du droit qui deviendra par leurs décisions la loi commune (*common law*)<sup>904</sup>. Les juges itinérants entendent des affaires pénales et le Roi leur demande à l'occasion de sillonner le territoire pour vider les geôles (*gaol delivery*) qui renferment les détenus en attente de leur procès. C'est la célèbre procédure du « *oyer and terminer* »<sup>905</sup>. Mais c'est surtout avec l'institution du *jury* en tant qu'organe d'accusation (*presentment jury*) (et plus tard de jugement) que la justice royale va se démarquer plus rapidement, non seulement des tribunaux ecclésiastiques, mais aussi de la justice royale continentale.

L'*Assize of Clarendon* de 1166, promulgué par le Roi Henry II, précise les modes d'accusation et quelques règles de procédure applicables pour juger les affaires criminelles. Avant 1166, la victime d'un acte criminel réglait directement son affaire avec l'auteur du délit, généralement dans le cadre d'un duel. En 1166, l'*Assize* dispose que les accusations sont désormais portées (en fait présentées) par un groupe de 12 hommes :

*In the first place the aforesaid king Henry, by thee counsel of all his barons, for the preservation of peace and the observing of justice, has decreed that an inquest shall be made throughout the separate counties, and throughout the separate hundreds, through **twelve of the more lawful men of the hundred**, and through four of the more lawful men of each township, upon oath that they will speak the truth: whether in their hundred or in their township there be any man who, since the lord king has been king, has been charged or published as being a robber or murderer*

---

<sup>903</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 139.

<sup>904</sup> M Morin, *supra* note 876 à la p 254.

<sup>905</sup> *Ibid.*



*or thief; or any one who is a harbourer of robbers or murderers or thieves. And the Justices shall make this inquest by themselves, and the sheriffs by themselves*<sup>906</sup>.

Nous avons ici les origines de l'institution du *jury of presentment*. Cette institution du *jury* a fait l'objet de bien des débats parmi les historiens du droit<sup>907</sup>. Nous résumons l'essentiel d'une thèse dominante. Selon cette thèse, on aurait ravivé après la conquête une tradition de l'ancien droit anglo-saxon qui considère le jury comme étant composé de personnes dotées d'une liberté individuelle et d'une indépendance. On réfère à un concept qui a pris le nom d'« *Anglo-Saxon liberty* »<sup>908</sup>. Cette liberté aurait été un trait différent du droit saxon d'avant la conquête par rapport aux droits continentaux influencés par le droit romain au même moment. Le *jury* est une institution dans les cours anglo-saxonnes d'avant la conquête où le juge est avant tout un juge-profane qui doit se prononcer sur le droit et les faits selon des procédés de preuve irrationnels<sup>909</sup>. Cette thèse est dominante jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle. Depuis, la recherche montre que ce genre d'institutions du jury aurait également existé dans la tradition carolingienne et dans le droit canonique<sup>910</sup>. Chose certaine, l'institution a été revitalisée après la conquête.

Les douze membres du *jury* doivent offrir au juge itinérant le fruit de leur enquête et dire si l'accusé a commis ou non un crime<sup>911</sup>. Non seulement le *jury* instruit et porte l'accusation, mais il assume la fonction de constituer la preuve pour le juge itinérant<sup>912</sup>. Certains membres du jury sont parfois des témoins directs du crime. Dans les faits, ce *jury of*

---

<sup>906</sup> Tiré de Avalon Project, Yale Law School Lilian Goldman Law Library, *Assize of Clarendon, 1166*, en ligne : <[www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp](http://www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp)> (nos modifications) [*Assize of Clarendon*].

<sup>907</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 140; Dawson, *supra* note 902 aux pp 118-129; Raoul C van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, vol 77, Londres, Quaritch, Selden Society, 1959 aux pp 57-61; Ralph V Turner, « The Origins of the Medieval English Jury: Frankish, English or Scandinavian? » (1968) 7:2 L & Hist Rev 1; Mike Macnair, « Vicinage and the Antecedents of the Jury » (1999) 17:3 L & Hist Rev 537; Frédéric Joüon des Longrais, « La preuve en Angleterre depuis 1066 », dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 193 aux pp 195-225. Voir aussi pour l'histoire du *jury* anglais l'ouvrage collectif, Roger D Groot et al, *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1988.

<sup>908</sup> Sur ce concept voir Julia Crick, « *Pristinas Libertas: Liberty and the Anglo-Saxons Revisited* » (2004) 14:6 Transactions of the Royal Historical Society 47.

<sup>909</sup> Dawson, *supra* note 902 aux pp 118-120.

<sup>910</sup> Des Longrais, *supra* note 907 aux pp 195-197 et voir surtout Macnair, *supra* note 907.

<sup>911</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 aux pp 37-43

<sup>912</sup> *Ibid* à la p 41

*presentment*, composé de représentants de la communauté doit lui-même enquêter sur ce qui s'est passé.

Rappelons que jusqu'au XIII<sup>ième</sup> siècle, le droit de la preuve en Angleterre est une coquille vide. En effet, ce sont des procédés primitifs de preuves qui tiennent lieu de vérité. Ainsi, on pratique l'ordalie qui porte encore le nom de *Judicium Dei*. On retrouve cette pratique dans le droit barbare du nord et du centre de l'Europe. C'est un mode de preuve courant en Occident durant le Haut Moyen-Âge. Les co-jureurs, les témoignages et la preuve écrite étaient aussi utilisés. On retrouve aussi le serment judiciaire par *conjuratores* (the *trial by compurgators*<sup>913</sup>) qui consiste en un serment prêté par le défendeur ou par l'accusé qui est confirmé par ses pairs. On a dans cette pratique l'équivalent d'une preuve de réputation pour contrer une accusation.

Au XIII<sup>ième</sup> siècle, le système du *jury of presentment* fonctionne sur une base consensuelle mais fréquente. L'accusé doit accepter d'être jugé dans le cadre de cette procédure. C'est aussi une manière d'éviter les épreuves des preuves irrationnelles. En 1215, lorsque l'Église abolit la pratique des ordalies, le système du *jury* permet de passer à d'autres modes de preuve puisque le cadre procédural dans lequel il fonctionne demeure relativement libre. Le système de preuves légales d'origine romano-canonique apparaît plus tard devant les tribunaux ecclésiastiques et séculiers du Continent. En tout état de cause, ce droit romano canonique n'a jamais pénétré le système judiciaire royal anglais après la Conquête. Terminons sur ce système judiciaire royal anglais en disant qu'à défaut de consentir à la procédure par *jury*, l'accusé peut être emprisonné jusqu'à ce qu'il accepte de se soumettre à la procédure par *jury*. Cette détention que l'on nomme *prison forte et dure*, donne naissance à la pratique de la *peine forte et dure* (supplices exercés en détention) afin que le détenu accepte le procès par *jury*. Nous nous expliquons sur cette pratique de la peine forte et dure dans le cadre de notre Chapitre II.

---

<sup>913</sup> *Ibid* aux pp 43-51. Les *compurgatores* (également appelés *conjuratores*) se nommaient ainsi car ils prenaient part à la purgation de l'accusé. Ils prêtaient également serment pour confirmer la sincérité des déclarations de l'accusé.

## §2. L'émancipation plus tardive de la justice royale française de la justice ecclésiastique et seigneuriale au XIII<sup>ième</sup> siècle

Au XI<sup>ième</sup> siècle, les institutions judiciaires des régions françaises obéissent aux rites de la féodalité. Le fief détermine les relations humaines, sociales et politiques. Le lien réel au fief subsume le lien personnel, mais le lignage va finir par l'emporter sur le fief<sup>914</sup>. Le Roi, dans ce système féodal, est un seigneur comme un autre ; son pouvoir se définit en fonction de la plus grande étendue de son territoire. L'Église considère que le Roi poursuit une mission religieuse, voire quasi sacerdotale<sup>915</sup>. C'est la royauté capétienne qui va user des prérogatives associées à sa suzeraineté pour établir le pouvoir royal au sommet du réseau féodal, mais cela n'arrivera qu'au XIII<sup>ième</sup> siècle, un siècle après l'Angleterre. L'exercice de la justice royale va contribuer à l'affirmation de cette nouvelle hiérarchie.

Louis IX (Saint-Louis 1258-1270) prohibe les guerres privées comme mode de règlement des conflits entre seigneurs. La réapparition du droit romain au XII<sup>ième</sup> renforce le statut de l'autorité publique royale en insistant sur son indépendance du pouvoir ecclésiastique ainsi que sur le caractère indivisible de son autorité. Les Capétiens accroissent le domaine territorial de la royauté et créent des droits régaliens à l'égard de leurs sujets. Ils reprennent le contrôle de villes, éliminent des vassaux encombrants et organisent l'administration du territoire contrôlé. Progressivement le roi « *distribue la justice et c'est ainsi que les procédures d'enquêtes, d'appel et d'arbitrage utilisées par les Capétiens au XIII<sup>ième</sup> siècle lui confèrent la garde générale de tout le royaume* »<sup>916</sup>. La justice seigneuriale décline (A) au profit de la justice royale (B).

### A) Le lent déclin de la justice seigneuriale

La justice seigneuriale constitue une composante importante du pouvoir politique dans la féodalité<sup>917</sup>. Elle est composée de la haute justice et de la basse justice, distinction mise en place à partir du XI<sup>ième</sup> siècle. À la haute justice revient la compétence sur les troubles à

---

<sup>914</sup> Bloch, *supra* note 808 aux pp 233-234; Georges Duby, *supra* note 723 à la p 85.

<sup>915</sup> Robert Descimon, « La royauté française entre féodalité et sacerdoce roi seigneur ou roi sacerdotale » (1991) 112:3 Revue de synthèse 455.

<sup>916</sup> Michel Balard, Jean-Philippe Genet et Michel Rouche, *Le Moyen-Âge en Occident*, Paris, Hachette, 2003 aux pp 139-145.

<sup>917</sup> Bloch, *supra* note 808 aux pp 495-516.

l'ordre public les plus importants, comme les crimes de sang, l'incendie volontaire, le viol, la trahison... La haute justice peut condamner à mort ou exiger des amendes importantes<sup>918</sup>. À la basse justice reviennent les affaires qui n'entrent pas dans la première catégorie et qui justifient l'imposition d'une faible amende.

En réalité, cette distinction entre haute et basse justice n'est pas toujours respectée par les seigneurs. L'administration de la basse justice constitue une source importante de revenus. La haute justice, si elle confère un certain prestige au seigneur, demeure moins lucrative que la basse justice uniquement fondée sur un système d'amendes. Dans certaines régions, les seigneurs ne peuvent se voir attribuer la responsabilité de la haute justice<sup>919</sup>. Lorsque de grands seigneurs cumulent les deux catégories de justice, ce cumul est un signe de plus grand pouvoir et a constitué un facteur de hiérarchisation des seigneuries, éventuellement un facteur de l'affermissement du pouvoir royal au détriment des seigneurs féodaux.

L'émancipation urbaine permet à certaines villes d'avoir une autonomie administrative au point de pouvoir intervenir dans la justice pénale et de pouvoir créer un tribunal autonome, composé d'un collège de magistrats municipaux, qui fonctionne à côté de la justice du Roi ou de celle du seigneur<sup>920</sup>.

La justice seigneuriale dans les régions du territoire français s'exerce en premier lieu sur les vassaux et enfin sur ceux qui « *se couchent et qui se lèvent* » sur les terres du seigneur<sup>921</sup>. Cette dernière catégorie inclut les hommes libres non nobles qui se sont affranchis du servage en payant leur émancipation et les serfs.

---

<sup>918</sup> Adhemar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire : depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882 à la p 3.

<sup>919</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 135.

<sup>920</sup> *Ibid*, l'auteur souligne également que cette justice municipale que l'on trouvait surtout dans le sud de l'Europe dès le XI<sup>e</sup> siècle, était très imprégnée de droit romain et elle fonctionnait selon les principes de la procédure inquisitoire, adoptant pour seuls modes de preuves, l'aveu et les témoignages (deux témoins idoines). Cette justice comportait un caractère très dissuasif d'une singulière sévérité, ce qui contrastait avec les juridictions municipales du nord de l'Europe qui favorisaient la transaction.

<sup>921</sup> Esmein, *supra* note 918 aux pp 4-5.

S'agissant de la justice à l'égard des vassaux, le seigneur ne les juge pas directement, mais il veille au bon déroulement de la procédure. Le vassal est jugé par ses pairs réunis en assemblée et ce, même si le conflit oppose le seigneur à l'un de ses vassaux<sup>922</sup>.

Les hommes libres non nobles, dits aussi les « *hommes de poeste, vilains, roturiers, coutumiers, ostes* »<sup>923</sup>, sont jugés par les vassaux réunis en cour féodale ou parfois par le seigneur directement<sup>924</sup>. Quant aux serfs, ils dépendent de la justice du seigneur pour tout type de litiges et ne peuvent provoquer un individu de la classe supérieure en duel.

La justice seigneuriale commence à perdre de son poids politique au cours du XIII<sup>ième</sup> siècle au profit de la justice royale. Celle-ci prend progressivement le contrôle des juridictions seigneuriales en les surveillant davantage et en intervenant plus souvent dans la procédure. Cette prise de contrôle, initiée dès le XI<sup>ième</sup> siècle<sup>925</sup>, se manifeste ainsi : le Roi considère que certains crimes nuisent aux intérêts du royaume et doivent relever de la justice du roi. La liste de tels crimes n'a jamais été arrêtée, ni préalablement précisée. Elle s'est de facto étendue avec le temps selon le bon vouloir du pouvoir royal. Le Roi ne circonscrit de tels crimes que dans des termes très vagues (crime contre l'autorité du roi, contre ses biens, contre ses agents ou autre personne placée sous sa sauvegarde) pour étendre sa juridiction<sup>926</sup>.

## **B) La lente émergence de la justice royale**

Nous avons vu comment la justice royale avait peu à peu pris le contrôle des justices seigneuriales alors qu'à cette époque le roi n'est pas encore considéré comme le chef d'une fédération féodale. Dès le XIII<sup>ième</sup> siècle, une doctrine favorable au pouvoir royal et expliquée par Philippe de Beaumanoir, soutient que le Roi peut émettre des lois et des règlements « *pour le commun profit* ». Selon certains historiens du droit, cette doctrine permet au Roi de s'émanciper de la coutume féodale et de créer des lois. « [U]ne loi nouvelle se substitue à la

---

<sup>922</sup> *Ibid.* Notons également que les que si le litige opposait deux vassaux de différent seigneur, le défendeur était jugé par ses propres pairs, si les deux litigants avaient renoncé au duel ou à la guerre.

<sup>923</sup> *Ibid* à la p 5.

<sup>924</sup> *Ibid.* Esmein relève cependant une exception. Le roturier pouvait, lorsqu'il en avait été autorisé par le seigneur, être soumis au jugement de ses pairs.

<sup>925</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 107-110.

<sup>926</sup> *Ibid* à la p 136

*coutume féodale, enfoncée en quelque sorte dans la terre elle-même, comme les racines d'un chêne trois fois séculaires* »<sup>927</sup>.

Jusqu'au XII<sup>ième</sup> siècle, le Roi rend la justice comme un seigneur dans sa seigneurie. Sa juridiction ne dépasse pas le territoire royal. Elle s'étend avec l'agrandissement de son domaine<sup>928</sup>. Compte tenu de l'accroissement de son territoire, le Roi doit déléguer son pouvoir de rendre la justice à des juges communément appelés Prévôts. À partir du XIII<sup>ième</sup> siècle, une autre catégorie d'agents judiciaires apparaît, il s'agit des Baillis et des Sénéchaux. Enfin, le dernier étage des juridictions royales se concrétise avec le Parlement, qui trouve ses origines dans la *Curia regis*. La hiérarchie juridictionnelle de la justice du Roi opère ainsi : les Baillis et Sénéchaux reçoivent les appels des décisions rendues par les Prévôts et le Parlement entend les appels portés contre les sentences des Baillis et Sénéchaux<sup>929</sup>.

Ainsi, le Roi, à partir du XIII<sup>ième</sup> siècle, affirme sa souveraineté en faisant reconnaître pacifiquement la primauté de sa justice sur les justices seigneuriales. Le Roi devient le suzerain de tous les seigneurs. Les grands vassaux recourent à la Cour du roi (*Curia regis*) pour faire arbitrer leurs différends. Par ailleurs, les légistes qui conseillent le Roi intègre des principes du droit romain aux principes féodaux<sup>930</sup>. À la fin de la féodalité, les jurisconsultes proclament le principe selon lequel les différents juges du royaume sont les seuls agents du Roi, au service de celui-ci dans sa mission de rendre la justice. Ces mêmes jurisconsultes usent à l'époque d'un adage révélateur qui traduit non seulement la volonté du Roi mais leur volonté

---

<sup>927</sup> Albert du Boys, *Histoire du droit criminel de la France : depuis le XVI<sup>e</sup> jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Durant & Pédone Lauriel, 1874 à la p 7.

<sup>928</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 9.

<sup>929</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 131. Les Baillis et Sénéchaux, à partir du XIV<sup>ième</sup> siècle, se voient attribuer une compétence criminelle quasi-exclusive laissant aux prévôts les causes pénales de faible importance. À cette même période apparaît au sein du Parlement, un commencement de chambre criminelle composée uniquement de juges laïcs puisque les gens d'Église ne pouvaient connaître d'« *affaires de sang* », voir en ce sens Esmein, *supra* note 918 à la p 21. De même que, le XV<sup>ème</sup> siècle voit aussi apparaître d'autres parlements pour répondre aux besoins créés par l'extension du domaine royal. Ces parlements vont devenir pour le roi des instruments d'une grande efficacité pour lutter contre la féodalité puisque ce sont ces institutions qui auront juridiquement le dernier mot. C'est ainsi que les justices royales connaissent des grandes causes criminelles au détriment des tribunaux seigneuriaux et ecclésiastiques. Rappelons qu'à l'époque féodale, il n'existe pas de séparation entre les pouvoirs. La conception de la justice y est très large, le juge de l'Ancien Régime rend des actes judiciaires, mais aussi administratifs, règlementaires, voire législatifs. La justice constitue donc un enjeu de pouvoir primordial, l'objet d'une course au pouvoir opposant les justices particulières (ecclésiastique, seigneuriale, urbaine) à la justice royale.

<sup>930</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 21.

personnelle de lutter contre les juridictions particulières : « *le roi est fontaine de toute justice* »<sup>931</sup>.

Le peuple considère peu à peu que la justice relève exclusivement de la prérogative royale. Juger constitue au demeurant une fonction d'essence divine que le Roi, à mesure que son royaume grandit, ne peut plus remplir seul. Il s'entoure et délègue sa fonction de juger à des magistrats<sup>932</sup>. La justice devient une justice déléguée par le Roi, mais aussi déléguée par Dieu au Roi. Soulignons que la royauté capétienne dans la reconquête du pouvoir de rendre la justice élabore un discours religieux en fondant son pouvoir sur une allégation de prédestination divine<sup>933</sup>. Dès Louis IX, la pratique de la justice royale est réputée d'inspiration divine. Cette conception déiste du droit émanant du Roi et la source divine de la fonction de juger, vont perdurer dans la culture juridique et judiciaire française même lorsque le droit français s'élaborera avec plus de rationalité<sup>934</sup>. Nous y reviendrons.

Commentons brièvement la fonction législative du pouvoir royal. Aux XII<sup>ième</sup> et XIII<sup>ième</sup> siècles, le Roi (et ceci vaudra pour tous les rois européens) commence à édicter des lois qui consistent bien souvent à mettre par écrit d'anciennes coutumes. On a souvent dit que cette fonction législative résulte de la renaissance du droit romain. C'est un argument de justification de la fonction législative du Roi mais qui n'explique pas sa raison d'être<sup>935</sup>. Outre le droit romain, le droit canon influence la procédure royale et constitue une source de l'ancien droit pénal laïc<sup>936</sup>. Si le pouvoir législatif du Roi a pour conséquence le développement d'une fonction de l'État moderne, on ne peut cependant prétendre que ce pouvoir législatif a eu de l'importance pour définir les crimes à cette époque. Le système pénal reste très morcelé ; on a affaire à des juridictions concurrentes et contradictoires en matières criminelles. De plus, à côté de la justice royale déléguée à des magistrats, le Roi se garde une prérogative de justice

---

<sup>931</sup> *Ibid.*

<sup>932</sup> Ernest Lavisse, *Histoire de France des origines à la Révolution*, t II, Paris, Hachette, 1903 aux pp 175-178.

<sup>933</sup> *Ibid* aux pp 144-175.

<sup>934</sup> Harold J. Berman, *Droit et Révolution : L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Paris, Fayard, 2010, aux pp 44-47 [Berman, Droit et Révolution].

<sup>935</sup> Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 à la p 422.

<sup>936</sup> André Laingui, « Le droit pénal canonique source de l'ancien droit pénal laïc » dans *Églises et pouvoir politique : Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers, 30 mai - 1<sup>er</sup> juin 1985*, Angers, Presses de l'Université d'Angers, 1987 aux pp 213-232.

personnelle, dite ‘retenue’, qui lui permet de retenir une affaire pour la juger personnellement au détriment de toute autre juridiction<sup>937</sup>.

Cette suprématie tardive de la justice royale comparée à la justice de la Couronne britannique donne lieu à la création d’une procédure pénale qui restera semblable et tributaire de celle du droit romano-canonique fondé sur un système de preuves légales qui privilégie l’aveu et les témoignages. La procédure pénale inquisitoire continentale devant les juridictions royales françaises reçoivent ce système de preuves légales en héritage du droit romano-canonique et des tribunaux ecclésiastiques et même, faut-il le dire, des juridictions spéciales de l’Inquisition.

Pour décrire adéquatement le système de preuves légales et le fonctionnement de cette procédure inquisitoire devant les juridictions royales françaises, il faut par conséquent examiner comment cela se passe devant les juridictions ecclésiastiques et ce que prévoit le droit romano-canonique à cette époque.

Pour produire un aveu, rien ne vaut la torture selon ce droit. Alors que le droit anglais commence à développer des règles de preuve différentes en raison du système du *jury* et de l’abolition des ordalies, le droit pénal français, quant à lui, va institutionnaliser la torture comme procédé de vérité<sup>938</sup>. Cette procédure et le contenu très complexe du droit romano-canonique font en sorte que de nombreux agents de justice sont incapables de faire face à cette nouvelle complexité du droit et de sa procédure. Ils délaissent leurs fonctions et laissent la place à de nouveaux magistrats, des professionnels cette fois. Ces nouveaux juges sont plus imprégnés de la culture juridique romano-canonique qui est elle-même très ancrée dans les institutions juridictionnelles ecclésiastiques<sup>939</sup>. Examinons cette question préalable plus en détails.

---

<sup>937</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 142.

<sup>938</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 aux pp 4-8.

<sup>939</sup> Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 à la p 86.



## **Section II. La contribution du pouvoir ecclésiastique à l'élaboration d'une procédure inquisitoire et à la reconnaissance de la primauté de l'aveu comme mode de preuve dans les juridictions royales**

Depuis sa naissance, l'Église chrétienne n'a cessé de produire du droit, un droit canon fondé sur les Écritures, qui se développe lentement jusqu'au XI<sup>ème</sup> siècle et qui devient très développé par la suite. Du XI<sup>ème</sup> au XIII<sup>ème</sup> siècles, on a qualifié la période « *d'âge d'or du droit canonique* »<sup>940</sup>. Ce développement important du droit canonique s'inscrit dans une période éclatante pour la chrétienté qui connaît un essor démographique important<sup>941</sup>. C'est aussi une époque d'importants progrès techniques et agricoles. On construit des églises et d'autres grands bâtiments. Le commerce croît de manière exponentielle ; les monastères remplacent les juifs dans la dispense du crédit. Des villes créent de nouveaux comptoirs de commerce. On assiste à un essor intellectuel et artistique. L'Église joue un rôle majeur et jouit d'un prestige important au cours de ces siècles. Elle s'adapte à l'évolution des besoins de la société chrétienne, instaure des réformes du clergé dans une perspective communautaire. L'Église chrétienne étend sa sphère géographique d'influence au nord et à l'est de l'Europe, mais aussi au sud avec les Croisades<sup>942</sup>. Ce monde Chrétien étendu a besoin d'un encadrement juridique.

Non seulement l'Église énonce le droit canon, mais elle l'applique et le fait appliquer dans ses organes juridictionnels. L'ordre canonico-juridique coexiste avec un ordre juridique séculier qui pour l'époque est plus timide et moins influent. Les relations entre les deux ordres juridiques, l'ecclésiastique et le séculier, ont parfois été harmonieuses, mais le plus souvent tendues.

L'activité « législative » de l'Église se manifeste au moyen de lettres décrétales émanant des papes successifs et d'un droit conciliaire élaboré lors de différents conciles (assemblées d'évêques). La diffusion des sources écrites de la loi religieuse exige un important travail de compilation par les canonistes et favorise la rédaction d'une doctrine canonique

---

<sup>940</sup> *Ibid* aux pp 199-224.

<sup>941</sup> Le Goff, *L'Occident médiéval*, *supra* note 531 aux pp 47-48.

<sup>942</sup> *Ibid* aux pp 65-84.

uniforme qui donne lieu à l'édition de traités de droit canonique à partir du XII<sup>ème</sup>. Le droit romain joue une influence importante dans ce travail de compilation et d'harmonisation du droit canon<sup>943</sup>.

S'agissant de la fonction juridictionnelle de l'Église, il reste difficile de dater la naissance de la justice ecclésiastique chrétienne. Nous avons vu que le peuple juif avait pris soin d'organiser non seulement un ordre juridique, mais également de mettre en place des agents d'administration de cet ordre avec les tribunaux rabbiniques (*Beth din*) et le *Sanhedrin*. Jean Gaudemet, malgré cette difficulté de datation, fait remonter l'apparition officielle d'une justice de l'Église avec ses propres tribunaux à l'année 318 lorsque l'Empereur Constantin institue *l'audientia episcopalis* (la juridiction épiscopale)<sup>944</sup>. Sa compétence *rationnae materiae* est presque aussi étendue que celle de la justice séculière. Elle porte aussi bien sur les affaires civiles que pénales. Les juridictions épiscopales peuvent être saisies même si l'affaire est pendante devant la juridiction laïque. L'évêque qui préside les débats rend un jugement définitif non susceptible d'appel. Les juridictions épiscopales, victimes de leur succès, sont rapidement encombrées. Cette réussite ne fait d'ailleurs pas le bonheur de tous les évêques qui, comme Saint Augustin, considèrent que cette fonction juridictionnelle les écarte de leur mission spirituelle première<sup>945</sup>. À la fin du IV<sup>ème</sup> siècle, la compétence juridictionnelle épiscopale se voit imposer des restrictions par les dirigeants politiques séculiers, mais la justice ecclésiastique demeure compétente aussi bien pour les affaires civiles que pénales, lorsque les clercs de l'Église y sont impliqués.

À cette époque de limitations de la compétence de la juridiction épiscopale, on réalise aussi des réformes substantielles de sorte que la saisine de la justice épiscopale devient semblable à une procédure d'arbitrage. Les parties doivent en effet s'entendre sur cette saisine dans le cadre d'un compromis. Mais, on sait peu de choses sur le fonctionnement procédural de la juridiction épiscopale. On présume qu'il y a peu de différences entre les modalités d'exercice de cette justice et celles des tribunaux séculiers. Les évêques jouissent toutefois d'une assez grande liberté. On suppose que les valeurs sous-jacentes à la vocation religieuse

---

<sup>943</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 43-56 et 375-408.

<sup>944</sup> *Ibid* à la p 112.

<sup>945</sup> *Ibid*.

des évêques sont celles de la miséricorde et de la charité et que la justice ecclésiastique aurait favorisé la réconciliation des protagonistes dans la résolution des conflits<sup>946</sup>. Pour les affaires pénales les plus graves, on prévoit la peine capitale. Dans ces cas, les autorités épiscopales s'adjoignent souvent les services de responsables séculiers dans l'exécution des sentences capitales, s'éloignant ainsi personnellement de la mise à mort des condamnés .

Avec la disparition de l'Empire romain en 476, l'évêque devient une autorité de plus en plus sollicitée pour régler des litiges de toutes sortes. En effet, la désorganisation et la dislocation de la justice séculière impériale poussent de plus en plus de chrétiens à se tourner vers l'évêque<sup>947</sup>. La justice ecclésiastique devient plus structurée à partir du VI<sup>ème</sup> siècle. Elle précise sa compétence. Sa procédure, d'abord arbitrale, est influencée par le droit romain et prend un caractère accusatoire. Le droit canon a un corpus savant. Si l'Église faisait appel au jugement divin à travers la pratique des ordalies, l'interdiction progressive de ces pratiques exige l'élaboration de nouvelles règles de preuve devant les juridictions ecclésiastiques. La justice ecclésiastique adopte à compter du XI<sup>ème</sup> un système de preuves légales qui réserve une large place à l'aveu (§1).

Mais à partir du XII<sup>ème</sup> siècle, en matière criminelle, la procédure ecclésiastique prendra une orientation complètement différente et deviendra radicalement inquisitoire. L'Église est devant un grave danger, celui de l'hérésie. La lutte contre l'hérésie va se traduire dans de nouveaux procédés de preuve devant les juridictions ecclésiastiques. L'aveu constituera le pivot de cette procédure nouvellement inquisitoire (§2).

### **§1. La justice ecclésiastique : l'introduction de l'aveu dans la procédure accusatoire dans l'ordre juridico-canonique**

Nous décrivons la procédure devenue courante devant les juridictions ecclésiastiques du XI<sup>ème</sup> siècle (A), avant d'aborder son système de preuves légales (B).

---

<sup>946</sup> *Ibid.*

<sup>947</sup> *Ibid* à la p 190.

## A) Compétence et procédure

La justice ecclésiastique s'adresse d'abord aux clercs de l'Église. Cette compétence *rationnae personnae*, l'institution ecclésiastique va chercher à l'étendre à d'autres acteurs de la société, comme les étudiants ou les pèlerins (1). Fonctionnant sur un mode accusatoire, elle renforce néanmoins les pouvoirs du juge et surtout rehausse la fonction de juger (2).

### 1) Le privilège du *for*

À partir du V<sup>ième</sup> siècle, selon Jean Gaudemet, le clerc est le premier justiciable des tribunaux ecclésiastiques. Il échappe ainsi aux juridictions séculières, mais ne peut échapper à la compétence du *forum* de l'Église. Toute violation de cette règle du *for* par le clerc est sévèrement sanctionnée<sup>948</sup>. Le juge séculier qui accepte de juger un clerc de l'Église encourt également des sanctions pénales, voire même l'excommunication. Lorsqu'un clerc de l'Église a un litige avec un laïc, il doit, selon des règles strictes de compétence, solliciter l'autorisation de son évêque pour soumettre l'affaire au tribunal séculier, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'action. En règle générale, un conflit entre un clerc et un laïc relève de la compétence des juridictions ecclésiastiques. Le droit séculier reconnaît de son côté ce privilège du *for* pour le clerc<sup>949</sup>. On va finalement prévoir un tribunal mixte pour résoudre les litiges entre clercs et laïcs.

Les conflits de compétence restent nombreux. Le pouvoir royal séculier tente de son côté d'étendre la compétence matérielle et personnelle de ses juridictions et l'Église tend de son côté d'étendre le privilège du *for* à une plus large clientèle. En matière criminelle, la juridiction séculière conserve une compétence exclusive sur le simple clerc. Mais les prêtres et autres dignitaires de plus haut rang pour ces mêmes matières relèvent de la juridiction de l'Église<sup>950</sup>.

S'agissant de la compétence *rationnae materiae*, les tribunaux ecclésiastiques entendent toutes questions relevant du droit disciplinaire ecclésiastique et qui portent sur l'exercice du

---

<sup>948</sup> *Ibid*, Jean Gaudemet indique que des peines de prison, des châtiments corporels et même l'excommunication peuvent frapper le clerc contrevenant.

<sup>949</sup> *Ibid* à la p 191.

<sup>950</sup> *Ibid*.

culte et sur l'organisation interne de la vie religieuse. La justice ecclésiastique prévoit deux options concomitantes pour les clercs lorsque leur inconduite constitue à la fois une violation du droit ecclésiastique ou laïc et un péché. Il y a un cumul pour tous les chrétiens du recours au *for* interne et au *for* externe pour les fautes qui relèvent des deux catégories<sup>951</sup>. Au *for* interne, par l'administration du sacrement de la confession, l'Église recherche avant tout le salut de l'âme du contrevenant. En effet, en plus de juger et sanctionner la faute au droit canon dans le cadre du *for* externe (tribunal ecclésiastique), l'Église cherche aussi à obtenir le repentir du coupable dans le cadre d'une confession. Le jugement de ce type de fautes, des fautes d'essence religieuse mais qui peuvent parfois constituer une faute relevant de la compétence des tribunaux séculiers, poseront une difficulté au début du XIII<sup>ème</sup> siècle, avec l'intégration d'un système de preuves légales dans les droits canonique et séculiers<sup>952</sup>.

Seuls les prêtres peuvent juger un péché dans le *for* interne qui requiert un aveu du pécheur afin de prononcer l'absolution. Mais l'aveu d'une faute obtenu dans le cadre d'une procédure séculière, constitutive de péché et/ou de violation du droit canon pour les chrétiens, ne peut pas constituer une base suffisante pour le prêtre pour prononcer l'absolution et remettre les péchés dans le *for* interne ou dans l'administration du sacrement. De plus, de l'avis de certains théologiens, le contrevenant doit réitérer ses aveux devant la justice ecclésiastique dans le cadre d'un nouveau procès si sa faute poursuivie devant un tribunal séculier constitue également une violation du droit canon. D'autres théologiens s'opposent au recommencement de la procédure, considérant que cela reviendrait à punir deux fois le chrétien pour les mêmes faits. Nous avons ici la genèse du principe *non bis in idem*<sup>953</sup>.

De manière générale, comme le précise Jean Gaudemet, il est souvent difficile de déterminer si une affaire peut être jugée au *for* interne et au *for* externe de l'Église. Mais lorsque le contrevenant a violé une loi séculière comme dans le cas d'un meurtre, d'un vol, d'un

---

<sup>951</sup> *Ibid.* Voir aussi Gabriel Lebras, « La justice » dans *Histoire de l'Église depuis les origines jusqu'à nos jours : Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale*, Bruxelles, Blond et Gay, 1959 aux pp 239-245. Ceci était d'ailleurs conforme, selon l'auteur, à la volonté du Christ, qui selon Saint Matthieu a muni les Apôtres du pouvoir de juger aux deux fors.

<sup>952</sup> Raphaël Eckert, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII<sup>e</sup> s. – début du XIII<sup>e</sup> s.) » (2011) 228:4 *Revue de l'histoire des religions* 483.

<sup>953</sup> *Ibid.*

viol ou a commis une infraction à caractère civil, comme l'usure et la fraude, ce débat se pose de façon plus évidente parce qu'il est clair que ces fautes séculières constituent également un péché et une violation du droit canon<sup>954</sup>.

Pour Adhémar Esmein, le privilège du *for* ne concernait au départ que les évêques, mais par un lent processus, il s'est étendu à tous les tonsurés<sup>955</sup>, c'est-à-dire à tous les clercs vers le XII<sup>ème</sup> siècle<sup>956</sup>. Si un clerc commet un crime grave, on constate que la justice ecclésiastique développe aussi une autre option. Le justiciable clerc peut être dégradé par la justice ecclésiastique qui le livre alors à la justice séculière. Dans ce cas, l'Église demande à la justice séculière de ne pas imposer la peine de mort au clerc et de lui épargner la vie. La justice ecclésiastique va même protéger la fuite du clerc ainsi dégradé en lui fournissant asile<sup>957</sup>. Elle accordera même aux laïcs qui fuient la justice séculière ce droit d'asile<sup>958</sup>.

L'Église étend aussi sa juridiction *rationae personae* sur les laïcs pour les affaires d'hérésie, d'apostasie, de sorcellerie, d'adultère et d'usure<sup>959</sup>, mais cette compétence est concurrente à la justice séculière<sup>960</sup>. Par un processus de contamination, les *miserabiles personae*, les étudiants (« *écoliers* ») et les pèlerins (ex. les croisés) bénéficient de la protection de la justice ecclésiastique pour des matières civiles, en concurrence encore une fois avec la justice séculière<sup>961</sup>.

S'agissant du privilège du *for* en matière criminelle, ce sujet devient l'objet de grandes tensions entre l'Église et la royauté. La royauté veut étendre son pouvoir judiciaire en cherchant à mettre fin au privilège du *for* dont bénéficient les hommes d'église. Le pouvoir royal au XIII<sup>ème</sup> siècle ne supporte plus les abus considérables qui découlent de ce privilège et qui donne lieu à des inégalités quant aux peines prononcées contre des contrevenants ayant

---

<sup>954</sup> *Ibid.* Voir aussi Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 à la p 186.

<sup>955</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 18 : « *il suffisait que le malfaiteur soit tonsuré pour qu'on le rende à l'Église* ».

<sup>956</sup> *Ibid* à la p 18.

<sup>957</sup> Paul Fournier, *Les officialités au Moyen-Âge*, Paris, Plon, 1880 à la p 5. Voir cependant Esmein, *supra* note 918 à la p 19 qui souligne que, dans certains cas, seule la mort pouvait permettre au coupable d'expier ses péchés.

<sup>958</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 19.

<sup>959</sup> *Ibid.*

<sup>960</sup> Anne Lefebvre-Teillard, *Les officialités à la veille du Concile de Trente*, Paris, LGDJ, 1973 aux pp 120-124.

<sup>961</sup> *Ibid* à la p 88.

commis le même type de fautes<sup>962</sup>. L'Église qui cherche à préserver ses propres intérêts reste conciliante<sup>963</sup>. La bataille se fera sur le terrain du droit. La justice royale cherchera à limiter les champs de compétence de la justice ecclésiastique sur ses propres clercs en argumentant que l'évêque, n'étant pas doté d'un territoire, ne dispose pas d'une compétence territoriale, mais seulement d'une compétence spirituelle<sup>964</sup>. Cette théorie invoquée par les procureurs du Roi de France occulte le fait que l'évêque est aussi un seigneur féodal et un propriétaire terrien. Du côté de l'Église, on répond par un autre argument. La justice royale n'est pas compétente avant la capture du clerc accusé. C'est seulement après son arrestation que le clerc relève de la justice séculière, d'où la raison d'être de l'asile offert par l'Église. Au XVI<sup>ème</sup> siècle, le pouvoir royal a réussi à étendre sa compétence sur tous les clercs soupçonnés de crimes de sorte que les deux justices, ecclésiastique et séculière, finissent par se confondre<sup>965</sup>. Outre des peines pécuniaires infligées aux clercs déclarés coupables, les autorités judiciaires royales cherchent à les sanctionner par une mesure de dégradation de leur statut de clerc afin qu'ils deviennent de simples laïcs assujettissables à la justice séculière<sup>966</sup>. À la veille du Concile de Trente<sup>967</sup>, au milieu du XVI<sup>ème</sup> siècle, le privilège du *for* est presque disparu quand la faute d'un clerc est de nature criminelle. L'objectif affiché par la justice royale est alors de confiner la justice ecclésiastique aux affaires purement spirituelles et religieuses et de supprimer toute possibilité d'exercer une compétence personnelle et matérielle par les tribunaux ecclésiastiques dans des domaines autres que spirituel et d'éliminer leur pouvoir de coercition sur les clercs en matière criminelle<sup>968</sup>.

## 2) L'organisation procédurale

Malgré son large champ de compétence personnelle et matérielle, la justice épiscopale n'est pas bien organisée au V<sup>ème</sup> siècle. L'évêque, déjà fortement occupé par ses autres fonctions épiscopales, rend la justice seul. Les affaires se multiplient et les dossiers

---

<sup>962</sup> *Ibid* à la p 103.

<sup>963</sup> *Ibid* à la p 101.

<sup>964</sup> *Ibid*,

<sup>965</sup> *Ibid* à la p 103.

<sup>966</sup> Fournier, *supra* note 957 à la p 67.

<sup>967</sup> Alain Tallon, *Le Concile de Trente*, Paris, Cerf, 2000.

<sup>968</sup> Lefebvre-Teillard, *supra* note 960 aux pp 130-138.

s'entassent. L'évêque a rarement une connaissance du droit, ce qui l'empêche de remplir cette fonction correctement. Au IX<sup>ième</sup>, il devient secondé par un archidiaque qui l'aide dans la gestion des affaires judiciaires. Cet auxiliaire finit par siéger à sa place et rend finalement la justice au nom de l'évêque<sup>969</sup>. Aux IX<sup>ième</sup> et X<sup>ième</sup> siècles, le tribunal épiscopal semble parfois fonctionner avec une formation collégiale<sup>970</sup>. Au plan procédural, le procès semble se dérouler oralement dans le cadre d'une discussion entre l'évêque et les parties. Le jugement est également rendu oralement.

Au XII<sup>ième</sup> siècle, la procédure ecclésiastique s'inspire de la procédure romaine du Bas-Empire. Les Compilations de Justinien refont surface et influencent les canonistes dans leur travail de compilation<sup>971</sup>. Ils intègrent non seulement des principes du droit romain mais également des pratiques procédurales des juristes de L'École de Bologne<sup>972</sup>. Le XII<sup>ième</sup> siècle, comme on l'a déjà dit, est marqué par un essor intellectuel indéniable<sup>973</sup> qui pénètre l'Église et qui inspire la réforme grégorienne en fournissant des bases juridiques au droit canon et en donnant lieu à des compilations favorisant sa diffusion. Autre fait important, les canonistes sont influencés par cet essor des idées qui les mènent à se détacher des théologiens pour construire les règles du droit canon<sup>974</sup>. En 1140, le Décret de Gratien<sup>975</sup>, du nom de son auteur, un célèbre canoniste du XII<sup>ième</sup> siècle, produit une compilation du droit canonique. Sa compilation s'intitule *Corpus iuris canonici*. Ses efforts de clarification et de systématisation méthodique sont remarquables. Il intègre à sa compilation des principes de droit romain.

---

<sup>969</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 à la p 192.

<sup>970</sup> *Ibid* à la p 193.

<sup>971</sup> Charles P Sherman, « A Brief History of Medieval Roman Canon Law in England » (1920) 68:3 U Pa L Rev and American L Register 233 à la p 249. Harold J. Herman conteste l'idée d'intégration pure et simple du droit romain dans le droit canon. Il considère que le droit canon demeure, malgré tout, fondé quant au fond sur les Écritures et le droit germanique. C'est donc plus la méthode et la pensée juridique des romanistes du XII<sup>ième</sup> siècle, qui inspirent les canonistes, Berman, *Law and Revolution*, *supra* note 2 aux pp 204-205.

<sup>972</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 à la p 519. Voir aussi Colette Beaune, *Éducation et cultures : du début du XIIIe siècle au milieu du XVe siècle*, Paris, SEDES, 1999 aux pp 92-98 et Harold J Berman, « The Origins of Western Legal Science » (1977) 90:5 Harv L Rev 894 aux pp 900-903.

<sup>973</sup> Beaune, *supra* note 972 aux pp 33-110.

<sup>974</sup> Helvétius et Matz, *supra* note 692 à la p 162.

<sup>975</sup> Dario C Ferrera et Sandra A Sawicki, « Decretium Gratiani, Cornerstone of Canon Law » (1977) 34:4 Q J Libr Congr 327.



Gratien élimine les contradictions entre les décrets, en s'inspirant vraisemblablement de la méthode abélardienne du *Sic et non*<sup>976</sup>.

Cette compilation ou décret de Gratien fait état d'une procédure accusatoire devant les juridictions ecclésiastiques qui s'applique au règlement des affaires civiles et pénales. Il introduit une hiérarchie dans la magistrature. Par exemple un juge au rang inférieur de l'*ordo* ne peut juger un de ses supérieurs<sup>977</sup>. La justice est saisie par une requête du demandeur qui expose les termes de sa demande. Le juge convoque les parties, leur fait lecture de cette requête, dont il remet une copie au défendeur et arrête une date de comparution. La non-comparution constitue un délit. Lors de l'audience, le juge interroge les parties et circonscrit les questions en litige. Les parties prêtent serment. Elles s'engagent à respecter tout au long du procès une attitude respectueuse et à faire preuve de bonne foi<sup>978</sup>. La procédure se poursuit par la présentation des preuves. C'est au demandeur qu'il appartient de prouver ses prétentions au moyen d'un système de preuves légales qui rompt avec le régime des preuves irrationnelles, une question que nous examinons ci-après.

En matière pénale, un principe de droit romain pénètre le droit canonique qui prévoit l'obligation de poursuivre les crimes. En vertu de la règle « *rei publice interest, ne crimina remaneant impunita* » le crime ne peut demeurer impuni<sup>979</sup>. La fonction de juger, à l'instar du droit romain, constitue une obligation et ce devoir prend tout son sens en matière pénale. Le juge doit absolument rendre une sentence, généralement par écrit. Les pouvoirs et les devoirs du juge comportent des aspects juridiques et moraux. La formation d'un doute, même si elle peut paraître inhérente à la fonction de juger, ne doit pas empêcher le juge de rendre la justice. Le juge ecclésiastique se soumet à la justice divine dans sa fonction de juger. Il craint qu'une erreur de sa part conduise à une erreur judiciaire et qu'en conséquence il s'attire la foudre de Dieu. Bon nombre de juges ecclésiastiques accaparés par le doute refusent ainsi de trancher. Le droit canonique ne sanctionne pas la défaillance du juge pris de doutes ; au contraire, il intègre progressivement ce doute dans la fonction de juger et lui donne un rôle utile

---

<sup>976</sup> Villey, *La formation*, supra note 143 aux pp 143-144.

<sup>977</sup> Gaudemet, *Église et cité*, supra note 558 à la p 520.

<sup>978</sup> *Ibid* aux pp 520-521.

<sup>979</sup> Fraher, supra note 7.

d'empêcher le déni de justice. On peut y voir, à l'instar de James Q. Whitman, les origines du doute raisonnable<sup>980</sup>. Enfin, le juge fonde sa décision sur le droit canonique dans le cadre d'une interprétation stricte de la loi, principe que l'on retrouve encore de nos jours en droit pénal français<sup>981</sup>.

## **B) Le régime des preuves : la résurgence du droit romain et le retour de l'aveu et de la torture**

L'émergence d'un droit canon savant et le monopole des clercs dans l'instruction des affaires font en sorte que la justice ecclésiastique devient administrée par des érudits romanistes et docteurs en droit canon. L'évêque du XII<sup>ième</sup>–XIII<sup>ième</sup> siècle retrouve sa place au tribunal au détriment de l'ancien archidiacre et il s'entoure de juristes cléricaux chevronnés, maîtres en droit et en théologie, ce qui va contribuer à l'élimination des modes de preuves barbares au profit d'un droit savant de la preuve (1). Cette amélioration n'efface pourtant pas l'usage de la torture, un outil déterminant pour obtenir ou confirmer une vérité. Mais, puisque nous sommes dans le droit ecclésiastique des XII<sup>ième</sup> et XIII<sup>ième</sup> siècles, nous analysons la pensée scolastique qui lui est contemporaine et qui porte sur la légitimité de cette pratique. Outre des questions morales que la torture peut susciter, cette pratique ne révolte pas les théologiens qui la considère même comme nécessaire (2).

### **1) Le système de preuves légales : l'aveu ou le retour de la *probatio probatissima***

La justice ecclésiastique fera jusqu'au XIII<sup>ième</sup> siècle un usage courant des méthodes surnaturelles de preuves avec le recours aux ordalies et autres jugements de Dieu (*Judicium Dei*). Dans les régimes de vérité des siècles précédents, on réglait plus souvent les différends et les litiges dans le cadre d'une épreuve ou par la violence<sup>982</sup>. Avec la christianisation des âmes, les clercs de l'Église placent les questions et les enjeux de la justice

---

<sup>980</sup> James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt*, New Haven (CT) et Londres, Yale University Press, 2008.

<sup>981</sup> Billoré, Mathieu et Avignon, *supra* note 710 aux pp 132-134; Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 aux pp 522-523. L'auteur considère qu'en cas de silence de la loi, le juge peut toutefois s'autoriser une interprétation extensive de celle-ci. Il peut même recourir à la doctrine. Pour le droit français, voir art 111-4 du C pén : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

<sup>982</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 83-86.

sous l'égide de Dieu, en favorisant les ordalies ou le duel judiciaire<sup>983</sup>. Ces procédés de la justice ecclésiastique sont appliqués sur le continent européen et sur les îles britanniques<sup>984</sup> et ont pénétré de manière importante la justice séculière à ce moment-là.

Ces pratiques irrationnelles de vérité mettent en œuvre des rituels physiques dont le résultat aléatoire obéit à la volonté de Dieu. Par exemple, l'épreuve du fer rouge consiste à appliquer un fer chaud sur la main et de la panser avec des linges. Lors du retrait de ce pansement de fortune, l'état de la plaie (guérie ou non guérie) forme le verdict d'acquittement ou de culpabilité<sup>985</sup>. À côté de ces pratiques ordaliques unilatérales, existe l'ordalie bilatérale, à savoir le duel judiciaire. Deux litigants se livrent un combat à mort, dont l'issue marque le résultat, le verdict ou le jugement de Dieu<sup>986</sup>.

On peut également évoquer la pratique du serment par laquelle une partie ou un témoin prend Dieu à témoin de la véracité de sa parole. Le mensonge apparaît si le locuteur est foudroyé sur place par le Divin, cette action divine pouvant aussi prendre les formes d'une perte de l'ouïe, de la vue ou encore de la faculté de parler<sup>987</sup>.

À compter du XII<sup>ème</sup> siècle, le droit canonique et le droit romain condamnent ces pratiques barbares<sup>988</sup>. Dès le XI<sup>ème</sup> siècle, les discussions entre canonistes et dignitaires de l'Église remettent en cause le sérieux des ordalies, soulignent leurs pauvres résultats<sup>989</sup> et préfigurent par leurs débats les réformes du Concile de Latran de 1215. L'Église édicte alors l'interdiction pour les clercs de l'Église de participer aux ordalies. La pratique des ordalies ne disparaît pas du jour au lendemain des régimes ecclésiastiques et séculier de véridiction.

---

<sup>983</sup> *Ibid* aux pp 88-91.

<sup>984</sup> A A Morin, *supra* note 463 aux pp 273-275; Gaudemet, « Les ordalies », *supra* note 847; Voir aussi l'excellent ouvrage de Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

<sup>985</sup> Gaudemet, « Les ordalies », *supra* note 847 à la p 120. Dans un article très intéressant, Dominique Barthélemy souligne la présence d'aveux dans le cadre des ordalies, dont les épreuves sont souvent précédées ou suivies d'une exhortation d'aveu. Voir Dominique Barthélemy, « Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IX<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle » dans *Actes de la table ronde de Rome*, *supra* note 43, 191.

<sup>986</sup> Gaudemet, « Les ordalies », *supra* note 847 à la p 114.

<sup>987</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 86-87.

<sup>988</sup> Jean-Philippe Lévy, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen-Âge » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 137 [Lévy, « Droits savants du Moyen-Âge »].

<sup>989</sup> John W Baldwin, « Paris et Rome en 1215 : les réformes du IV<sup>e</sup> concile de Latran » (1997) 1-1 *Journal des savants* 99.

L'Église a continué de faire usage de l'ordalie après le Concile de 1215. De nombreux *exempla* post Latran IV continuent à faire référence aux pratiques ordaliques afin de stimuler et d'encourager la confession<sup>990</sup>.

Jean-Philippe Lévy considère que le droit savant d'inspiration romano-canonique consacre la supériorité de la preuve écrite et de la preuve orale sur les ordalies. Ce droit qui repose sur la théorie des preuves légales fait la distinction entre les preuves « parfaites » (*probationes plenissimae*), les preuves pleines (*probationes plenae*) et les preuves semi-pleines (*probationes semiplenae*). L'intérêt de cette distinction réside dans le degré probatoire exigé au regard de la gravité du litige à trancher<sup>991</sup>. En fait, deux catégories de preuves, à savoir les preuves pleines et les preuves semi pleines, nous intéressent. Les affaires criminelles exigent une preuve pleine alors que les affaires civiles de moindre gravité peuvent se contenter de preuves semi-pleines. Les preuves inférieures ou preuves semi-pleines, comme la présomption, peuvent être utilisées pour régler des affaires sommaires<sup>992</sup>. Mais en matières criminelles, les preuves pleines sont nécessaires et sont incarnées dans l'obtention de témoignages idoines et dans l'aveu judiciaire. L'aveu extra-judiciaire ne constitue qu'un simple indice, donc une preuve en deçà de la preuve semi-pleine<sup>993</sup>. L'aveu judiciaire que le droit romain avait d'abord confiné au droit civil (*confessus pro iudicato*), devient un procédé de preuve ou une preuve légale dans les affaires pénales.

L'effet de l'aveu judiciaire est déterminant. Il fait tomber les autres preuves; le juge est lié par l'aveu et il n'a d'autre choix que d'entrer un verdict de culpabilité. La décision est définitive et n'est pas susceptible d'appel. Toutefois en raison de ses conséquences dramatiques, l'aveu judiciaire aurait été l'objet d'adaptation en matière criminelle<sup>994</sup>.

Le droit canonique semble avoir assorti l'aveu judiciaire dans les affaires civiles du critère qu'il soit énoncé librement et spontanément pour devenir une preuve concluante<sup>995</sup>. On

---

<sup>990</sup> Gaudemet, « Les ordalies », *supra* note 847 aux pp 128-129; Jacques Berlioz, « Les ordalies dans les *exempla* de la confession (XIIIe-XIVe siècle) » dans *Actes de la table ronde de Rome*, *supra* note 43, 315.

<sup>991</sup> Lévy, « Droits savants du Moyen-Âge », *supra* note 988 aux pp 149-150.

<sup>992</sup> *Ibid.*

<sup>993</sup> *Ibid.*

<sup>994</sup> *Ibid* à la p 165.

<sup>995</sup> Gaudemet, *Église et cité*, *supra* note 558 à la p 520.

déduit de l'usage répandu de la torture dans les cours ecclésiastiques, au moins jusqu'au XII<sup>ème</sup> siècle, pour juger certains délits de droit commun ou des cas d'hérésie que ce critère d'aveu libre et spontané n'ait pas été pertinent en matière criminelle. Selon John Langbein, l'élimination des ordalies de la liste des pratiques de l'Église, a conduit cette dernière à utiliser la torture de manière outrancière, et à la trouver nécessaire à l'obtention d'aveux<sup>996</sup>. Cette *probatio plenissima* autorise et oblige le juge, ecclésiastique ou séculier, à rendre un jugement de culpabilité conforme à la loi, c'est-à-dire conforme au système de preuves légales existants.

En intégrant dans son *corpus* juridique un système de preuves légales, le droit canonique consacre l'aveu comme la reine des preuves. L'Ancien droit français va reprendre ce même système dans son droit séculier et en particulier, dans sa procédure pénale. Associé à la torture, l'aveu judiciaire, comme mode de preuve, va devenir l'instrument privilégié de la vérité avec l'Inquisition.

## **2) La justification de la torture par les théologiens : un mal nécessaire au service de la vérité**

L'usage de la torture est une question qui soulève de nombreux débats entre les penseurs scolastiques de la période. Mais Thomas d'Aquin, un éminent penseur, ne parle pas de la torture judiciaire dans ses écrits et il étonne par son silence<sup>997</sup>. Ce théologien dominicain est souvent présenté comme le père de la renaissance de la doctrine aristotélicienne du droit naturel qu'il a su réinterpréter à la lumière des Évangiles<sup>998</sup>. Dans son *Summa Theologica*, Thomas d'Aquin examine les liens entre la raison et la foi et conclut qu'avec l'esprit et la raison, on peut trouver la voie de Dieu. Thomas d'Aquin fait appel à une démarche rationnelle et méthodique de penser pour trouver la vérité de Dieu<sup>999</sup>. Cette démarche consiste à poser une question générale qui, elle-même, se subdivise en sous-questions. Thomas d'Aquin répond à toutes ses questions conformément à la pensée scolastique mais en formulant des objections. La question de la Justice occupe une place importante dans sa somme théologique. Michel

---

<sup>996</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 aux pp 4-8.

<sup>997</sup> Paulette L'Hermite-Leclercq, « La torture judiciaire Chez Thomas d'Aquin », dans Durand, *supra* note 364, 331. Voir aussi Dominique Foyer, « Regard théologique sur la torture », dans Durand, *supra* note 364, 361.

<sup>998</sup> Villey, *La formation*, *supra* note 143 aux pp 155-165.

<sup>999</sup> Gishlain Lafont, *Structures et méthodes dans la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, Bruges, Desclée de Brouwer, 1961 aux pp 37-46.

Villey considère Thomas d'Aquin comme « *un des prophètes de la pensée juridique moderne* » et « *qu'il ne faut pas trop dénigrer "l'obscurantisme médiéval"* ». Il ajoute que « *le droit moderne ne s'est pas seulement constitué contre saint Thomas, mais à partir de saint Thomas* »<sup>1000</sup>. Le silence de Thomas d'Aquin sur la torture judiciaire suscite tout de même notre étonnement.

Paulette L'Hermitte-Leclercq s'est intéressée à ce silence. Thomas d'Aquin l'auteur de la *Summa Theologica*, souligne-t-elle, consacre 66 questions et 303 articles à la question de la Justice et n'aborde jamais le sujet de la torture. Thomas d'Aquin a pourtant été témoin de la grande Inquisition et il a connu la croisade furieuse de l'Église contre l'hérésie et les supplices infligés par ses tribunaux. Comment interpréter ce silence?

Paulette L'Hermitte-Leclercq nous fait remarquer que Thomas d'Aquin traite toutefois de la torture dans son *Commentaire sur le Livre de Job* et qu'il la considère comme une pratique conforme à la justice<sup>1001</sup>.

Cette auteure trouve des opinions indirectes de Thomas d'Aquin contenu dans son *Summa Theologica* qui lui fait dire que d'Aquin ne s'oppose pas à la torture. Très préoccupé par la question de la vérité divine et de la foi, Thomas d'Aquin affirme que le fait de ne pas dire la vérité constitue une offense faite à Dieu. L'autorité judiciaire tient son autorité de Dieu pour juger et sanctionner cette offense<sup>1002</sup>. Mentir au juge revient à mentir à Dieu. Le juge est alors en droit d'exiger la vérité dans les limites de la loi<sup>1003</sup>. Cette loi qui prévoit un système de preuves légales permet à un juge d'obtenir de l'accusé la confirmation du contenu des preuves présentées, lesquelles en l'absence d'aveu judiciaire, sont constituées de témoignages ou d'indices. Thomas d'Aquin, souligne l'auteure, considère dès lors que la seule vérité que l'accusé pourrait taire est celle qui n'est pas visée par les preuves légales soumises au juge<sup>1004</sup>. À aucun moment le mot torture n'est utilisé pour obliger l'accusé à confirmer la vérité présentée, ce qu'il doit faire au sens de la loi. Paulette L'Hermitte-Leclercq en déduit que

---

<sup>1000</sup> Villey, *La formation*, supra note 143 à la p 201.

<sup>1001</sup> *Ibid.* Voir aussi L'Hermitte-Leclercq, supra note 997 à la p 332.

<sup>1002</sup> L'Hermitte-Leclercq, supra note 997 à la p 338.

<sup>1003</sup> *Ibid.* à la p 339.

<sup>1004</sup> *Ibid.*

Thomas d'Aquin consent implicitement au recours à la torture en vue d'obtenir cet aveu obligé et nécessaire.

Thomas d'Aquin s'inscrit contre la pratique de l'Église de rechercher les « *péchés secrets* » sauf s'il s'agit de dénoncer l'hérésie<sup>1005</sup>. Mais précisons avec Paulette L'Hermitte-Leclerc : le théologien ne soulève pas plus la question de la torture lorsqu'il discute de l'hérésie. Il est pourtant au fait, lorsqu'il écrit sa *Summa Theologica*, des méthodes de l'Inquisition. Il faut par conséquent déduire de ces nombreux silences que la torture et les supplices constituent pour le théologien une méthode de recherche de la vérité acceptable lorsque, à tout le moins, il s'agit de dénoncer les offenses faites à Dieu. Si on résume la pensée implicite des raisonnements de Thomas d'Aquin, la torture s'avère utile pour préserver la vérité du pouvoir de Dieu et donc, de l'Église chrétienne.

Duns Scot, un théologien franciscain de la fin du XIII<sup>ième</sup> siècle, adepte aussi de la pensée scolastique, considère que « *se défendre par son silence d'une accusation incomplète et non prouvée, ne constitue pas un péché mortel* »<sup>1006</sup>. Duns Scot s'oppose à la doctrine de Thomas d'Aquin sur bien des points. Il place la liberté de l'individu au dessus de tous les autres principes. Il approfondit aussi l'idée d'individuation et de singularité de l'individu<sup>1007</sup>. Dans le singulier de l'individu tout n'est pas pure singularité. Il existe des singularités communes, des traits communs à tous les individus comme celui de la liberté<sup>1008</sup>. Ainsi, un individu n'a pas de pouvoir sur la vie d'un autre et n'a pas de pouvoir sur sa propre vie<sup>1009</sup>. L'aveu judiciaire, pour Duns Scot, participe d'une certaine manière à attenter à sa propre vie. On retrouve ici la conception juive de l'aveu judiciaire, un mode de preuve interdit par le droit juif et ce, pour les mêmes raisons avancées par Duns Scot, mais dix siècles plus tard<sup>1010</sup>.

---

<sup>1005</sup> *Ibid* à la p 342.

<sup>1006</sup> D Foyer, *supra* note 997 à la p 375. L'auteur s'appuie ici sur l'ouvrage de John Duns Scot, *Commentaire des Sentences* au Livre IV, dist 15, qu 4, n<sup>o</sup> 5 6 et 7 mais dont l'édition semble introuvable, voir sur ce point Fernand Van Steenberghe, « L'édition critique des œuvres de Jean Duns Scot » (1952) 50-28 Rev Philos Louvain 603.

<sup>1007</sup> Olivier Boulnois, « Réelles intentions : nature commune et universaux chez Duns Scot » (1992) 97:1 Revue Métaphysique et de Morale 3.

<sup>1008</sup> *Ibid* aux pp 9-11

<sup>1009</sup> D Foyer, *supra* note 997 à la p 376.

<sup>1010</sup> Voir Chapitre II, Titre I de notre Partie 1.

Le pouvoir judiciaire, selon Duns Scot, ne dispose pas davantage d'un droit sur la vie de l'individu. Seul Dieu peut en décider<sup>1011</sup>. L'individu est libre, puisque Dieu est volonté. C'est donc la volonté et la liberté de l'individu qui doivent primer. Nulle autorité institutionnelle sur terre ne peut aller à l'encontre de la volonté de l'individu. Si celui-ci ne veut pas avouer, il ne peut en aucun cas être contraint de le faire et on ne peut le tuer en extorquant les aveux.

Nous avons ici, avec la pensée de Thomas d'Aquin et de Duns Scot, la réminiscence d'un débat intellectuel très actuel. La raison d'État peut-elle justifier la torture sur le fondement de la nécessité ou doit-on absolument privilégier la liberté et la dignité de l'être humain au détriment de la raison d'État<sup>1012</sup>?

## **§2. L'Inquisition médiévale : une procédure fixée sur et autour de l'aveu**

Les origines de l'Inquisition du XIII<sup>ème</sup> siècle sont nombreuses. Il n'était pas seulement question de la répression de l'hérésie, cet ennemi de l'intérieur qu'il convient d'éradiquer. Les Cathares, les Albigeois, les Vaudois qui ont voulu, à leur manière, exprimer un renouvellement de la pensée chrétienne, ont incarné des menaces pour la morale et la pensée dogmatique arrêtée de l'Église au XIII<sup>ème</sup><sup>1013</sup>. Le clergé est aussi frappé par une crise morale, en raison de la corruption de plusieurs de ses membres, ce qui a conduit à une perte de confiance de la population à son égard. À l'heure où l'Église encourage la pénitence, la vie dissolue et immorale de ses clercs et même de ses hauts dignitaires, constitue un obstacle important à la crédibilité d'une pastorale chrétienne<sup>1014</sup>. La procédure d'élection des évêques n'inspire plus confiance. L'Église est accusée de favoritisme et de protection de ses prélats. Les plaintes contre les abus épiscopaux qui relèvent de la juridiction papale, située à Rome,

---

<sup>1011</sup> D Foyer, *supra* note 997 à la p 376.

<sup>1012</sup> Voir par exemple, Alan M Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven (CT), Yale University Press, 2002; Fritz Allhoff, *Terrorism, Ticking Time-Bombs, and Torture: A Philosophical Analysis*, Chicago et Londres, Chicago University Press, 2012.

<sup>1013</sup> Henri Maisonneuve, *Études sur les origines de l'Inquisition*, Paris, Librairie Philosophique J Vrin, 1960 aux pp 29-91.

<sup>1014</sup> Didier Le Fur, *L'Inquisition : enquête historique : France, XIIIe-VXe siècle*, Paris, Tallandier, 2012 aux pp 17-22.



n'aboutissent pas<sup>1015</sup>. La société civile délaisse peu à peu les institutions chrétiennes. L'Inquisition constitue, pour l'Église, un bon remède au rétablissement de son autorité affaiblie.

Les juifs sont également pris à parti et se voient imposer par le Concile de Latran IV de 1215, le port d'un signe distinctif, la rouelle, qui symbolise les trente deniers de Judas<sup>1016</sup>. Leurs incantations particulières deviennent le prétexte, puis la cause des malheurs de la chrétienté<sup>1017</sup>. La construction de nouvelles synagogues devient interdite. Leur littérature conduit à la perversion de la pensée et doit être détruite. Les productions talmudiques et autres manuscrits hébraïques sont l'objet de nombreux autodafés<sup>1018</sup>.

L'Église fait face à ces menaces hérétiques en s'organisant avec les laïcs. Ceci est particulièrement observable lors de la répression du catharisme et dans ses croisades contre les Albigeois. Si l'enquête sur l'hérésie est assurée par l'Église, les sanctions sont généralement exécutées par des laïcs. À partir de 1231, l'Inquisition et la répression de l'hérésie ne relèvent plus de la juridiction épiscopale et sont confiées aux Dominicains<sup>1019</sup>. Mais la procédure mise en œuvre dans les tribunaux ecclésiastiques s'occupant de l'hérésie lui donne les caractéristiques d'une juridiction pénale. On y suit les étapes suivantes : accusation, interrogatoire, aveux et sentences. Rappelons que la juridiction épiscopale obéit à des règles de procédure d'inspiration romaine et qu'elle doit respecter une certaine équité. Toutefois, il n'est pas rare que dans sa lutte contre l'hérésie, le tribunal épiscopal ait oublié ses règles impératives de procédure. Dans la lutte contre l'hérésie, le pouvoir épiscopal met bientôt en place des outils de preuve qui vont changer complètement l'organisation des juridictions ecclésiastiques, en particulier par l'utilisation très fréquente de l'enquête unilatérale avant le procès, une institution d'origine séculière, au point de transformer la procédure en usage et de la rendre inquisitoire (A). Le pouvoir épiscopal qui fait ces transformations dans ses procédés d'enquête et de preuves en matière d'hérésie ne les utilise pas automatiquement dans

---

<sup>1015</sup> Lea, *supra* note 24 aux pp 3-37.

<sup>1016</sup> Le Goff, *L'Occident médiéval*, *supra* note 531 813 à la p 289.

<sup>1017</sup> Lea, *supra* note 24 à la p 1214. L'auteur mentionne que dans l'âme populaire les juifs auraient été la cause la peste noire.

<sup>1018</sup> Le Fur, *supra* note 1014 aux pp 26-28.

<sup>1019</sup> Maisonave, *L'inquisition*, *supra* note 559 aux pp 33-45 pour les documents fondateurs

l'exercice général de sa compétence en matière criminelles. Mais lorsque la juridiction exceptionnelle de l'Inquisition sur une affaire d'hérésie se met en branle, elle exploite ces nouveaux outils d'enquête et de vérité en faisant un usage extrême d'une redoutable efficacité. L'aveu judiciaire est non seulement nécessaire pour faire éclater la vérité devant l'hérésie, mais il est aussi indispensable pour le salut de l'âme de l'hérétique. L'inquisiteur, à la fois juge et confesseur, place l'aveu au centre de la procédure inquisitoriale (B).

### **A) L'Inquisition épiscopale ou la résurgence d'une procédure inquisitoriale**

La procédure d'enquête de type inquisitorial ne constitue pas une nouveauté. Il existe des précédents, à l'époque carolingienne notamment<sup>1020</sup>. Le pouvoir impérial carolingien, donc séculier, avait instauré l'*inquisitio* qui a constitué un mode d'enquête des plus rationnels confié par l'Empereur à ses agents de justice. L'*inquisitio* ne constitue pas une instruction proprement dite ou un procès, il s'agit d'un mode de preuve. L'enquête démarre à la suite d'informations transmises par la population à la suite d'une réunion convoquée par les autorités carolingiennes. Les personnes qui fournissent les renseignements le font sous serment. L'enquête sert à constituer un dossier de preuves.

À l'époque carolingienne, l'objet de l'*inquisitio* est généralement financier ou fiscal. Mais l'Église utilise parallèlement ce type d'enquête pour recenser son patrimoine. Il s'agit d'une procédure administrative pour identifier les propriétés foncières qui appartiennent à l'évêque. Cette procédure s'infiltré occasionnellement dans les juridictions ecclésiastiques ou à côté de celles-ci lors du traitement d'affaires pénales et le pouvoir épiscopal n'hésite pas à en faire un usage plus étendu au X<sup>ième</sup> siècle, parfois même de manière secrète. Dans le cadre d'une enquête secrète et *ex parte*, les témoins sont entendus de manière confidentielle, leur identité n'étant pas dévoilée au suspect. De plus, les accusations peuvent reposer sur de seules

---

<sup>1020</sup> Raoul C Van Caenegem, « La preuve au Moyen-Âge occidental » dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 691 aux pp 707-708.

rumeurs<sup>1021</sup>. La preuve peut être constituée de seuls soupçons. L'enquête constitue non seulement un instrument de pouvoir, mais aussi de terreur<sup>1022</sup>.

Selon Henry Charles Lea, l'*inquisitio* permet, notamment en matière criminelle, au pouvoir épiscopal de diligenter une enquête à partir d'une simple accusation, ce qui confère à cette procédure son caractère hybride (accusatoire et inquisitoire). Elle commence, en effet, par une accusation comme dans la procédure accusatoire. Mais cette accusation donne lieu à une enquête unilatérale orchestrée par un clerc au lieu que ne s'instruise le procès dans la procédure accusatoire. Cette accusation porte sur la perpétration d'un délit de droit commun ou, le plus souvent, d'un délit religieux. Le suspect est alors convoqué par le clerc de la cour qui lui communique l'accusation. Cette citation à comparaître auprès de l'évêque peut être accompagnée d'une mesure d'arrestation avec une mise en détention provisoire. Le suspect est alors interrogé par l'évêque sur cette accusation qui ne peut faire l'objet de modification. L'évêque invite l'accusé à se confesser rapidement. En l'absence d'aveu de sa part, l'évêque procède à l'audition de témoins. Nous voyons bien que cette procédure participe d'une mise en scène qui détonne par rapport à la procédure accusatoire alors en usage devant les juridictions ecclésiastiques. La solennité de la procédure, avec la citation à comparaître, donne le ton. On laisse entendre que l'on veut rapidement classer cette affaire au moyen de l'obtention d'un aveu.

L'audition des témoins a lieu sans la présence de l'accusé. On lui communique toutefois leur identité et le contenu de leur déclaration. L'accusé peut, à son tour, faire entendre ses témoins et présenter sa défense, seul ou assisté d'un conseil. Sur la base des preuves présentées, l'évêque rend sa décision. S'il doute de la culpabilité de l'accusé, il peut demander à celui-ci de prêter le serment d'innocence (la *purgatio canonique*). Curieusement, mais vraisemblablement dans un esprit de miséricorde, la condamnation prononcée en cas de verdict de culpabilité est généralement moins sévère à l'issue de cette enquête épiscopale que

---

<sup>1021</sup> *Ibid* à la p 734.

<sup>1022</sup> Julien Maquet, « Faire justice » dans le diocèse de Liège au Moyen-Âge (VIIIe-XIIIe siècles) : Essai de droit judiciaire reconstitué, Genève, Librairie Rose, 2008 aux pp 554-555.

si elle était le résultat de la procédure accusatoire ordinaire<sup>1023</sup>. On peut y voir une stratégie d'évitement de la juridiction accusatoire en faveur de l'obtention des aveux et le règlement « administratif » et inquisitorial de l'affaire criminelle par l'évêque.

Henry Charles Lea souligne l'importance pour l'Église de rechercher systématiquement des contrevenants à la loi et précise que l'enquête (*inquisitio*) de l'évêque a été utilisée dans cette recherche active des fautes des croyants, d'investigation de leurs pensées intimes afin d'assurer leur salut. L'Église prend ici l'initiative de l'enquête sans avoir les preuves de l'accusation, comme dans une vraie procédure inquisitoire. Aucun crime, même secret, ne doit demeurer impuni. Soulignons ici que Charlemagne avait en son temps mandaté des émissaires (*missi dominici*) chargés de parcourir le territoire de l'Empire pour déceler les crimes et les dénoncer. Cette procédure inquisitoire ne faisait pas la distinction entre clercs de l'Église et les laïcs. Au yeux de la loi, ils étaient tous considérés comme des délinquants<sup>1024</sup>. Charlemagne avait aussi conféré le même pouvoir aux évêques. Désormais, ils sont donc de plus en plus nombreux au sein de l'épiscopat à recourir à l'*inquisitio*, non plus pour procéder à une enquête administrative, mais à des fins de répression criminelle. Bref, on cherche des coupables!

On trouve des traces de cette pratique de l'enquête administrative et inquisitoriale à des fins pénales dès le X<sup>ième</sup> siècle. L'évêque se rend dans une paroisse et convoque préalablement la population réunie en assemblée dans le cadre d'un synode local. Le prélat choisit alors des hommes qui lui semblent dignes de confiance et leur demande de lui dénoncer tout crime dont ils auraient eu connaissance. Ces témoins (*testes synodales*), sur la base de leurs connaissances, dont on présume qu'elles reposent sur la bonne foi, fondent l'accusation. La mise en œuvre de cette procédure qui repose sur les *testes synodales* n'a pas eu le succès attendu. Dans un souci d'équité, semble-t-il, l'épiscopat a souvent hésité à y recourir dans le contexte de la répression criminelle des crimes de droit commun. Mais lorsque la question est

---

<sup>1023</sup> Lea, *supra* note 24 à la p 229. Voir aussi Henry Ansgar Kelly, « Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconception and Abuses » (1988) 54:4 Church History 439. L'auteur précise que l'*inquisitio* pouvait commencer sur la base d'une dénonciation, on pouvait parler d'*inquisitio ex officio*.

<sup>1024</sup> *Ibid.* On retrouve cette procédure, dans une forme différente, dans l'Angleterre du XIII<sup>ième</sup> siècle, avec les *Justices of Peace* qui recueillent les fruits de l'enquête du *jury* pour être en mesure de réprimer le crime. Le *jury* toutefois ne se contente pas de rumeurs.

devenue celle de l'hérésie, l'épiscopat dispose déjà d'outils efficaces pour mener sa chasse aux hérétiques. L'épiscopat n'a qu'à utiliser le procédé de l'enquête inquisitoriale existant. Ce pouvoir extraordinaire qui n'a aucun souci d'équité, suscitera l'effroi. L'Inquisition l'a bien saisi.

## **B) La procédure de l'Inquisition : l'aveu, pièce centrale et indispensable de la procédure**

Sans entrer dans les détails de l'organisation de l'Inquisition ou de la procédure inquisitoire en matière d'hérésie, nous concentrons notre examen sur la place essentielle qu'occupe l'aveu dans cette procédure. Nous fondons nos propos sur l'ouvrage de référence d'Henry Charles Lea sur *l'Histoire de l'Inquisition*<sup>1025</sup>. Commençons par identifier les acteurs (1) de cette procédure avant d'envisager son fonctionnement (2).

### **1) Les acteurs**

Les personnages clés de la procédure sont, bien évidemment, l'inquisiteur et le suspect. L'inquisiteur est nommé par le pape qui peut également le révoquer<sup>1026</sup>. L'inquisiteur joue un double rôle, celui de juge et celui de confesseur. En tant que juge, l'inquisiteur « *[défend] la foi et [venge] les injures faites à Dieu par l'hérésie* »<sup>1027</sup>. En tant que confesseur, il lutte pour le salut de l'âme du suspect d'hérésie. C'est une mission qui justifie tous les moyens. À la différence d'un juge ecclésiastique dans un autre domaine, l'établissement des faits de l'affaire n'est pas important. Il doit se concentrer sur les pensées les plus secrètes du suspect. Le crime de droit commun commis par le suspect ne relève pas de la juridiction spéciale de l'inquisiteur. L'inquisiteur instruit et sanctionne l'hérésie ou plus largement le crime spirituel. Dès lors, on comprend mieux la raison pour laquelle les faits sont, pour l'inquisiteur, presque insignifiants. En pénétrant la conscience du suspect d'hérésie, ce procédé d'enquête peut le conduire à identifier un crime spirituel qui ne s'est jamais extériorisé. Henry Charles Lea cite l'exemple du doute du suspect sur sa foi, doute qui peut constituer un crime<sup>1028</sup>.

---

<sup>1025</sup> Lea, *supra* note 24.

<sup>1026</sup> Le Fur, *supra* note 1014 à la p 66.

<sup>1027</sup> Lea Lea, *supra* note 24 à la p 292.

<sup>1028</sup> *Ibid* à la p 293.

Le suspect doit au préalable afficher sa bonne foi. Pour cette raison et afin de vérifier ses intentions, ses dispositions à accepter la loi de l'Église et d'apprécier sa soumission éventuelle à la pénitence, il prête serment. En cas de refus, il est considéré comme un hérétique impénitent<sup>1029</sup>. Le suspect est toujours présumé coupable dans la procédure inquisitoriale de l'Inquisition. Cette présomption de culpabilité permet d'expliquer les nombreux préjugés qui persistent aujourd'hui chez les juristes de *common law* d'entretenir la survivance de cette présomption dans la procédure pénale française actuelle. Ils continuent de penser que le système français de justice pénale ne reconnaît pas le principe de la présomption d'innocence. En aparté, affirmons à nos lecteurs canadiens que la présomption de culpabilité propre à l'Inquisition n'a plus cours dans la procédure pénale française! Enfin, le suspect cité à comparaître devant un tribunal de l'Inquisition doit impérativement se présenter, sous peine d'être jugé par *contumace*. Son défaut de comparution est assimilé à un aveu<sup>1030</sup>.

## **2) La procédure inquisitoire : De l'accusation à la torture en attendant l'aveu**

La procédure purement inquisitoire, cela veut dire que le juge inquisiteur a l'initiative de l'enquête. Par conséquent, son initiative d'ouvrir une enquête peut se fonder sur une rumeur. Mais il faut comprendre que l'allégation d'hérésie formulée par une personne et publicisée par elle est découragée. Cet accusateur particulier encourt même « *le danger du talion* », à savoir des sanctions équivalentes à celles prévues pour l'hérétique<sup>1031</sup>. La dénonciation discrète ou la délation est rare, même si c'est un procédé moins risqué pour le dénonciateur. L'inquisiteur agit toujours *ex officio*<sup>1032</sup>. Son enquête n'est pas régie par des règles procédurales. Sa liberté dans la cueillette des preuves et des indices prévaut et la fin justifie les moyens en matière d'hérésie.

À partir d'une rumeur, l'inquisiteur diligente une enquête secrète. Les témoins, le cas échéant, sont entendus confidentiellement et la rumeur n'a pas à être corroborée pour poursuivre l'enquête. Le suspect est convoqué par une citation à comparaître mais il doit aussi

---

<sup>1029</sup> *Ibid* à la p 292.

<sup>1030</sup> *Ibid* à la p 295.

<sup>1031</sup> *Ibid* aux pp 293-294

<sup>1032</sup> *Ibid* à la p 294.

en conserver le caractère confidentiel. En d'autres mots, il ne doit pas crier sur tous les toits qu'il fait l'objet d'une enquête en matière d'hérésie. Sa comparution relève presque de la clandestinité. Le suspect doit toutefois répondre à cette citation avec une caution et ce, pour prévenir toute fuite et garantir sa présence lorsque requise dans le déroulement de l'enquête. Ce secret permet de préserver le caractère mystérieux de la procédure. Elle inquiète parce ce qu'on ne sait pas ce qui se passe exactement. Le suspect prête serment et l'inquisiteur l'invite à faire des aveux. Il ne connaît pas les charges qui pèsent contre lui. L'aveu immédiat exprime l'abjuration de l'hérésie et constitue le signe de l'exécution possible d'une pénitence. L'inquisiteur peut dans certains cas paraître comme impartial et bienveillant. Dans l'enquête épiscopale, avant l'Inquisition, l'évêque conçoit généralement son rôle et exerce ses fonctions inquisitoriales comme un père spirituel<sup>1033</sup>. L'Inquisition et l'enquête au sujet de l'hérésie l'écartent de ses fonctions de guide spirituel auprès des suspects d'hérésie au nom des intérêts de conservation intégrale de la foi chrétienne. L'inquisiteur devant la menace et le danger de l'hérésie devient peu soucieux des formes et des règles et tous les moyens seront bons pour obtenir des aveux. L'exhortation d'aveux constitue le moyen privilégié par l'inquisiteur pour confirmer l'hérésie présumée du suspect.

Les témoignages ne constituent pas un mode de preuve concluant pour l'inquisiteur. Un témoignage ne permet pas d'explorer, ni même de connaître la pensée du suspect puisque ces déclarations n'émanent pas de lui. Les témoins se limitent à documenter l'élément matériel du crime hérétique, lequel est secondaire. L'intention du contrevenant, en raison de la double fonction de l'inquisiteur (juge et confesseur), l'obsède davantage. Par l'aveu de l'hérétique, l'inquisiteur va pouvoir aussi alléger sa propre conscience et condamner le contrevenant sans doute ni regret<sup>1034</sup>. L'aveu constitue donc la pièce pivot de la procédure d'enquête. Sans l'aveu, cette procédure s'avère presque inutile. À cet effet, l'Inquisition donne lieu à une production de manuels pratiques pour diriger l'interrogatoire du suspect qui va efficacement conduire aux aveux. Pour l'époque, ces manuels ressemblent à la « méthode Reid »

---

<sup>1033</sup> *Ibid.* Les sanctions qui frappaient l'hérésie, outre celles relevant de la pénitence, consistaient aussi en la confiscation des biens de la personne jugée hérétique. Des évêques peu scrupuleux ont alors abusé de cette chasse à l'infidèle pour s'enrichir. L'Église et le droit ecclésiastique ont cherché à limiter ses dérives ce qui explique qu'elle ait pu insister sur cette figure spirituelle de l'inquisiteur.

<sup>1034</sup> *Ibid* à la p 300.

qu'utilisent les polices nord-américaines aujourd'hui. La lecture de ces manuels est très instructive. Par exemple, le manuel des inquisiteurs élaboré par Nicolau Eymerich, inquisiteur dominicain du XIV<sup>ème</sup> siècle, comporte deux paragraphes intitulés respectivement « *Les dix astuces des hérétiques pour répondre sans avouer* » et « *Les dix astuces de l'inquisition pour déjouer celles des hérétiques* »<sup>1035</sup>.

L'inquisiteur prépare l'interrogatoire du suspect en étudiant les procès-verbaux des déclarations des témoins. Il en relève les contradictions et soulignent les points de concordance. Dans le cadre de l'interrogatoire du suspect, la ruse, le mensonge, la fausse compassion, les fausses promesses, les pressions psychologiques et physiques sur la personne du suspect, les menaces de s'en prendre à ses proches... constituent des stratégies tout à fait légitimes. S'il s'enferme dans le silence, nie les accusations, ou tout simplement ne se montre pas très coopératif, il n'est pas rare que le suspect croupisse dans une geôle pendant plusieurs jours sans manger<sup>1036</sup>. Un faux prisonnier, au service de l'inquisiteur, peut aussi faire office de compagnon de cellule ou de soutien moral pour recueillir un aveu du suspect ou pour l'encourager à se confesser. Il arrive que l'on introduise dans la geôle du suspect la femme et les enfants de ce dernier. Ses proches en pleurs l'implorant d'avouer afin de mettre un terme à cette épreuve insupportable<sup>1037</sup>.

Dénué de tout droit et de toute protection, l'« hérétique » subit des violences physiques d'une brutalité inouïe. Ces supplices ont cours dans le cadre d'une détention provisoire dont la durée arbitraire peut se compter en années<sup>1038</sup>. Les conditions de détention dans une geôle sont déplorables et exécrables. La crasse et la vermine occupent cet espace étroit, obscur, à l'air irrespirable. Le suspect d'hérésie peut également subir les affres de la chambre de torture dont

---

<sup>1035</sup> Nicolau Eymerich et Francisco Pena, *Manuel des inquisiteurs*, traduit par Louis Sala-Molins, Paris et La Haye, Mouton Éditeur, 1973 aux pp 126-134. Francisco Pena commente au XVI<sup>ème</sup> siècle ce manuel en sa qualité de docteur en droit canon. Les astuces que les « hérétiques » utilisent sont empreintes de sophisme et éludent la plupart du temps les questions, par exemple : par des réponses équivoques (pas fausse mais pas assez précises), des réponses conditionnelles, par le fait de reverser les questions, feindre la surprise, tergiverser les mots de la questions, ou encore feindre la folie... Pour contrer ses ruses, il suffit pour les inquisiteurs de faire usage des mêmes ruses qui oscillent entre compréhension et coercition. Nous reviendrons sur ces ruses lorsque nous analyserons, dans notre Titre II, les méthodes modernes d'interrogatoire légitimées par la jurisprudence notamment

<sup>1036</sup> Lea, *supra* note 24 aux pp 300-305.

<sup>1037</sup> *Ibid.*

<sup>1038</sup> *Ibid* à la p 306.



les instruments de cruauté dépassent l'entendement<sup>1039</sup>. La torture permet d'épargner le coût financier de la détention. Elle devient le procédé expéditif privilégié pour obtenir des aveux. Il n'existe pas de règles précises quant à ses conditions d'application et ses modalités d'administration. Parfois, on mentionne qu'en présence ou en l'absence de preuves incriminantes au dossier des preuves contre le suspect, l'inquisiteur doit avoir recours ou non à la torture. Par exemple, le Manuel des Inquisiteurs de Nicolau Eymerich dispose qu'en présence d'un témoignage à charge, on peut pratiquer la torture<sup>1040</sup>. En revanche, le suspect contre lequel l'inquisiteur ne dispose que d'un seul indice, ne peut faire l'objet de sévices<sup>1041</sup>. Enfin, selon ce manuel, une fois que le suspect a passé aux aveux, extorqués par la torture, on lui demande de réitérer ses aveux, généralement après un délai de 24 heures<sup>1042</sup>. Son silence peut valoir confirmation du premier aveu énoncé dans la salle de torture.

La question de la rétraction de l'aveu soulève un débat entre canonistes qui ne donne pas de réponses uniformes sur cette réalité. Certains inquisiteurs réitèrent la torture pour obliger le suspect à retirer ses rétractations. D'autres prennent en considération le degré de brutalité exercé sur lui. Une torture jugée féroce et suffisante permet d'envisager la libération du suspect à la suite de la rétractation de ses aveux<sup>1043</sup>.

Le suspect qui abjure se voit infliger une pénitence et une peine. Pour l'inquisiteur, la peine est accessoire. Seule compte la pénitence pour le salut de l'âme. La peine de mort ne peut être prononcée par le pouvoir spirituel selon le Concile de Latran. Mais l'inquisiteur retire au contrevenant hérétique impénitent la protection de l'Église. La peine imposée peut se concrétiser dans une amende très lourde. Ces amendes servent de compensation pour les frais de l'enquête et pour le paiement des officiels de l'inquisition. La confiscation des biens de l'« hérétique » accompagnent parfois les sentences. C'est une manière d'affaiblir les mouvements collectifs d'hérésie en appauvrissant les contestataires. Enfin, en principe, le bûcher ne relève pas du pouvoir de l'inquisiteur. Mais il arrive souvent que celui-ci ferme les yeux sur cette punition dont l'exécution est déléguée au pouvoir séculier.

---

<sup>1039</sup> *Ibid* à la p 308.

<sup>1040</sup> Eymerich et Pena, *supra* note 1035 à la p 207.

<sup>1041</sup> *Ibid* à la p 208.

<sup>1042</sup> *Ibid* à la p 313.

<sup>1043</sup> *Ibid*.

Le pouvoir ecclésiastique inquisitorial a donc, à cette époque de l'Inquisition, placé l'aveu au centre même de son régime de véridiction procédural et juridictionnel et y a associé la torture. Ce régime de véridiction, qui se distingue par le caractère secret de l'enquête et l'emploi de la torture, permet de faire éclater la vérité au grand jour lorsqu'on obtient des aveux au cours de l'enquête. Le secret a une fonction idéologique et renforce l'idée de « possession de savoir » par l'inquisiteur. L'inquisiteur est détenteur de vérité, ce qui est signe de pouvoir pour l'Église et l'Inquisition<sup>1044</sup>. Le tout révèle que la détention de la vérité est l'affaire exclusive du pouvoir ecclésiastique. Nous verrons comment la procédure inquisitoire qui va organiser et structurer le système de justice pénale français sous l'Ancien régime fait pivoter son régime de véridiction autour de l'enquête, de l'aveu et de la torture.

Pour Michel Foucault, cette légitimation de la torture permet de pallier l'interdiction du recours aux preuves ordaliques faite par la même Église à cette époque. L'Église chrétienne ne renonce pas au jugement Divin. L'épreuve pour l'accusé est maintenue et consiste en un jeu de vérité entre lui et son juge, inquisiteur et confesseur, qui rappelle le duel antique ou médiéval. Il écrit dans son ouvrage *Surveiller et Punir* :

*La torture est un jeu judiciaire strict. Et à ce titre là, par-delà les techniques de l'Inquisition, elle se rattache aux vieilles épreuves qui avaient cours dans les procédures accusatoires : ordalies, duels judiciaires, jugements de Dieu. Entre le juge qui ordonne la question et le suspect qu'on torture, il y a encore comme une forme de joute [...].*

*Sous l'apparente recherche acharnée d'une vérité hâtive, on retrouve dans la torture [...] le mécanisme réglé d'une épreuve : un défi physique qui doit décider de la vérité<sup>1045</sup>.*

John H. Langbein n'est pas de cet avis. Selon lui, le Concile de Latran IV a détruit tout un système de preuves ordaliques pour le remplacer par un système de preuves légales. Il faut une preuve pleine pour condamner, et l'aveu judiciaire, à défaut de témoins idoines, constitue

---

<sup>1044</sup> Nous retrouverons ce caractère secret de la procédure dans la procédure criminelle française de l'Ancien régime.

<sup>1045</sup> Foucault, *Surveiller et punir*, supra note 736 aux pp 51-52.

la seule autre preuve pleine disponible. Son obtention passe nécessairement par la torture<sup>1046</sup>. Le système de preuve légale a donc, selon Langbein, légalisé la torture.

Enfin, n'oublions pas que la justice spirituelle et la justice séculière se disputent souvent au sujet de leur compétence d'attribution respective et exclusive. Comme le pense Dominique Foyer, l'Inquisition a peut être souhaité devancer la justice séculière dans la lutte contre l'hérésie et a surtout voulu montrer son efficacité et sa supériorité par l'usage outrancier de la torture<sup>1047</sup>. Nous avons, peut-être, ici une illustration des effets pervers de la concurrence de la justice séculière et de la justice ecclésiastique.

### Conclusion du Chapitre 1

Au XIV<sup>ième</sup> siècle, l'Église entre dans une phase de déséquilibre et de contradictions<sup>1048</sup>. Pourtant, tout avait bien commencé pour l'Église chrétienne. Au début du XIV<sup>ième</sup> siècle, Boniface VIII contrôle encore complètement une Église chrétienne aux rouages temporels complexes et puissants. Ce contrôle de l'Église porte même sur l'usage fait par les princes et autres seigneurs laïcs de leur autorité politique personnelle. Le pouvoir de l'Église est donc important sur un plan institutionnel et organisationnel, mais il l'est aussi sur un plan intellectuel. La pensée chrétienne s'est enrichie par la redécouverte d'Aristote par ses canonistes et l'Église a aussi su tirer profit du droit romain pour y trouver les instruments nécessaires au développement de son autorité intellectuelle.

La centralisation de l'Église dans les mains de la papauté à compter du XI<sup>ième</sup> siècle et à la suite de la réforme grégorienne, va donner lieu à des confrontations de plus en plus fréquentes entre le pape et les pouvoirs monarchiques de la France et de l'Angleterre qui rejettent la tutelle de Rome. Papes et empereurs se sont déjà longtemps opposés sur la question du partage des pouvoirs sur ce qui relève du spirituel ou du temporel. Le droit canonique avait su établir une distinction favorable au pape entre l'« *autorictas* », constituant la pleine souveraineté dont seul pape pouvait être le dépositaire, et la « *potestas* », l'attribution de puissance publique appartenant aux princes. Grâce à ce départage, la papauté avait pu

---

<sup>1046</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 à la p 6.

<sup>1047</sup> D Foyer, *supra* note 997 à la p 370.

<sup>1048</sup> Voir Rapp, *supra* note 866.

remplir son rôle d'arbitre en cas de « conflit » de compétences<sup>1049</sup>. Mais à la fin du XIII<sup>ième</sup> siècle, les deux puissances européennes que sont la France et l'Angleterre, sont toutes les deux à la recherche de ressources pour financer leurs rivalités guerrières. Ils ont la bonne idée de taxer d'office les biens de l'Église, ce qui conduit le Pape Boniface VIII à rappeler sa pleine souveraineté en indiquant qu'une telle taxation ne peut être établie sans le consentement du Saint-Siège. Le Roi de France et le Roi d'Angleterre se tournent respectivement vers leur peuple pour s'opposer à la tutelle temporelle du pape<sup>1050</sup>. À la mort de Boniface VIII et du bref règne de son successeur Benoît XI (1304), le conclave romain se voit obligé de nommer un pape français, Clément V. Clément V et les cardinaux qui lui sont fidèles quittent Rome pour s'installer à Avignon. Cet épisode dit du « Grand Schisme » sonne le glas de l'hégémonie universelle de l'Église de Rome sur les monarchies. Le pape devient alors un protégé du Roi de France ou son « subalterne ». L'omnipotence de l'Église fondée sur des arguments canonistes se voit déclassée au profit de l'absolutisme de la royauté qui conforte aussi son autorité suprême sur la foi<sup>1051</sup>.

La raison d'État et un fort sentiment national, en France et en Angleterre, prennent le dessus sur l'idée d'appartenance à la chrétienté. L'affirmation d'un pouvoir monarchique souverain va signaler le déclin de la justice ecclésiastique pour une durée indéterminée.

## **Chapitre II. La preuve autonome de l'aveu dans les systèmes séculiers de justice pénale dans les traditions de *common law* et inquisitoire de l'Ancien régime (les exemples anglais et français) : l'émergence de l'aveu juridique moderne**

Au milieu du Moyen-Âge (X<sup>ième</sup>-XIII<sup>ième</sup> siècles), comme le souligne Jacques Le Goff, les populations européennes éprouvent un sentiment d'insécurité morale et matérielle<sup>1052</sup>. Le

---

<sup>1049</sup> Vincent, *supra* note 719 aux pp 150-151

<sup>1050</sup> *Ibid* à la p 151. Le pape Boniface VIII fut même violenté par le représentant de Philippe Le Bel à Rome, Guillaume de Nogaret, chargé de faire abdiquer Boniface VIII auquel la royauté française reprochait une nomination illégitime.

<sup>1051</sup> Pirenne, *supra* note 61 aux pp 178-180. Toujours à la recherche de ressources financières pour préparer sa guerre contre l'Angleterre, Philippe Le Bel a dû jouer sur les cours de sa monnaie, saisir le trésor financier de l'Ordre des Templiers qu'il accusa d'hérésie, faisant alors siens les dogmes de l'Église, confisquer les biens des juifs, le tout au nom de la foi.

<sup>1052</sup> Le Goff, *L'Occident médiéval*, *supra* note 531 à la p 298.

groupe ou la communauté d'appartenance offre un rempart à leurs craintes. Affronter ces peurs médiévales ensemble rassure. Ces inquiétudes s'amplifient au cours des siècles suivants et le développement de l'aveu juridique va nous intéresser dans cette phase B du Moyen-Âge<sup>1053</sup> ou de ce que l'on appelle souvent le Bas Moyen-Âge. Cette période, rappelons-le, est marquée par une série de crises. Les spécialistes de cette période débattent et se demandent si ces crises ne constituent qu'une seule et même crise aux multiples facteurs<sup>1054</sup>. Certains voient une série de crises rapprochées, comme la crise frumentaire (1315-1320), les crises financières et monétaires (1335-1345), la crise démographique (1348-1350), chacune avec ses causes particulières, mais chacune contaminant l'autre<sup>1055</sup>. D'autres étudient ces crises dans leur globalité, considérant le facteur démographique comme l'élément déterminant de la crise économique<sup>1056</sup>. Des historiens anglais identifient la Peste Noire de 1348 comme le facteur prépondérant de la crise<sup>1057</sup>. En tout état de cause, les effets de la crise ou des crises se ressentent dès le début du XIV<sup>ième</sup> siècle sur le continent européen et au milieu du XIV<sup>ième</sup> siècle en Angleterre. Selon Jean Delumeau, la peur en Occident atteint toutes les couches de la société et va subsister au-delà du XVI<sup>ième</sup> siècle<sup>1058</sup>. Toutes ces peurs se focalisent dans la peur de l'autre, sur l'hérésie, sur le jugement dernier qui annonce la fin des temps.

Ces peurs collectives sont intériorisées au plan individuel et font naître la peur du lendemain. Apparaît dans la foi chrétienne le concept de purgatoire vers le XIII<sup>ième</sup> siècle<sup>1059</sup>, une idée qui va temporiser l'expectative du pécheur de mourir sans la confession de ses péchés et sa crainte d'aller en enfer. L'Église crée entre l'enfer et le paradis une phase post mortem de jugement individuel par Dieu, le purgatoire. Le sens de la confession sacramentale, désormais obligatoire et qui permet à chaque fidèle d'être absous de ses péchés de son vivant, est encore plus renforcé avec cette alternative du purgatoire.

---

<sup>1053</sup> Balard, Genet et Rouche, *supra* note 916 à la p 222.

<sup>1054</sup> *Ibid*; Arnoux, *supra* note 859.

<sup>1055</sup> Edouard Perroy, « À l'origine d'une économie contractée : les crises du XIV<sup>ème</sup> siècle » (1949) 4:2 Ann Hist Sci Soc 167

<sup>1056</sup> Michael Postan, « Some Economic Evidence of Declining Population in the Later Middle Ages » (1950) 2:3 Econ Hist Rev 221.

<sup>1057</sup> Harry Kitsikopoulos, « The Impact of Black Death on Peasant Economy in England, 1350-1500 » (2002) 29:2 Journal of Peasant Studies 71.

<sup>1058</sup> Jean Delumeau, *La peur en Occident*, Paris, Hachette, Fayard, 1978.

<sup>1059</sup> Jacques Le Goff, *La naissance du Purgatoire*, Paris, Folio Histoire, 1981 [Le Goff, *Purgatoire*].

L'époque donne également lieu à une autre crise, celle du démantèlement des structures politiques féodales en France et en Angleterre. Cette crise annonce une transformation des sociétés entraînant de nouvelles formes d'échanges économiques et laissant entrevoir les germes du capitalisme. Ce n'est qu'à partir du milieu du XV<sup>ième</sup> siècle avec la Renaissance et les « *dynamismes universels* »<sup>1060</sup> du XVI<sup>ième</sup> siècle que la civilisation occidentale acquiert toutes ses caractéristiques distinctives et sort ultimement de l'obscurantisme.

Les nouveaux modes de preuves, d'abord instaurés dans les structures judiciaires ecclésiastiques, vont s'intégrer et devenir de nouveaux modes de preuves dans les régimes séculiers de juridiction français<sup>1061</sup>. Le continent européen qui subit directement l'influence de la renaissance du droit romain (sous l'égide du droit canon), introduit un système de preuves légales. Dans cette phase B du Moyen-Âge, les preuves irrationnelles ordaliques ont été remplacées et l'aveu judiciaire est devenue la reine des preuves. L'aveu lie le juge qui ne dispose d'aucune liberté d'appréciation quant à cette preuve. Il est obligé en présence d'un aveu judiciaire d'entrer en voie de condamnation. Le système de preuves légales s'intègre à une procédure de type inquisitoire que les juridictions séculières pénales françaises vont adopter entre les XIII<sup>ième</sup>-XIV<sup>ième</sup> siècles. Parallèlement, le développement des cours royales renforce l'idée que la monarchie s'identifie et se crédibilise par la loi et la justice. Les pouvoirs législatifs et judiciaires sont exercés par le souverain qui tient la légitimité de son autorité du Divin<sup>1062</sup>. Le juge rend la justice au nom du Roi et au nom de Dieu. Le système des preuves légales permet d'encadrer l'exercice de cette mission divine en enlevant au juge tout pouvoir discrétionnaire ou toute liberté d'appréciation des preuves légales. L'aveu prononcé devant le juge prend dès lors une dimension déterminante et constitue dans ce régime des preuves légales une preuve pleine dont la force probante est concluante. Il devient la pièce essentielle de la procédure. L'importance de cette preuve justifie l'usage de la torture<sup>1063</sup>.

---

<sup>1060</sup> Michel Péronnet, *Le XVIème siècle 1492-1620 : des grandes découvertes à la contre-réforme*, Paris, Hachette, 2005 à la p 18.

<sup>1061</sup> Lévy, « L'évolution de la preuve », *supra* note 233 à la p 57.

<sup>1062</sup> Billoré, Mathieu et Avignon, *supra* note 710 à la p 56.

<sup>1063</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 aux pp 4-8.

Les îles britanniques, par leur insularité géographique et par le développement distinct du pouvoir politique royal, échappent à l'influence du droit romano-canonique. Avec l'institution du *jury* d'origine, les jurés constituent leur propre preuve d'un crime sur la base des informations dont ils sont personnellement la source ou qu'ils collectent dans leur environnement immédiat. La preuve testimoniale va devenir le procédé de preuve prépondérant du régime de preuves en construction dans ce cadre procédural.

L'aveu comme moyen de preuve n'a de valeur probante concluante que s'il est prononcé devant le juge, ce qui laisse supposer que le mensonge est impensable devant un juge anglais. L'aveu judiciaire est nécessairement vrai. Les remarques que nous avons faites sur la valeur probante concluante donnée aux aveux judiciaires dans le système médiéval français peuvent être transposées dans ce cadre anglais. La preuve de l'aveu est constitutive de vérité parce que faite devant le juge qui tire son autorité de Dieu en France comme en Angleterre. Bracton, juriste anglais du XIII<sup>ième</sup> siècle, considère que le juge est assis sur le Trône de Dieu<sup>1064</sup>.

D'entrée de jeu, nous affirmons qu'en raison de la singularité de l'institution du *jury* et de l'autonomie de la common law sur les îles britanniques, il faut distinguer immédiatement deux catégories d'aveux judiciaires : 1° l'aveu judiciaire (première catégorie) devant la juridiction de jugement que nous venons d'évoquer et qui ressemble à son homologue continental, 2° la confession, une autre catégorie d'aveux si particulière au droit anglais, mais une notion autonome en devenir à cette époque. Pour ce développement, il faut mettre le lecteur en garde. Dans la langue française, on a deux mots pour décrire le sujet de nos propos : aveu et confession. En anglais, on a un seul mot : confession. Il est vrai que l'expression « *admission of guilt* » peut être utilisée pour décrire un aveu dans la langue anglaise ou dans le droit anglais. Mais disons tout de suite que dans la langue anglaise et surtout lorsqu'il s'agit de parler de l'aveu en droit anglais, on fait un large usage du mot confession comme si c'était la seule expression existante. Pour notre exposé sur le droit anglais du Bas Moyen-Âge, nous ferons un emploi plus circonscrit et plus prudent du mot « confession » puisque cette thèse est

---

<sup>1064</sup> Henry de Bracton, *On the Law and Customs of England*, vol 2, Cambridge, Published in association with the Selden Society by the Belknap Press of Harvard University Press, 1968 à la p 21.

écrite en français. Lorsque l'aveu d'un suspect est reçu par un autre acteur de justice que le juge ou le jury de la juridiction de jugement dans une phase procédurale préalable à la tenue du procès, nous qualifierons cet aveu de confession. La question sera la suivante : cette confession a-t-elle une force probante aussi déterminante que la première catégorie d'aveu judiciaire? En droit français dans le système de preuves légales, ce type d'aveu ne constituerait qu'une preuve indicière. Pour discuter correctement de ces deux catégories d'aveux en droit anglais au Bas-Moyen-Âge, il est impossible d'asseoir notre analyse sur une affirmation que la procédure pénale est alors inquisitoire ou est accusatoire. On ne sait pas si les juges mènent leurs audiences des assises de manière inquisitoire ou accusatoire. On peut seulement attester du caractère libre de l'investigation du *jury* et de la démarche libre et discrétionnaire de la juridiction de jugement pour parvenir à un verdict. Le caractère accusatoire de la procédure pénale anglaise n'émergera véritablement qu'au XVIII<sup>ième</sup> siècle.

Selon nous, avec l'institution du *jury*, la justice et la détermination de la vérité relèvent tout autant de la mission collective et séculière des jurés que du juge qui tient son autorité de Dieu. Ce caractère collectif et profane du *jury* dans l'administration de la justice anglaise a sans doute permis de « désacraliser » plus rapidement la fonction judiciaire et de donner autant d'importance (et même plus) à la mission terrestre de justice et de vérité de ces laïcs issus de la population qu'à la mission divine du juge royal.

La place de l'aveu judiciaire (première catégorie) et la suppression des pratiques ordaliques dans les deux systèmes judiciaires (français et anglais) est une indication que la vérité passe désormais par la parole de l'accusé et non plus par son corps. Même si la pratique de la torture a existé dans les deux systèmes judiciaires séculiers, elle a conduit à produire une parole indépendante du témoignage de l'accusé qui fonde et crée le statut rationnel de l'aveu en tant que preuve autonome, fiable et vraie lorsqu'une autorité judiciaire ou un acteur de justice la reçoit ou la recueille<sup>1065</sup>. Au cours des XII<sup>ième</sup>-XIII<sup>ième</sup> siècles, nous assistons à l'émergence des assises rationnelles et modernes de l'aveu juridique dans les systèmes de justice pénale anglais (**Section I**) et français (**Section II**) que nous analysons successivement.

---

<sup>1065</sup> Pierre Legendre, « De Confessis, Remarques sur le statut de la parole dans la première scolastique » dans *Actes de la table ronde de Rome*, supra note 43, 401 aux pp 405-407.



## Section I. L’aveu à titre de preuve dans le droit anglais des XII<sup>ième</sup>-XVI<sup>ième</sup> siècles : les premières interrogations sur la fiabilité de l’aveu et sur l’utilité de la torture

Si le droit anglais développe ses propres règles à partir du XII<sup>ième</sup> siècle et crée sa spécificité par rapport aux droits continentaux reposant sur des fondations romano-canoniques (*ius commune*), l’influence du droit romano-canonique n’est pas complètement inexistante en Angleterre. Mais son influence est faible<sup>1066</sup>. Pollock et Maitland qualifient la relation entre le droit anglais et le droit canon d’« attraction-répulsion ». Cette relation ambivalente permet au droit anglais de se développer de manière autonome et de construire sa singularité<sup>1067</sup>. Des auteurs, et pas les moindres, considèrent que l’influence de cette *ius commune* sur le droit anglais a tout de même existé et mérite un examen. Ainsi, Richard H. Helms avance que la *Magna Carta* de 1215<sup>1068</sup>, l’acte par lequel la monarchie anglaise accepte de se soumettre à la loi, aurait subi l’influence du droit romano-canonique<sup>1069</sup>. Rappelons que l’*Habeas corpus* tire son origine de la *Magna carta*. Mais selon la pensée dominante, la *common law* et le droit romain s’opposent dans leurs caractères respectifs distincts; la *common law* révèle, comme l’écrit Harold J. Berman, citant van Caenegem, « un caractère empirique et inductif des “coutumes et droits germaniques et féodaux en Angleterre” » et le droit romain revêt un « caractère dogmatique et déductif »<sup>1070</sup>. Outre l’éloge fait à son émancipation rapide d’un droit ecclésiastique, aucun auteur anglais des XII<sup>ième</sup> - XV<sup>ième</sup> siècles n’identifie l’apport d’une quelconque pensée philosophique originale sur le développement de cette singulière *common law*<sup>1071</sup>. Harold J. Berman mentionne toutefois l’œuvre de Fortescue, jurisconsulte du XIV<sup>ième</sup> siècle, comme ayant pu influencer le développement original de la *common law*. Il souligne

---

<sup>1066</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 125.

<sup>1067</sup> *Ibid* à la p 140 : « *The canon law begins to affect our temporal law sometimes by way of repulsion, sometimes by way of attraction. It is in opposition to the ‘canons and roman laws’ that (if we may so speak) our English becomes conscious of its own existence. In the Constitutions of clarendon we have our first authoritative redaction of hitherto unwritten customs. If our consuetudines are to prevail against the leges and canones, they must be accurately formulated and set in writing* ».

<sup>1068</sup> Voir l’excellent ouvrage de James F Holt, *Magna Carta*, 3<sup>e</sup> éd, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2015.

<sup>1069</sup> Richard H Helms, « Magna Carta and the “ius commune” » (1999) 66:2 U Chicago L Rev 297; voir aussi Thomas Edward Scrutton, *The Influence of Roman Canon Law on the Law of England*, Littleton (Colorado), F B Rothman, 1985.

<sup>1070</sup> Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 726 et Raoul C Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 1973 aux pp 85-110.

<sup>1071</sup> Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 384.

cependant que la pensée de cet auteur s'inscrit dans l'école de pensée de Thomas d'Aquin sur le droit naturel et en vertu de laquelle « *la raison divine est la source du droit* »<sup>1072</sup>. Il faut attendre le XVII<sup>ème</sup> siècle pour constater l'influence de courants philosophiques particuliers sur le développement du droit anglais.

L'institution du *jury* qui aura plusieurs fonctions successives et concomitantes dont celle d'initier les procédures et de présenter l'accusation, celle de rechercher les preuves du délit et celle de juger l'accusé, aura une influence déterminante dans la configuration du droit anglais et dans l'aménagement de l'aveu juridique comme moyen de preuve autonome servant à déterminer la culpabilité de l'accusé à son procès. Cette institution du *jury* subit plusieurs transformations au fil des siècles qui portent sur la configuration plus ou moins étendue de ses fonctions, sur sa composition et sur la définition respective plus précise des rôles du *jury* et du juge.

Commençons l'étude de cette évolution en disant que l'aveu du suspect obtenu lors de la recherche des preuves, devient progressivement un sujet de curiosité pour les juges anglais. Cet aveu en dehors de la juridiction de jugement et préalablement obtenu avant que ne se tiennent les assises, c'est l'aveu que nous qualifions de confession dans notre développement sur le droit anglais. Précisons que nous ne qualifions pas l'autorité qui reçoit ou recueille la confession du suspect. C'est un autre acteur de justice qui va recueillir cette preuve et on ne lui donne ni la qualification d'autorité judiciaire, ni celle d'autorité investigatrice, ni celle d'autorité policière comme nous le ferions si on procédait à l'examen du droit pénal anglais moderne. La confession du suspect constitue une preuve autonome obtenue en dehors de la juridiction de jugement et de façon préalable et doit éventuellement être présentée à la juridiction de jugement. Son aspect distinct de l'aveu judiciaire (première catégorie) commence à apparaître. Cette preuve autonome que constitue la confession va prendre toutes ses caractéristiques distinctives avec les transformations de l'institution du *jury*, avec le développement de diverses formes du procès pénal anglais et ultimement avec les fonctions respectives et séparées du juge et du *jury*. C'est ce que nous examinons dans un premier temps (§1).

---

<sup>1072</sup> *Ibid* aux pp 384-385.

Les fonctions du juge du procès, en l'absence d'un système de preuves légales comme sur le continent, vont se préciser. Comment va-t-il fonder sa conviction, comment va-t-il apprécier les preuves ramassées par le jury ou par d'autres acteurs de justice et comment va-t-il traiter la confession du suspect en particulier? Aucun standard de preuve n'est énoncé par le droit anglais à cette époque. En raison des effets probatoires concluants attribués à l'aveu judiciaire, les juges s'interrogent rapidement sur la valeur probante de la confession et sur les conditions qui président à sa force probante dans le procès. La confession n'a pas automatiquement une valeur probante concluante équivalente à l'aveu judiciaire, la question commence à se discuter. Les juges anglais semblent toutefois moins s'intéresser au contenu de la confession pour juger de sa qualité intrinsèque d'être vraie ou fausse. Leurs réflexions portent davantage sur les circonstances qui ont présidé à son obtention avant qu'il n'arrive sur place pour siéger et juger. Les critères quant au caractère libre, volontaire et conscient de la confession commencent à se dessiner par ces juges. La torture, souvent associée à l'aveu, joue un rôle moins important dans la procédure anglaise par contraste avec celle du continent. On pourrait lier cet impact distinct à cette institution originale du *jury*. Nous étudions la preuve autonome que constitue la confession dans un second temps (§2).

### **§1. Les modes de preuve dans la procédure pénale anglaise, les institutions et les acteurs chargés de constituer et de présenter les preuves à la juridiction de jugement aux XII<sup>ème</sup>-XVI<sup>ème</sup> siècles**

La procédure pénale anglaise médiévale révèle déjà l'emprise de la monarchie sur le système de justice pénale séculier. Comme l'écrit Stanley Bertram Chrimes :

*The monarchy spans the whole of English history; the principal institutions of central government, including parliament, were both royal and medieval in origination; the basic notion of the duty of the subjects to participate in government, and of the overriding supremacy of the law, if not exactly royal in origin, were characteristic features of the medieval polity from a very early date [...]. The foundations of central government in England were laid during medieval period, well before the end of fifteenth century<sup>1073</sup>.*

---

<sup>1073</sup> Stanley Bertram Chrimes, *English Constitutional History*, 4e éd, London et New York, Oxford University Press, 1967 aux pp 49-50.

Nous avons vu qu'en 1166, sous l'impulsion du Roi Henry II, l'*Assize of Clarendon* institue le système du jury d'accusation (*presentment jury*) et trace ce que l'on peut appeler le trait distinctif de la procédure pénale en *common law*. L'article 1 de l'*Assize* dispose en effet :

*In the first place the aforesaid king Henry, by thee counsel of all his barons, for the preservation of peace and the observing of justice, has decreed that an **inquest** shall be made throughout the separate counties, and throughout the separate hundreds, through **twelve of the more lawful men of the hundred**, and through four of the more lawful men of each township, upon **oath** that they will speak the truth: whether in their hundred or in their township there be any man who, since the lord king has been king, has been charged or published as being a robber or murderer or thief; or any one who is a harbourer of robbers or murderers or thieves. And the Justices shall make this inquest by themselves, and the sheriffs by themselves*<sup>1074</sup>.

Cet article indique les modes d'initiation et de fonctionnement des procédures dès le XII<sup>ème</sup> siècle<sup>1075</sup>. Les accusations publiques découlant de l'activité du « *presentment jury* » remplacent dorénavant l'ancien système des accusations privées portées par la victime ou sa famille contre le contrevenant et suscitant un règlement privé. Les accusations sont désormais formulées « *through **twelve of the more lawful men of the hundred**, and through four of the more lawful men of each township* ». Les membres qui composent le *jury* doivent prêter serment, d'où le nom de juré (*juror*). Le serment garantit la promesse d'affirmer solennellement la vérité et de rechercher la vérité. Il assure ainsi l'expectative d'une vie éternelle au plan personnel; par conséquent celui qui ment commet un parjure et risque la damnation<sup>1076</sup>. Le *jury* assermenté a l'obligation de dénoncer tout crime se rapportant à un vol qualifié, à un meurtre ou à un larcin, donc d'initier des poursuites. Ces crimes sont passibles de la peine de mort. Cette liste de crimes avec le temps sera étendue à d'autres infractions<sup>1077</sup>.

Les procédures qui sont initiées en matières criminelles par le *jury* et qui donnent lieu à son investigation aboutissent à la formulation d'accusations généralement présentées au shérif deux fois par an dans le cadre de la procédure d'*assize*. Il arrive également que l'accusation

---

<sup>1074</sup> Tiré de *Assize of Clarendon*, *supra* note 906.

<sup>1075</sup> *Ibid.* L'*Assize of Clarendon* prévoit même la possibilité de mettre le suspect en détention provisoire (voir articles 4, 7 et 14).

<sup>1076</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 à la p 39.

<sup>1077</sup> Richard H Helmholz, « The Early History of the Grand Jury and the Canon Law » (1983) 50:2 U Chicago L Rev 613.

soit directement portée devant les cours royales. D'ailleurs, le shérif doit personnellement transmettre les affaires concernant les crimes les plus graves aux juges royaux<sup>1078</sup>.

Lorsque le *jury* présente ses accusations, il considère déjà que le suspect est probablement coupable puisqu'il est en charge de l'enquête et connaît toutes les preuves recueillies. Le *jury* tient son autorité de cette fonction de poursuite et d'enquête dont il est responsable. Les membres du *jury* doivent dire la vérité au moment de la présentation des accusations en vertu de l'article 1 de *l'Assize of Clarendon* et cette vérité est en quelque sorte déjà déterminée avant les assises<sup>1079</sup>. Par conséquent, en formulant les accusations, le *jury* présente généralement son avis sur le jugement qui doit être rendu.

Au XIII<sup>ième</sup> siècle, un nouveau personnage judiciaire ou magistrat fait son apparition. Il s'agit du *coroner* dont la mission consiste à enquêter conjointement avec le *jury* en matière d'homicides<sup>1080</sup>. Nous le mentionnons car, comme nous le verrons, il reçoit parfois les confessions du suspect.

Avant 1215, l'accusation portée contre le suspect entraînait l'épreuve ordalique de l'eau. Elle consistait à attacher les mains du défendeur derrière ses genoux et à le plonger dans l'eau. Une corde était passée autour de ses reins. Un nœud était effectué sur la corde et servait de point de repère pour l'épreuve. Si le défendeur coulait au delà du nœud il était sauvé car l'eau, symbole de pureté, accepte les innocents. Dans le cas contraire, il était déclaré coupable. Bien évidemment, cette épreuve était précédée d'une liturgie religieuse au cours de laquelle, le

---

<sup>1078</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History, supra* note 64 à la p 40 et les articles 4 à 6 de *l'Assize of Clarendon, supra* note 906 : « 4. And when a robber or murderer or thief, or harbourers of them, shall be taken on the aforesaid oath, if the Justices shall not be about to come quickly enough into that county where they have been taken, the sheriffs shall send word to the nearest Justice through some intelligent man, that they have taken such men; and the Justices shall send back word to the sheriffs where they wish those men to be brought before them: and the sheriffs shall bring them before the Justices. And with them they shall bring, from the hundred or township where they were taken, two lawful men to bear record on the part of the county and hundred as to why they were taken; and there, before the Justice, they shall do their law.

5. And in the case of those who shall be taken on the aforesaid oath of this Assize, no one shall have court or justice or chattels save the king himself in his own court, before his own Justices; and the lord king shall have all their chattels. But in the case of those who shall be taken otherwise than through this oath, it shall be as it ordinarily is and ought to be.

6. And the sheriffs who take them shall lead them before the Justice without other summons than they have from him. And when the robbers or murderers or thieves, or receivers of them, who shall be taken through the oath or otherwise, are given over to the sheriffs, they also shall receive them straightway without delay ».

<sup>1079</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History, supra* note 64 à la p 41.

<sup>1080</sup> *Ibid* aux pp 42-43.

prêtre invitait le suspect à se confesser<sup>1081</sup>. L'épreuve était constitutive de vérité et déclaratoire de verdict.

Après 1215, à la suite de l'interdiction faite par l'Église à ses clercs de participer aux ordalies, la monarchie anglaise recommande à ses juges itinérants de faire usage de leur pouvoir discrétionnaire et de faire appel à leur conscience morale pour rendre la justice. L'institution du *jury presentment* va toutefois faciliter le travail de ces juges. Le jury, en effet, est intrinsèquement constitutif de preuves en raison de sa connaissance personnelle des faits, de ceux qu'il apprend dans son enquête et/ou de la preuve qu'il accumule. La preuve est un mélange de connaissances personnelles, de témoignages, d'ouï-dire et de preuves matérielles récoltées par le *jury*<sup>1082</sup>. Rappelons que les membres de ce *jury* vivent dans la communauté dans laquelle le crime a été commis. Le *jury* présente ses accusations et son dossier de preuves sans devoir prêter serment à nouveau et le juge itinérant lui demande son avis sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé<sup>1083</sup>.

Au XIII<sup>ème</sup> siècle, la procédure se modifie. Le juge du procès transmet le dossier de preuves du *presentment jury* à un jury de jugement (*trial jury*), généralement issu d'une autre division administrative (ou circonscription judiciaire), à savoir un autre *Hundred*. Il est demandé à ce *trial jury* de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Le *jury trial* apprécie donc les preuves récoltés par le *presentment jury*. Vers la fin du XIII<sup>ème</sup> siècle, le système des juges itinérants est presque tombé en désuétude. L'irrégularité et le caractère sporadique des assises tenues par les juges itinérants ne résultent pas en un bon service de justice pour la communauté. De plus, cette justice itinérante désorganise la vie de la communauté et les juges semblent davantage préoccupés de vider les prisons que de siéger avec diligence et régularité sur les affaires pendantes et en attente de jugement.

Les juges itinérants sont finalement remplacés par des juges royaux. Ils se réunissent également deux fois par an dans le cadre d'*assizes* et n'arrivent pas à de meilleurs résultats d'efficacité pour la population qui souffre de leurs rares présences. Le *jury of presentment* est

---

<sup>1081</sup> Sanjeev Anand, « The Origin, Early History, and Evolution of English Criminal Trial Jury » (2005) 43 *Alta L Rev* 407 aux pp 410-413.

<sup>1082</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 aux pp 58-60.

<sup>1083</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 aux pp 679-680.

maintenu mais il présente dorénavant ses accusations au shérif ou à d'autres représentants de la justice royale. Par ailleurs, il devient de plus en plus difficile de trouver des *jurors* du même village pouvant exercer ces fonctions. Cette difficulté s'explique peut-être par la peste noire qui a eu l'effet de décimer la population. Bref, la fonction doit être exercée en puisant dans un bassin plus large de personnes aptes à devenir jurés.

Le *jury of presentment* s'élargit en étant recruté dans tout le comté (*Grand jury*). Par conséquent, certains jurés n'ont pas de connaissance personnelle de l'affaire criminelle qui doit être investiguée alors que d'autres membres du *jury* sont plus proches des événements et font partie de la communauté de l'auteur du crime. La preuve du *jury* va davantage reposer sur les témoignages, notamment sur celui de la victime si celle-ci est en vie. Dans le cas contraire, reconstituer les faits et recueillir la preuve peuvent s'avérer plus difficiles. Les jurés doivent se fier davantage sur les témoignages de personnes qui ont une meilleure connaissance des faits criminels qu'eux-mêmes. L'institution du jury évolue du *presentment jury* à l'*indictment jury*. Cet *indictment jury* doit éventuellement entendre des témoins avant de pouvoir formuler des accusations; ce jury d'accusation est à l'origine du *Grand jury* moderne qui existe actuellement aux États-Unis. Cet *indictment jury* contribue sans doute à mieux circonscrire les accusations et à filtrer celles qui sont arbitraires<sup>1084</sup>.

Au XIV<sup>ième</sup> siècle, apparaissent de nouveaux acteurs dans les enquêtes criminelles. Nous connaissons déjà le *coroner* qui s'est lié au jury en matière d'homicides, s'ajoutent désormais le *constable* et l'huissier (*bailiff*)<sup>1085</sup>. Le *constable* procède aux arrestations des contrevenants et s'occupe de leur détention avant le procès. C'est aussi durant cette période que les Juges de Paix (*Justices of the Peace*) remplacent les *Shires courts* et les *Hundred courts*.

À la fin du XIV<sup>ième</sup> siècle, le juge de paix est en charge pour les délits mineurs (*petty offense*), de rassembler les preuves, de procéder aux interrogatoires des témoins et du suspect. Il réalise le travail que le jury d'accusation opérait autrefois. John H. Langbein précise que le

---

<sup>1084</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 aux pp 210-227.

<sup>1085</sup> *Ibid* à la p 229.

juge de paix ne doit pas interpréter ces preuves, ni faire connaître son appréciation<sup>1086</sup>. Il transmet tel quel son opinion au juge du procès qui en fera la lecture au jury de jugement.

C'est au XVI<sup>ième</sup> siècle que la procédure pénale anglaise commence à avoir ses caractéristiques modernes<sup>1087</sup>. La phase préparatoire du procès se précise avec de nouvelles fonctions attribuées au juge de paix en plus de celle de ramasser les preuves pour les délits mineurs. Les juges de paix ont désormais la charge des libérations provisoires des détenus en attente de procès concernant les crimes les plus graves (*felonies*). En raison des abus commis par certains juges de paix lors de ces procédures de libération provisoire, le *Marian Bail Statute* de 1554<sup>1088</sup> dispose que deux juges de paix doivent dorénavant siéger ensemble pour statuer sur les questions se rapportant à la libération provisoire des détenus en attente de leur procès. Dans le cadre de cette procédure de libération provisoire, un dossier établi par le juge de paix rassemble les preuves au soutien de l'accusation et recueille les déclarations du suspect. En 1555, le *Marian Committal Statute*<sup>1089</sup> élargit la mission confiée aux juges de paix. En plus de procéder au rassemblement des preuves, ils doivent s'assurer que les témoins de l'accusation et que la personne à l'origine de l'accusation (la victime ou un proche) seront présents lors du procès avec juge et jury.

L'accusé à l'étape du procès pour les crimes les plus graves (*felonies*) va ainsi être confronté aux témoins de l'accusation dont les témoignages ont été rassemblés dans une phase préparatoire et préalable<sup>1090</sup>. Ces réformes du XVI<sup>ième</sup> siècle annoncent la forme adversaire que va prendre le procès pénal anglais deux siècles plus tard. Nous verrons cette évolution de la procédure dans notre Titre II.

## **§2. La place de la confession dans le système de justice pénale anglais à compter de l'Assize of Clarendon jusqu'au XVI<sup>ième</sup> siècle**

Avant l'Assize of Clarendon de 1166, la pratique de la Clameur du Haro (*Hue and Cry*) oblige le témoin d'un délit à le dénoncer haut et fort. Pollock et Maitland mentionnent même

---

<sup>1086</sup> *Ibid* aux pp 238-241.

<sup>1087</sup> *Ibid* à la p 243.

<sup>1088</sup> (R-U), (1554-1555), 1 & 2 Phil & Mar, c 13.

<sup>1089</sup> (R-U), (1555), 2 & 3 Phil & Mar, c 10.

<sup>1090</sup> John H Langbein, « The Origins of Public Prosecution at Common Law » (1973) 17:4 Am J Leg Hist 313 [Langbein, « Public Prosecution »]; voir aussi Langbein, *Prosecuting Crime*, *supra* note 64 aux pp 6-20.



que celui qui se trouve à proximité d'un corps sans vie et qui omet de « clamer » l'homicide risque d'être perçu comme le premier suspect du crime<sup>1091</sup>. De même, l'individu capturé avec les produits du crime entre les mains est systématiquement pendu ou décapité sans qu'il puisse s'expliquer<sup>1092</sup>. Les paroles explicatives ou disculpatoires du suspect, qui est immédiatement déclaré coupable par un tribunal de fortune aux méthodes expéditives, ne comptent pas. Il n'y a même pas de délibération ou de discussion pour l'obtention d'un aveu. Les faits de flagrant délit et les preuves matérielles incriminantes constituent implicitement et intrinsèquement des aveux. En l'absence de « flagrant délit » ou d'une situation qui s'en approche, la preuve du crime résulte rapidement des affirmations de témoins oculaires, d'une confession du suspect, de son serment purgatoire, ou encore d'une ordalie<sup>1093</sup>.

En 1166, en faisant allusion à la « confession » dans son article 1, l'*Assize of Clarendon* place ce procédé de preuve au cœur du régime de vérité alors en vigueur (jury, juge, etc...). À partir du XII<sup>ème</sup> siècle, les juges des cours royales commencent à s'intéresser à la confession et aux conditions qui ont entouré son obtention dans une phase préalable au procès et sous l'autorité d'un autre acteur de justice. Les juges abordent déjà les questions sur le caractère libre, volontaire et même conscient de la confession du suspect lorsque l'avouant devient l'accusé lors de leurs assises. Leurs discussions annoncent la règle moderne des confessions (ou des aveux extrajudiciaires) et ces discussions ont cours parce qu'ils ont, à la différence de leurs homologues français obéissant à un système de preuves légales, toute liberté dans l'appréciation des preuves qui leur ont été soumises. Cette liberté conduit les juges à faire preuve d'imagination dans le traitement des preuves et à faire usage de la raison et de l'argumentation dans leur démarche pour parvenir à un verdict. On remarque aussi que les juges royaux manifestent un certain détachement à l'égard des aspects religieux que revêt la confession d'un accusé. Ils ne semblent pas accorder un intérêt particulier aux effets de la confession sur la conscience de l'accusé. Mais, on suppose tout de même que l'effet juridique absolu ou la force probante concluante conférée à l'aveu judiciaire (première catégorie) doit

---

<sup>1091</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 608.

<sup>1092</sup> *Ibid.*

<sup>1093</sup> Georges C Thomas III et Richard A Leo, *Confessions of Guilt, from Torture to Miranda and Beyond*, New York, Oxford University Press, 2012 à la p 21 [Thomas et Leo, *Confessions*]; voir aussi Bartlett, *supra* note 984 à la p 29.

influencer leur point de vue sur la force probante de la confession obtenue avant la tenue du procès par d'autres acteurs de justice jouissant d'une grande probité. La confession à un autre acteur de justice, tout comme l'aveu judiciaire (première catégorie), n'est-il pas empreint de sacré et de divin par ricochet? La confession a-t-elle la même force probante lorsqu'elle devient une preuve au procès devant le juge? C'est ce que l'on examine avec la « jurisprudence limitée » de la *common law* de cette période médiévale.

Faire usage de discrétion et de raison n'implique pas cette justice pénale royale et médiévale issue de l'Assize de Clarendon ait rejeté pour autant la torture. À l'instar des procédures continentales qui réservent une large place à la torture dans leurs régimes de véridiction, le droit britannique a fait de la torture une source de vérité dans certaines circonstances de son développement. Il ne faut pas glorifier trop vite l'institution du *jury*. Les juristes de tradition continentale ont tendance à l'idéaliser. Mais des auteurs anglais l'ont trouvée tout aussi impénétrable, obscure et discutable que l'ordalie : « *Like the ordeals, the jury also was in crustable* » écrit Plucknett<sup>1094</sup>. Mais la cruauté de cette procédure pénale anglaise réside davantage dans l'irrationalité des membres laïcs qui composent les premiers *jurys* et qui ont l'initiative d'initier les poursuites et de constituer les preuves d'un crime. Ils ne l'ont pas fait nécessairement de façon rationnelle et rigoureuse. Les jurés se sont fondés souvent sur des affirmations péremptoires plutôt que sur un raisonnement logique pour parvenir à une conclusion sur la culpabilité du suspect<sup>1095</sup>. En cela, comme nous le verrons ci-après, le système continental de preuves légales pour juger de la valeur probante des procédés de preuves est à la même époque plus rigoureux que le système anglais fondé sur la liberté d'appréciation des preuves par le jury. Comme l'écrit Langbein « *medieval juries came to court more to speak than to listen* »<sup>1096</sup>. Le jury intervient plus souvent qu'autrement pour faire valoir sa vérité en tant que la vérité. Ceci étant, lorsque le *jury* cesse à partir du XV<sup>ième</sup> siècle d'être une institution d'enquête biaisée qui s'auto-alimente en preuves en faveur d'un jury plus objectif qui reçoit des témoignages, l'institution progresse incontestablement. La

---

<sup>1094</sup> Theodore Frank Thomas Plucknett, *Edward I and Criminal Law*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 1960 à la p 75.

<sup>1095</sup> Pollock et Maitland, *supra* note 877 à la p 691.

<sup>1096</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 à la p 78.

raison comme méthode d'analyse de la preuve qui lui est soumise devient plus opérationnelle. Mais, l'usage de la torture comme processus de véridiction fait aussi son apparition au même moment. Le recours à la torture demeure toutefois exceptionnel par rapport à son usage plus fréquent dans le droit continental français.

Nous voyons dans un premier temps les premières tribulations de la justice pénale anglaise autour de la confession (A). Nous analysons l'usage limité de la torture dans un second temps (B).

### **A) La confession devant les cours royales aux XII<sup>ième</sup>- XV<sup>ième</sup> siècles: les premières interrogations sur l'autonomie et la force probante de la confession**

L'article 13 de l'*Assize of Clarendon* dispose que :

*And if any one shall confess before lawful men, or in the hundred court, concerning robbery, murder, or theft, or the harbouring of those committing them, and afterwards wish to deny it, he shall not have law*<sup>1097</sup>.

Une « confession » exprimée devant des hommes dont la probité ne peut être remise en cause ou devant une cour des *Hundreds* portant sur un vol qualifié, un meurtre ou un larcin, fait foi et ne peut être rétractée. Selon Georges C. Thomas III et Richard A. Leo, cet article 13 constituerait l'énoncé de la première condition d'admissibilité de la confession pour que celle-ci soit considérée comme une preuve fiable incontestable par le juge de la juridiction de jugement. Au XII<sup>ième</sup> siècle, cette fiabilité dépend du cadre judiciaire dans lequel la confession a été faite<sup>1098</sup>.

Manifestement, on a déjà trois situations possibles d'aveux dans le contexte de la procédure anglaise : l'aveu judiciaire de première catégorie (ou devant un juge ou une juridiction de jugement comme celui connu sur le continent), l'aveu que nous qualifions de « confession » qui est obtenu dans une phase antérieure au procès par des hommes de probité ou recueilli par d'autres acteurs de justice et la simple confession (*mere confession*), soit l'aveu fait à une personne en dehors de toute procédure criminelle. Si on a trois situations

---

<sup>1097</sup> Tiré de l'*Assize of Clarendon*, *supra* note 906.

<sup>1098</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 24.

d'aveux, on n'a pas clairement trois catégories juridiques d'aveux. On n'a pas encore départagé l'aveu judiciaire et la confession ; on semble réserver l'expression confession (*mere confession*) aux aveux à une personne qui n'est pas un acteur du système de justice et qui est faite en dehors du système de justice et qui, seuls, appartiendraient à la catégorie des aveux extrajudiciaires.

La *mere confession* faite en dehors de la procédure par un suspect et reçue par un témoin ou par la victime qui la rapporte ensuite aux autorités de justice n'emporte pas d'effet probant spécifique si ce n'est d'entraîner des poursuites. En revanche, en vertu de l'article 13 de *l'Assize of Clarendon*, un aveu prononcé en cour (aveu judiciaire) conduit obligatoirement à un verdict de culpabilité. Mais c'est la situation intermédiaire qui nous intéresse, soit la confession recueillie dans une phase antérieure au procès par une autorité de justice ou par un jury et qui n'a pas été faite devant le juge de la juridiction de jugement. L'article 13 laisse entendre que sa force probante serait aussi grande qu'un aveu judiciaire ou qu'il s'agit d'un aveu judiciaire. Georges C. Thomas III et Richard A. Leo ont procédé à l'analyse des décisions des *Yearbooks*<sup>1099</sup> à partir de la base de données établie par le professeur d'histoire du droit David J. Seipp (*the Seipp's abridgements*)<sup>1100</sup>. Le mot « confession » y est recensé 638 fois. Les décisions contenant cette expression concernent aussi bien des affaires civiles que pénales. Georges C. Thomas III et Richard A. Leo ont concentré leur analyse sur les décisions pénales. Avec ces affaires, nous trouvons une « petite » jurisprudence qui discute de la force probante d'une telle confession et discutent de questions qui détermineront les fondations futures de la règle moderne des confessions.

La première affaire qui porte sur la force probante d'une confession, date de 1295<sup>1101</sup>. L'analyse de l'extrait mentionné dans le *Yearbook* laisse penser que cette affaire est entendue devant une cour royale dans le cadre de ses *assizes*. L'accusation est présentée par un *jury of presentment*. Le défendeur est accusé d'un vol qualifié et d'un meurtre. Selon la règle du

---

<sup>1099</sup> Les *yearbooks* sont les annuaires juridiques médiévaux de l'Angleterre (law reports) qui entre 1290 et 1535 compilent plus de 22 000 décisions ou de « *pleas* » qui permettent de comprendre aujourd'hui l'évolution de la common law. Voir M Morin, *supra* note 876 aux pp 255-256.

<sup>1100</sup> Voir Boston University School of Law, *Legal History: The Yearbooks*, en ligne : <[www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/](http://www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/)>.

<sup>1101</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 24.

*presentment jury*, le jury a émis l'avis que le défendeur est probablement coupable. Le défendeur a fait des aveux écrits au *coroner*, c'est-à-dire au magistrat chargé d'enquêter sur l'homicide. Le *coroner* a transmis ces aveux écrits à la cour. Afin que la cour puisse condamner le défendeur sur le fondement de cette preuve, il est requis de réitérer cette confession devant la juridiction de jugement. En vertu de l'article 13 de *l'Assize of Clarendon*, un aveu judiciaire a un caractère probatoire concluant et permet au juge de prononcer un verdict de culpabilité. Pour cette confession, le juge semble donner à l'accusé la possibilité de la rétracter ou d'affirmer qu'il ne l'a jamais faite. Si l'accusé se rétracte ou nie, le juge retourne la question au jury pour lui faire émettre un avis sur la culpabilité de l'accusé à la lumière des preuves accumulées contre lui. On peut présumer que le jury a déjà donné un effet probatoire concluant à la confession devant le *coroner*, la traitant comme un aveu judiciaire ayant un impact probant déterminant.

À l'audience, le défendeur interrogé par le juge sur sa confession faite au *coroner* expose les raisons qui l'ont conduites à formuler des aveux. Il invoque les conditions difficiles de sa détention avant procès. Il soutient qu'elles l'auraient poussé à avouer pour mettre un terme à ce supplice. Le défendeur laisse ainsi entendre sans le dire explicitement qu'il a fabriqué ses aveux pour sortir de sa geôle exécrable et que sa confession est fausse. En d'autres mots, l'accusé par ses explications rétracte sa confession faite au *coroner*.

Comme le soulignent Georges C. Thomas III et Richard A. Leo, le jugement retranscrit dans le *Yearbook* ne mentionne pas les raisons qui ont conduit le défendeur à soulever cet argument<sup>1102</sup>. Mais le juge ne semble pas donner un plein effet probatoire à cette confession qui n'a pas été faite devant lui. Il décide de pousser ses investigations plus loin et fait venir à la barre des témoins trois codétenus pour qu'ils témoignent sur leurs conditions de détention. Plus exactement, il leur demande si les allégations du défendeur au sujet du caractère exécrable de sa détention sont vraies. Les trois codétenus répondent unanimement et laconiquement que non<sup>1103</sup>! Le juge ne se contente pas de cette preuve ; il entend sous serment le gardien de prison. Le serment, acte au fondement religieux, procure au témoignage une

---

<sup>1102</sup> *Ibid* à la p 25.

<sup>1103</sup> *Ibid*, « *To decide Butler's claim, the justices sent for the prisoners and asked them if the conditions were as Butler described. According to the report: "they say no" ».*

crédibilité quasi absolue. Le gardien de prison, à l'instar des trois codétenus, confirme que les conditions de détention n'ont rien à voir avec les allégations de l'accusé.

Le juge se tourne alors vers le défendeur pour obtenir plus d'explications. Il se dérobe en soulevant un autre argument portant sur l'absence de compétence de la cour royale en raison de sa qualité de clerc de l'Église. Il invoque son privilège du *for*. La cour rejette finalement les explications du défendeur et le jury le déclare coupable.

Ce qui nous intéresse dans cette décision, c'est l'attitude du juge à l'égard de la confession de l'accusé au *coroner*. Il refuse de l'assimiler immédiatement à un aveu judiciaire emportant une force probante concluante pour un verdict de culpabilité. De plus, par la preuve supplémentaire des témoignages des codétenus et du gardien de prison, le juge s'est interrogé sur la véracité de la confession. Il a testé la fiabilité de la confession et considéré que des conditions déplorables de détention pouvaient conduire un suspect à faire une fausse confession. Pour le juge, les fausses confessions ne peuvent avoir un effet probant concluant de culpabilité même s'il elles ont été faites à une autorité de justice comme un coroner. Donc, voilà l'esquisse d'une distinction entre la force probante respective et différente de l'aveu judiciaire et de la confession dans ce précédent anglais.

D'autres précédents recensés par Georges C. Thomas III et Richard A. Leo sur les confessions qui remontent à 1348 méritent quelques commentaires<sup>1104</sup>. Dans la précédente affaire, la cour s'est interrogée sur la véracité de la confession et indirectement sur son caractère libre et volontaire. Dans ce second cas d'espèce, la cour concentre son intérêt et ses réflexions sur l'état d'esprit de l'avouant. Elle veut s'assurer que le défendeur comprend bien la portée de ses explications faites au tribunal dans lesquelles on trouve un aveu judiciaire et qu'il en est bien conscient. Dans cette affaire, le *jury of presentment* a présenté une accusation de meurtre contre le défendeur. Le juge interroge le défendeur afin qu'il fournisse des explications sur l'affaire compte tenu de la version incriminante présentée par le *jury*.

Le défendeur explique que l'homicide dont il est accusé résulte d'un accident. En voulant poignarder une autre personne, la victime s'est soudainement interposée entre le

---

<sup>1104</sup> *Ibid* aux pp 26-27.

défendeur et sa cible initiale et a reçu le coup fatal par erreur. Cette explication comporte en soi un aveu judiciaire et en vertu de l'effet probatoire concluant de cet aveu, le défendeur doit être trouvé coupable et ne peut échapper à la peine de mort<sup>1105</sup>. En s'expliquant sur les circonstances de l'homicide, le défendeur se condamne à mort. La cour décide que si le défendeur consent à être jugé par un *jury*, la cour suspend le procès qu'il instruisait et, de cette façon, ne tient pas compte de son aveu.

La cour fait ici usage d'un pouvoir discrétionnaire dans un système où la liberté de preuve et l'absence de règles constituent la norme. Le juge prend une décision quant à un aveu judiciaire, vraisemblablement véridique, sur la base qu'il n'a pas été fait par l'accusé en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant pleinement conscience de ses conséquences rédhibitoires et dramatiques sur lui. La cour donne ainsi au défendeur la possibilité de se rétracter dans un autre type de procédure en ne recommençant pas avec des « *explications comportant un aveu* ». Le défendeur ne sachant pas que ses explications contenaient un aveu judiciaire, le juge lui témoigne de la compassion même si cette preuve d'aveu est réputée concluante et vraie. Selon Georges C. Thomas III et Richard A. Leo, le juge semble ici manifester de la compassion à l'égard du défendeur. En 1348 l'Angleterre est, comme le reste de l'Europe, violemment frappée par la peste noire. La mort qui surgit de tout côté aurait, selon ces auteurs, permis au défendeur d'éviter la peine capitale<sup>1106</sup>. Il y a suffisamment de décès causés par cette pandémie que la cour ne voulait pas être responsable d'une mort supplémentaire. Nous retenons de cette décision pour notre part que le juge ne s'intéresse pas qu'à la véracité d'un aveu judiciaire cette fois, mais à son caractère libre et volontaire aussi. Même si dans cette affaire, on avait manifestement affaire à un aveu judiciaire en bonne et due forme, le juge anglais n'hésite pas à vérifier si cet aveu résulte du libre arbitre de celui qui l'énonce.

---

<sup>1105</sup> *Ibid* à la p 26 : « *Justice William de Thorp, Chief Justice of the King's Bench, said that the defendant's explanation was "cause enough to adjudge him to death, because it was the law that it two persons fought together, and one came between them to settle (appeaser) the contest, and one or the other struck and killed him, he was guilty of this felony, because he began the wrong (le mal), and did it of his own wrong, and not by misadventure" ».*

<sup>1106</sup> *Ibid* à la p 27.

Georges C. Thomas III et Richard A. Leo mentionnent une autre affaire datant de 1411 dans laquelle la cour informe directement l'accusé sur les conséquences déterminantes et négatives de sa confession sur sa culpabilité<sup>1107</sup>. C'est encore une manière d'insister sur l'autonomie de la confession à titre de preuve dans la procédure criminelle anglaise.

Nous ne pouvons conclure sur la base de ces quelques décisions, au demeurant espacées dans le temps, qu'un droit des confessions existe à partir du XIII<sup>ème</sup> siècle. Les tribunaux donnent généralement plein effet aux aveux judiciaires et aux confessions obtenues ou reçues par une autorité de justice<sup>1108</sup>. Ces premières décisions sont toutefois le prélude à l'exposé des questions litigieuses autour de la preuve autonome des confessions (indépendante du témoignage de l'accusé) et de son effet probant sur l'issue du procès. Dans ce droit futur, on se demandera si la confession est vraie, on se demandera si elle a été obtenue de façon libre et volontaire, on se demandera si des actes de contrainte et de violence sur le suspect l'ont conduit à faire de faux aveux. Mais tel n'est pas le droit encore. À cette époque, le silence de l'accusé ou le refus de s'expliquer sur la version des faits présentée par le *jury* constitue plutôt un signe de malice et vaut aveu ou confession<sup>1109</sup>.

Un certain nombre de pratiques ayant cours en Angleterre au Bas Moyen-Âge montrent que la contrainte sur le suspect constitue un outil courant pour produire ou lui extorquer la vérité. Nous avons déjà évoqué la *peine forte et dure* par laquelle on maintient en détention un suspect avant procès tant qu'il n'a pas accepté d'être jugé par *jury* (entendu ici comme le *jury of presentment* qui outre le rassemblement des preuves se chargeait de suggérer un verdict au juge itinérant), c'est-à-dire tant qu'il n'a précisé son plaidoyer, à savoir coupable ou non coupable. Le plaidoyer de non culpabilité du défendeur au début de la procédure vaut acceptation d'être jugé par un *jury*. Rappelons que ce consentement constitue une condition préalable à l'exercice de la juridiction du *jury*<sup>1110</sup>. Le fait de rester silencieux à cette étape

---

<sup>1107</sup> *Ibid* aux pp 27-28.

<sup>1108</sup> *Ibid* à la p 28; Georges C. Thomas III et Richard A. Leo fournissent l'exemple du défendeur dans une affaire de 1345 qui avoue avoir aidé en tant que complice l'auteur principal de l'homicide et qui soutient que tant que l'auteur principal n'a pas été appréhendé et jugé, sa confession ne saurait jouer contre lui. La cour considère au contraire qu'elle doit donner plein effet à l'aveu judiciaire. Sa défense aurait en revanche pu recevoir application dans le cas où l'affaire avait été soumise au *jury*.

<sup>1109</sup> *Ibid* à la p 29.

<sup>1110</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 à la p 75.



empêche la tenue d'un procès ou suspend le déroulement du procès si l'accusé refuse de témoigner. Le procès par *jury* avant 1215 demeure aussi un moyen d'échapper à l'épreuve des ordalies. Le procès par *jury* a en effet permis des modes alternatifs de preuves moins arbitraires que ces épreuves irrationnelles. Mais le recours au *jury* implique le consentement préalable du défendeur. Avec l'interdiction des ordalies, le procès avec et par *jury* devient la procédure la plus courante pour juger les crimes les plus graves.

Afin de contourner cette exigence du consentement du défendeur et de favoriser le recours plus fréquent à des procédures avec *jury*, le pouvoir royal instaure en 1275 le système de *la peine forte et dure* pour forcer le défendeur à donner son accord<sup>1111</sup>. Comme le souligne James Bradley Thayer, le défendeur est placé en détention où il subit les pires sévices (des pressions pour donner ce consentement) :

*In Britton (about 1291-2), we find details which are not in the statute: « That they be barefooted, ungirt and bareheaded, in the worst place in the prison, upon the bare ground continually night and day, that they eat only bread made of barley or bran, and that they drink not, the day they eat, nor eat, the day they drink, nor drink anything but water, and (il soint enfyrge) that they be put in irons ». Fleta, a book which the writer of Britton is supposed to have had in his hands, says nothing of putting in irons. In the middle of the next century it was found possible by a woman to live forty days under the penance; I so that although a miracle is intimated, in saying of this woman that she lived « without food or drink », it has been supposed that they did not yet press the prisoners. But this is probably a mistake; the penance may have been varied in the case just referred to. Pressing appears to be mentioned in the « Mlirror »; and in the Cornish iter of 1302 we find what appear to be two cases of this sort, and one or two other cases of the graunt penance, in which the full details are not given. The penance is described in the case of John de Dorley and Sir Ralph Bloyho s thus: « that he should be put in a house on the ground in his shirt, laden with as much iron as he could bear (charge de taut defer cum il poitporter), and that he should have nothing to drink on the day when he had anything to eat, and that he should drink water which came neither from fountain nor river ». In 1406, we find Gascoigne, by advice of all the justices, awarding the penalty with further details. Two appealed of robbery and « mute of malice, to delay*

---

<sup>1111</sup> *Ibid.* Voir aussi James Bradley Thayer, *A preliminary treatise on evidence at the common law*, Boston, Little, Brown, and Co, 1898 aux pp 70-74, en particulier à la p 74 « *The Statute of Westminster the First (3 Edw. I. c. 12) enacts, in 1275, that "Notorious felons, openly of ill fame, who will not put themselves on inquests for felonies with which they are charged before the justices at the king's suit, shall be put in strong and hard imprisonment (en le prison forte et dure) as refusing the common law of the land. But this is not to be understood of persons who are taken on light suspicion."* This appears to be the first mention of what came to be known as the *peine forte et dure* ».

*their death* », *are to lie on the ground naked, save trowsers, to have put upon them as great a weight of iron as they can bear and more (tant deferr et pois come ils puissent porter et plus), and to have for food only the poorest bread that can be found, and standing water from the place nearest to the jail, and these only on alternate days, bread only on one day, and only water on the next, -and so to lie till death*<sup>1112</sup>.

Plusieurs contrevenants suspectés de crimes refusent d'être jugés par *jury*. La raison est la suivante : en cas de condamnation, leurs héritiers ne peuvent plus recevoir en héritage leurs biens qui leur reviennent de droit et qui sont généralement confisqués par suite d'un verdict de culpabilité. En l'absence d'un verdict de culpabilité, l'héritage des suspects demeure transmissible. Dès lors, ces contrevenants préfèrent succomber sous l'effet de *la peine forte et dure* afin de préserver les intérêts de leurs héritiers que de consentir à la procédure par *jury* dont l'issue est un verdict<sup>1113</sup>. On doit voir dans cette pratique une forme d'expression de torture en tant que substitut d'une reconnaissance de culpabilité. Le refus du défendeur de donner son consentement à être jugé par un *jury* a plus de chances de survenir lorsque le défendeur sait que le *jury* détient des preuves extrêmement probantes de sa culpabilité. Dans ce cas, son refus ressemble à un aveu. Mais, il est impossible d'inférer que toutes les situations d'absence de consentement constituent des situations de culpabilité probable. Des défendeurs peuvent être aux prises avec des preuves incriminantes qu'ils ne peuvent contrer alors qu'ils sont tout à fait innocents. Leur refus de consentir à être jugé par *jury* ne peut construire l'inférence d'un aveu. Mais lorsqu'au Bas Moyen-Âge la *peine forte et dure* est d'usage courant, elle a comme seule fonction de créer une pression sur le prévenu pour qu'il accepte d'être jugé par le *jury*. La *peine forte et dure* ne sert pas à construire une preuve d'aveu dans le futur procès par *jury*.

Pour cette raison, il semble difficile de faire un lien de cause à effet entre *la peine forte et dure* (en tant que forme de torture) et l'obtention d'aveux sous la torture dans la procédure anglaise, le sujet que nous abordons maintenant<sup>1114</sup>.

---

<sup>1112</sup> *Ibid* aux pp 74-75 et plus généralement aux pp 74-81.

<sup>1113</sup> Langbein, *Torture*, *supra* note 842 à la p 75.

<sup>1114</sup> Voir aussi en ce sens, *ibid* à la p 76.

## B) L’aveu et la torture aux XVI<sup>ième</sup>-XVII<sup>ième</sup> siècles : la pratique peu courante des mandats autorisant la torture

John H. Langbein, dans son ouvrage sur les liens entre la torture et les règles de preuve, souligne que la pratique des supplices n’a jamais constitué en Angleterre un outil d’enquête criminelle aussi répandu que sur le continent européen. La torture n’aurait presque jamais fait partie des usages courants de la procédure pénale anglaise<sup>1115</sup>. Il s’appuie pour illustrer cette prétention sur un certain nombre d’auteurs anglais des XV<sup>ième</sup>-XVI<sup>ième</sup> siècles comme Sir John Fortescue, Sir Thomas Smith et Sir Edward Coke qui célèbrent, dans l’unanimité, cette vertu à laquelle peut prétendre la procédure criminelle anglaise<sup>1116</sup>. Mais, comme l’écrit Langbein, cette prétention n’est pas tout à fait exacte. Selon nous, elle relèverait même d’une certaine condescendance anglaise exprimée dans le contexte des nombreuses rivalités historiques franco-anglaises. Langbein souligne, par ailleurs, que certains des auteurs précités ont fait partie de commissions d’examen instituées après des événements politiques controversés et au sujet de suspects accusés injustement et qui ont subi la torture<sup>1117</sup>.

Trois monarques ont eu recours à la torture entre 1540 et 1640, période que Langbein qualifie de siècle de la torture<sup>1118</sup>. Il s’agit d’Henry VIII (1491-1547), Marie I<sup>ère</sup> (1516-1558, plus connue sous le nom de *Mary Tudor* et surnommée « *Bloody Mary* ») et Elizabeth I<sup>ère</sup> (1533-1603). L’usage de la torture, durant cette période, exigeait l’autorisation du Conseil Privé (*Privy Council*) ou du Roi lui-même et exigeait un mandat (*warrant*). Langbein a recensé entre 1540 et 1640 plus de 80 cas de torture<sup>1119</sup>. Ces affaires portent essentiellement sur des crimes contre le pouvoir (haute trahison, sédition, blasphème ...). Seul le quart de ces

---

<sup>1115</sup> Langbein, *Torture*, supra note 842 à la p 73.

<sup>1116</sup> *Ibid*, « *Sir John Fortescue writing about 1740, points to the practice in France where ‘criminals and suspected criminals are afflicted with so many kinds of tortures ... that the pen scorns to put them in writing’*. *Sir John Thomas Smith, writing from France in 1565, announces that : “torment ... which is used by the order of civil law and custom of other countries ... is not used in England, is taken for servile”*. *And Sir Edward Coke’s Third Institutes, written in 1620s, cites Fortescue’s remarks with approval and concludes that “there is no one opinion in our books, or judicial record ... for the maintenance of tortures or torments...”* ».

<sup>1117</sup> *Ibid*.

<sup>1118</sup> *Ibid* aux pp 71-128.

<sup>1119</sup> *Ibid* à la p 71.

affaires concernent des crimes de droit commun comme l'homicide, le vol qualifié, ou encore le vol de chevaux<sup>1120</sup>.

Au cours de cette période sanglante, et vers la fin du XV<sup>ième</sup> siècle, la procédure pénale anglaise a déjà connu de nombreux changements significatifs, notamment au sujet des autorités compétentes chargées de rassembler la preuve (des magistrats ou autres officiers de justice). Il arrive même, pour les crimes les plus graves, que ce soit le Conseil Privé qui diligente l'enquête. C'est d'ailleurs le signe que l'affaire a une dimension politique. Ceci étant, sur le plan du droit, aucune règle ne vient encore régir les questions qui pourraient porter sur l'admissibilité ou non d'une preuve au procès. La liberté en la matière prévaut. De plus, la conviction du *trial jury* repose davantage sur la probabilité de culpabilité que sur la certitude raisonnable, un concept qui n'existe pas à cette époque. Dans ce contexte judiciaire et juridique ordinaire, la torture n'a pas d'utilité certaine et évidente sur l'issue du verdict, ce qui expliquerait finalement le faible usage de ce procédé dans la procédure médiévale anglaise<sup>1121</sup>.

Georges C. Thomas III et Richard A. Leo rappellent qu'afin de limiter l'usage de la torture à des fins politiques, le Roi Edward VI promulgue en 1547, le *Treason Act* dont l'article 22 consacre la règle des témoins idoines<sup>1122</sup> et l'aveu volontaire et sans usage de la violence sur le suspect:

[...] *no person is to be indicted or arraigned for treason, petty treason, or misprision, unless the same offender or offenders be accused by two sufficient and lawful witnesses, or shall **willingly** without violence **confess** the same*<sup>1123</sup>.

Le *Treason Act* a notamment eu pour objectif de limiter les abus du pouvoir royal en matières politiques et de limiter les accusations de trahison. Au delà de cet objectif spécifique, cette disposition semble accréditer la méfiance générale du droit anglais à l'égard des aveux obtenus sous la torture. Pour contrer les abus politiques de la royauté qui s'exprimaient dans le

---

<sup>1120</sup> *Ibid* à la p 74.

<sup>1121</sup> *Ibid* à la p 80.

<sup>1122</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 32.

<sup>1123</sup> Pour les référence de ce texte voir 1547, 1 Ed 6 c 12 § 22 (surligné par nous); voir aussi sur cette question Lamar M Hill, « The Two-Witnesses Rule in English Treason Trials : Some Comments on the Emergence of Procedural Law » (1968) 12:2 Am J Leg Hist 95; John Henry Wigmore, « History of the Numerical System of Proof, or "Legal Proof" » (1923) 4:3 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Leg Hist Rev 249 aux pp 250-251.

recours abusif aux accusations de trahison et à la torture, cet article exige le témoignage incriminant et concordant de deux témoins lorsqu'il s'agit de porter une accusation de trahison contre un individu. Cet article 22 confirme également la nécessité d'avoir un aveu judiciaire volontaire de la part du suspect et permet au juge lorsqu'il est accusé de trahison de vérifier s'il a été obtenu sous la violence. Rappelons que depuis les *Assize of Clarendon* (1166), seuls les aveux judiciaires font foi (constituant une preuve de culpabilité concluante). Dans la mesure où la confession a été obtenue sous la torture par une autorité autre que le juge du procès, ce juge peut vérifier le caractère libre de cet aveu au moment du procès, et le cas échéant, permettre à l'accusé de le rétracter. Cela nous paraît être l'interprétation à donner à cet article 22 en matière de trahison.

On ne saurait passer sous silence l'épisode anglais de la Chambre Étoilée (*Star Chamber*) qui, à la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle, avait institutionnalisé la torture comme pratique de vérité<sup>1124</sup>. Leonard W. Levy dans son ouvrage portant sur les origines du V<sup>ème</sup> Amendement de la Constitution américaine a notamment montré comment cette parenthèse de l'histoire du droit anglais a donné naissance au principe de non-incrimination<sup>1125</sup>. La torture, sous l'épisode de la Chambre étoilée, n'a pas été utilisée pour produire une preuve d'aveu dans la procédure judiciaire mais pour obliger l'accusé à prêter serment (*Oath ex Officio*), un serment garant de la vérité qu'il faudra dire éventuellement<sup>1126</sup>. Vu le caractère secret des accusations alors que l'accusation est généralement publique en *common law* et le caractère dérogoire et d'exception de sa procédure au regard de la procédure régulière anglaise, la Chambre étoilée a fonctionné à l'extérieur et de façon exorbitante du droit commun. Par conséquent, il est difficile de donner une portée générale à son usage de la torture et de tirer des conclusions que torture et aveux entretiennent des liens étroits et automatiques en droit anglais à cette époque médiévale.

---

<sup>1124</sup> Les origines de la *Star Chamber* remonterait au XIV siècle, voir Edward P Cheney, « The Court of Star Chamber » (1913) 18:4 Am Hist Rev 727.

<sup>1125</sup> LW Levy, *supra* note 101 à la p 42.

<sup>1126</sup> *Ibid* aux pp 43-82.

Jeremy Bentham souligne que les pratiques anormales de la Chambre étoilée ne peuvent trouver place dans les cours de *common law*<sup>1127</sup>. C'est d'ailleurs en raison du caractère outrancier de sa procédure et de ses pratiques que la Chambre étoilée a perdu sa légitimité et qu'on l'a abolie<sup>1128</sup>. Nous n'insistons donc pas davantage sur cet épisode pour les fins de notre sujet d'étude.

À partir de 1535, les affaires criminelles font moins l'objet d'archivage et sont plus difficiles à trouver. Les *Yearbooks* ont cessé d'être édités et les archives du *Old Bailey*<sup>1129</sup>, de la Haute Cour de justice criminelle de la Couronne britannique, ne commencent qu'en 1634<sup>1130</sup>. Selon Georges C. Thomas III et Richard A. Leo, il existe quelques décisions éparses qui semblent révéler un intérêt pour la question de l'admissibilité des confessions faites hors cour. Le critère du caractère libre de la confession semble devenir une condition déterminante pour que cet aveu puisse être opposé au défendeur lors de son procès<sup>1131</sup>. Mais ce n'est qu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle que la règle pré-moderne des confessions, fondée sur le caractère libre et volontaire de celle-ci, voit le jour. Nous analyserons les origines de cette règle dans notre Titre II. Intéressons-nous à présent à l'aveu dans l'ancien droit français.

## **Section II. L'ancien droit français de l'aveu aux XIII<sup>ème</sup>-XVIII<sup>ème</sup> siècles : ou la difficile rupture avec le *Judicium dei***

Si dès la Réforme grégorienne les pouvoirs séculiers et ecclésiastiques se séparent, ce n'est qu'au XIII<sup>ème</sup> siècle que la justice royale française s'impose. Elle contrôle les justices seigneuriales et locales et même la justice ecclésiastique. Le droit coutumier ne rencontre plus le succès d'antan<sup>1132</sup>. Mais il n'est pas immédiatement remplacé par les lois de la monarchie. Il faut attendre le XVI<sup>ème</sup> siècle pour voir naître une réelle activité législative royale et par

---

<sup>1127</sup> Jeremy Bentham, *Rationale of Judiciale Evidence*, vol 5, Londres, Hunt and Clarke, 1827 à la p 277 [Bentham, *Rationale*], aussi cité par Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 33.

<sup>1128</sup> Daniel L Vande Zande, « Coercice Power and the Demise of the Star Chamber » (2008) 50:3 Am J Leg Hist 326 en particulier aux pp 330-340.

<sup>1129</sup> Les archives du Old Bailey sont en ligne, The Proceedings of the Old Bailey: London's Central Criminal Court, 1674 to 1913, en ligne : <[www.oldbaileyonline.org](http://www.oldbaileyonline.org)>.

<sup>1130</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 34.

<sup>1131</sup> *Ibid* aux pp 33-38.

<sup>1132</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 123.

chance pour notre sujet d'étude, elle porte substantiellement sur la procédure pénale<sup>1133</sup>. Nous trouvons toutefois dès le XIII<sup>ième</sup> des traités portant sur le droit pénal qui circulent en France. Le plus connu est celui du glossateur italien Albertus Gandinus. Son contenu comprend beaucoup d'allusions au droit savant romano-canonique dont l'influence sur le continent est indéniable<sup>1134</sup>. Alors que la justice royale anglaise et le droit anglais s'affirment dès le XII<sup>ième</sup> siècle, le XIII<sup>ième</sup> siècle marque la ligne de départ de l'évolution du droit pénal français, mais surtout de sa procédure. Ce siècle d'écart explique les destinées différentes, sur un plan procédural mais aussi substantif, des systèmes de justice pénale français et anglais.

Commençons par rappeler quelques évènements importants. En 1215, lors du fameux Concile de Latran IV, l'Église bannit la participation des clercs aux ordalies et impose la confession auriculaire obligatoire au moins une fois par année<sup>1135</sup>. Cette confession devient un sacrement. Les Docteurs de la loi qui ont fait, dès le XII<sup>ième</sup> siècle, renaître le droit romain, introduisent au XIII<sup>ième</sup> siècle, ses preuves prétendument rationnelles au travers d'un système de preuves légales ou objectives<sup>1136</sup>. Présenté de cette manière, il est vrai que l'on pourrait croire en une véritable rupture qui se serait produite entre l'ancien droit et les droits savants du Moyen-Âge mélangeant autant les dogmes religieux que des coutumes séculières. De l'épreuve ordalique, on serait passé à un système raisonné de preuves, puisque le régime procédural vient du droit romain. Le juge va enfin pouvoir remplacer le *Judicium dei*. Cette analyse, bien qu'attrayante, mérite d'être très largement nuancée. Aucun système de preuves n'a succédé à un autre de manière brutale. Il a fallu des décennies, voir un siècle, pour qu'une institution ou un concept laisse sa place à un autre. Les usages et les croyances, en effet, ne changent pas du jour au lendemain. Par exemple, malgré l'interdiction faite aux clercs de l'Église, par le dix-huitième canon du Concile de Latran IV, de participer aux ordalies, on trouve encore ce mode de preuve jusqu'au XV<sup>ième</sup> siècle. L'ordalie se confond, en outre,

---

<sup>1133</sup> *Ibid* à la p 124.

<sup>1134</sup> Albertus Gandilius, *Tractatus de maleficiis*, Berlin, H Kantorowicz, 1926; voir aussi Jean-Philippe Lévy, « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen-Âge » (1944) 25:1 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Leg Hist Rev 1.

<sup>1135</sup> Foreville, *supra* note 843 aux pp 227-321; John W Baldwin, « The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 Against Ordeals » (1961) 36:4 Speculum 613.

<sup>1136</sup> Lévy, « Droits savants du Moyen-Âge », *supra* note 988 aux pp 148-167.

régulièrement avec la torture<sup>1137</sup>. L'ordre judiciaire français rompt difficilement ses liens avec le jugement divin constitutif de preuve et de verdict. Ces deux pratiques, torture et ordalie, sont conjointement utilisées pour obtenir des aveux et ce, jusqu'au XV<sup>ème</sup> siècle. Souvenons-nous encore de l'analyse de Michel Foucault, vue dans notre chapitre précédent, dans lequel nous présentons la torture comme le digne successeur de l'épreuve : « *Sous l'apparente recherche acharnée d'une vérité hâtive, on retrouve dans la torture [...] le mécanisme réglé d'une épreuve : un défi physique qui doit décider de la vérité* »<sup>1138</sup>.

Il faut donc comprendre que la quête de vérité doit toujours être interprétée comme la recherche d'une réponse imposée par le divin et que cette réponse se trouve peut-être dans l'aveu, certes judiciaire, mais qui, même dans un contexte séculier, est empreint d'un caractère sacramentel et religieux.

À côté de cette lente évolution du droit de la preuve, nous remarquons aussi depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle une transformation sensible de la procédure sous l'impulsion de la royauté. On ne saurait conclure que ces changements, souhaités par la monarchie, aient été animés d'un souci d'équité procédurale envers les justiciables. Le pouvoir royal voit, au contraire, dans sa procédure un instrument de contrôle des justices concurrentes. Cela étant dit, soulignons que ces nouvelles règles sont inspirées du droit romano-canonique.

L'enquête (appelée de nos jours instruction) régit désormais la recherche de la vérité, ses règles se précisent et s'organisent autour de l'accusé. Nous allons voir, cependant, que l'accusé, dans cette recherche de la vérité, demeure un acteur passif et que son intervention, souvent par l'aveu, vient en réalité confirmer une vérité officielle déjà établie par l'enquête. L'accusé semble exclu du cercle de la vérité, en raison du secret entourant la procédure d'enquête mais, paradoxalement, il demeure un acteur indispensable du régime de véridiction à l'étape du jugement. Son aveu est souvent déterminant faute de preuve établissant sa culpabilité. Son silence relève même de l'outrage<sup>1139</sup>. Le besoin d'aveu de l'institution judiciaire croît d'ailleurs en même temps que les organes de l'État se renforcent. Nous voyons

---

<sup>1137</sup> Jacques Chiffolleau, « Sur la pratique et la conjecture de l'aveu judiciaire en France du XIII<sup>ème</sup> au XV<sup>ème</sup> siècle », dans *Actes de la table ronde de Rome*, supra note 43, 341 à la p 344.

<sup>1138</sup> Foucault, *Surveiller et punir*, supra note 736 aux pp 51-52.

<sup>1139</sup> Astaïng et Clément, supra note 8 aux pp 295-297.



dans cette section consacrée à la procédure pénale française de l’Ancien régime, comment l’aveu devient une pièce fondamentale du système de justice pénale. La procédure initialement accusatoire cède le pas à un système inquisitoire qui place l’accusé au centre de cet ensemble procédural. Nous voyons également comment la confession sacramentale contamine l’aveu dans l’enceinte judiciaire. Le juge judiciaire français hérite de la confusion des *fors* opérée par le juge inquisiteur ecclésiastique, qui était à la fois juge et confesseur. L’aveu judiciaire en ces XIII<sup>ième</sup>-XIV<sup>ième</sup> siècles conserve donc un « *un caracrère pénitentiel, purgatif* » dont il aura du mal à s’affranchir<sup>1140</sup>. Mais, analysons en premier lieu ces grands changements de la procédure pénale jusqu’au XVII<sup>ième</sup> siècle que nous avons évoqués plus haut (§1), pour enfin nous concentrer, en second lieu, sur ces fameux modes de preuves prétendument rationnels des XIII<sup>ième</sup> -XVII<sup>ième</sup> siècles et dans lesquels s’inscrit l’aveu comme preuve pleine (§2). La parole de l’acusé confirme une vérité secrètement élaborée dans le cadre de l’information pénale ou de l’enquête par les acteurs du pouvoir. C’est ainsi que l’aveu devient le dernier scellant qui permet de maintenir l’édifice branlant d’une vérité écrite à l’avance.

### **§1. Les changements procéduraux des XII<sup>ième</sup>-XVII<sup>ième</sup> siècles: la laïcisation de la procédure inquisitoire**

Il n’est pas question ici d’entrer dans les détails des procédures sur lesquelles notre analyse va porter. Les développements qui vont suivre sont donc loin d’être exhaustifs. Ce sont les grandes étapes qui nous intéressent. Elles vont nous permettre de replacer l’évolution du droit de l’aveu dans son contexte historique et culturel. Nous nous basons largement pour cette analyse sur le traité d’Adhémar Esmein du XIX<sup>ième</sup> siècle portant sur l’*Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire* (du XIII<sup>ième</sup> siècle jusqu’à nos jours)<sup>1141</sup>.

Au XII<sup>ième</sup> siècle, la procédure royale, celle qui nous intéresse exclusivement dans ce chapitre est de type accusatoire. L’accusation appartient, bien entendu, à la personne lésée et revêt un caractère privé. Sur un plan purement procédural, l’audience est publique et orale, mais elle obéit à quelques formalités. En effet, il appartient à l’accusateur de faire état de sa

---

<sup>1140</sup> Chiffolleau, *supra* note 1137 à la p 355.

<sup>1141</sup> Esmein, *supra* note 918.

demande dont il aura préalablement vérifié le caractère exact. Toute erreur peut conduire à la nullité de sa demande. L'accusé, quant à lui, doit immédiatement répondre à ces accusations. Il ne peut opposer son silence, celui-ci étant assimilé à un aveu. S'agissant des modes de preuves, nous avons vu qu'elles relèvent pour la plupart du « jugement de Dieu ». Cette procédure peut donc se définir comme une opposition entre deux particuliers, le roi, seigneur féodal, se contentant de s'assurer que les règles procédurales ont été suivies. L'issue de la procédure dépend du Divin<sup>1142</sup>.

C'est peut-être en réaction aux carences de la société laïque et féodale que l'ordre religieux repense, à travers l'Inquisition, la procédure criminelle aux fins de la rationaliser<sup>1143</sup>. En effet, pendant que les cours féodales continuent à faire prévaloir une procédure remplie de preuves irrationnelles et de jugements de Dieu, la société ecclésiastique, dans sa quête de vérité, « triomphe » avec la procédure inquisitoire généralisée sur le territoire. Au cours des XIII<sup>ième</sup> et XIV<sup>ième</sup> siècles, ce modèle de procédure conduit à l'émergence de la procédure d'office devant les juridictions laïques, laquelle selon Adhémar Esmein ne constitue qu'une imitation de la procédure inquisitoriale des cours d'Église<sup>1144</sup>. Jean-Marie Carbasse conteste quelque peu ce point de vue. Il ne faut pas négliger, selon cet auteur, que dans le droit écrit des provinces méridionales, la procédure d'office était réapparue à la suite de la renaissance du droit romain<sup>1145</sup>. Très fortement marquée par son caractère inquisitoire, la procédure pénale française en emprunte les modes de saisine avec la procédure d'office, similaire à la procédure *ex officio* utilisée par l'Église, ce qui va contribuer à la transition d'un modèle accusatoire à un modèle inquisitoire (A). Cette procédure d'office confirme aussi l'importance du secret (B), critère qui participe à l'efficacité de cette procédure en produisant une vérité qui ne demandera qu'à être confirmée par la torture de l'accusé. L'éclat de la vérité se manifeste dans une procédure extraordinaire qui finit par devenir la procédure ordinaire (C).

---

<sup>1142</sup> *Ibid* aux pp 43-65.

<sup>1143</sup> Lefebvre-Teillard, *supra* note 960 à la p 79.

<sup>1144</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 80.

<sup>1145</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 155-156.

## A) Les premières formes de l'action publique et l'introduction du secret dans la procédure pénale française (XIII<sup>ième</sup>-XV<sup>ième</sup> siècle)

Trois composantes résument l'évolution de la procédure pénale française au cours des XIII<sup>ième</sup>-XV<sup>ième</sup> siècles. Il s'agit, en premier lieu, de l'introduction de la procédure d'office par laquelle le pouvoir engage presque seul les procédures pour réprimer les délits (1), puis en second lieu, d'une procédure extraordinaire qui implique l'usage de la torture pour établir une vérité dont l'évidence échappe à l'institution judiciaire (2) et en troisième et dernier lieu, du secret qui annihile toute défense (3). Nous les voyons successivement.

### 1) La procédure d'office

Très vite la procédure d'office que l'on peut brièvement résumer comme l'ouverture d'une information par un juge, devient le principe reléguant au second rang la procédure accusatoire. Elle rappelle la procédure *ex officio* ecclésiastique. Au XIII<sup>ième</sup> siècle, l'*apprise*, nom alors donné à la procédure d'office, apparaît devant les juridictions laïques, sans que l'on ait besoin du consentement du suspect pour l'initier<sup>1146</sup>. Si l'*apprise* permet au juge d'ouvrir une procédure, il ne peut cependant la poursuivre seul. En effet, il est nécessaire que l'accusateur se manifeste et fasse valoir son accusation. On relève cependant deux exceptions à cette règle, la première, en cas de flagrant délit et la seconde, en cas de consentement du prévenu (qui accepte de se soumettre à l'enquête sans la présence de son accusateur). Cette procédure ne rencontre pas les faveurs de la noblesse qui préfère être jugée par ses pairs selon l'usage féodal. Elle oppose même une résistance tenace<sup>1147</sup>. Au contraire, les juridictions royales y trouvent une nouvelle opportunité pour affirmer leur autorité. Cette procédure s'amplifie avec l'apparition du Ministère public au XIV<sup>ième</sup> siècle<sup>1148</sup>. Il ne faut pas comprendre ici l'intervention du Ministère public comme l'élément déclencheur d'une procédure d'office. En effet, les procureurs du Roi se sont glissés dans la procédure inquisitoire arguant que le droit canon permet au juge d'entendre un dénonciateur, lequel peut

---

<sup>1146</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 78. Dans le cadre de la procédure accusatoire, on avait déjà admis que le prévenu puisse se faire juger sans accusateur, dans le cadre d'une procédure d'enquête spécifique (« l'enquête du pais ») qui constituait en fait une preuve par témoignages faite par des *jureurs* en présence et hors présence de l'accusé alors en détention. Cette curieuse procédure est en effet rapportée par Philippe de Beaumanoir dans les Coutumes de Beauvaisis, Voir de Beaumanoir, *supra* note 891, XXXIV, 21.

<sup>1147</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 84.

<sup>1148</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 133-134.

rester dans la procédure. Tel va être le premier rôle des procureurs du Roi dans la poursuite des crimes. L'*apprise* conduit plus souvent à la dénonciation car souvent l'accusateur, compte tenu des risques encourus dans le cadre du duel judiciaire, préfère ne pas se manifester. Les crimes peuvent donc rester impunis pour cette simple raison. La procédure d'office ouvre ainsi la porte à l'action publique, synonyme de cette intervention des procureurs du Roi.

## **2) Introduction d'une procédure extraordinaire fondée sur la torture judiciaire.**

Parallèlement à cette procédure, apparaît l'emploi de la torture lorsque l'*apprise*, faute de témoins, ne permet pas de faire passer le fait poursuivi pour un fait notoire. La torture comble cette lacune. Il en sera ainsi jusqu'au XVII<sup>ième</sup> siècle. L'*apprise* ne constitue donc pas à proprement parler une procédure inquisitoire puisqu'elle nécessite, en principe, l'intervention de l'accusateur, sauf, comme nous venons de le voir, lorsque le prévenu accepte de participer à la procédure. L'*apprise* se transforme progressivement en poursuite d'office. Alors que le rôle du Ministère public se précise, les règles de la poursuite d'office font aussi l'objet d'ordonnances royales au XIV<sup>ième</sup> siècle<sup>1149</sup>. On y relève notamment que cette procédure comporte deux parties, l'information et l'enquête. L'information est réalisée par le juge et elle doit le conduire à conclure que celle-ci contient des charges suffisantes pour poursuivre l'accusé. On commence déjà à distinguer l'information de l'enquête proprement dite. Le juge est saisi de quatre manières : par l'accusation (un accusateur particulier comme dans la procédure accusatoire), par la dénonciation (par un procureur, mode de saisine de plus en plus utilisée), d'office en cas de flagrant délit ou par la commune renommée (ce qui avait d'ailleurs initialement donné naissance à l'*apprise*). Notons ici qu'il arrive souvent que l'accusation et la dénonciation aillent de pair. On peut y voir ici la naissance d'un futur concept, la constitution de partie civile<sup>1150</sup>.

---

<sup>1149</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 106. Esmein cite les ordonnances de 1344 et 1363; Ordonnance royale du 11 mars 1344 dans Isambert, Degruy et Taillandier, *Recueils général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 29 vols, vol 4, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1822-1833 à la p 498; Ordonnance royale de décembre 1363, dans *ibid*, vol 5 à la p 160.

<sup>1150</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 111.

Une fois le juge saisi, deux possibilités s'offrent alors à lui : soit il recourt à la procédure ordinaire qui donne lieu directement lieu à une audience de la juridiction de jugement sans usage préalable de la torture, soit il opte pour la procédure extraordinaire où le « *supplice de la question* » est d'usage préalable. Cette procédure extraordinaire devient de plus en plus secrète et entrave toute défense possible du suspect<sup>1151</sup>. Les critères retenus par le juge pour opérer le choix entre procédure ordinaire et procédure extraordinaire vont se préciser avec le temps. Nous aurons des premiers éléments de dictinction offerts avec les ordonnances de 1498, 1539 et 1690 que nous voyons ci-après. Mais d'ores et déjà, il semblerait que la procédure ordinaire constitue toujours le premier choix lorsqu'une information est ouverte à la suite d'une accusation (une partie). Les parties produisent chacun leurs témoins qui sont entendus par les *enquêteurs*. L'ensemble de l'enquête est communiquée à l'accusé. La procédure ne relève pas du secret. Les défendeurs plaident leur cause en audience publique où la sentence est rendue en même temps que le verdict. Cette procédure presque équitable disparaît subitement au XVI<sup>ième</sup> siècle<sup>1152</sup>. La procédure ordinaire est également suivie en cas de dénonciation mais seulement si l'accusé accepte le principe de l'enquête.

À l'opposé, la procédure extraordinaire qui, rappelons-le, admet la torture pour pallier l'insuffisance de témoignages, se distingue par son caractère secret et empêche toute communication des témoignages à l'accusé. Cette procédure extraordinaire semble réservée aux crimes les plus graves portant notamment atteinte aux intérêts de l'État, une réalité politique en cours de consolidation<sup>1153</sup>. Adhémar Esmein rapporte un commentaire d'un jurisconsulte du XIV<sup>ième</sup> siècle, Jean Bouteiller, qui explique le recours à la procédure extraordinaire par la nécessité pour le juge de « *savoir la vérité de jour en jour, sans autre intervalle, par information ou autrement* »<sup>1154</sup>.

### 3) Quand procédure extraordinaire rime avec secret

---

<sup>1151</sup> *Ibid* à la p 114.

<sup>1152</sup> *Ibid.*

<sup>1153</sup> Chiffolleau, *supra* note 1137 aux pp 362-369.

<sup>1154</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 116; Jean Bouteiller, *Somme Rural, ou le grand coutumier de pratique civil ou canon*, Paris, Barthélémy Mace, 1603 au Livre 1 ch 13 p 765.

L'Ordonnance royale de 1498 entérine la distinction entre procédure ordinaire et extraordinaire<sup>1155</sup>. Elle précise également comment le choix est opéré entre l'une ou l'autre voie. Cette ordonnance insiste sur le fait que l'information, tant que le choix n'a pas été fait, doit demeurer secrète. À la suite de l'information (qui constitue une mini-enquête), le juge doit procéder à l'interrogatoire du suspect. À cet effet, soit il le fait citer, soit il fait procéder à son arrestation. Les informations et déclarations obtenues à cette étape de l'information sont communiquées aux gens du roi et non aux parties<sup>1156</sup>. À partir de ces informations, les autorités royales décident de l'option ordinaire ou extraordinaire de la procédure en fonction de la coopération du suspect. L'ordonnance précise les deux caractéristiques importantes de cette procédure extraordinaire, à savoir le secret et l'emploi de la torture :

*Article 110 : Quant aux prisonniers et autres accusez de crime, ausquels faudra faire procès criminel, ledit procès se fera le plus diligemment et secrètement que faire se pourra, en manière de aucun n'en soit averti, pour éviter les subornations et forgemens qui se pourroient faire en telles matières, en la présence du greffier ou de son commis, sans appeler le geolier, sergens, clerks ou serviteurs, et tous autres qui n'auront le serment à nous et à justice<sup>1157</sup>.*

L'article 112 de cette ordonnance étend le secret aux délibérations du tribunal sur la « question » et le procès. On aura noté ici la singulière solitude de l'accusé dans cette procédure des plus cruelles. Quant à la torture, et on peut peut-être voir ici un adoucissement avec les pratiques antérieures, elle ne peut être renouvelée sans de nouveaux indices à titre de preuves. En effet, les aveux de l'accusé ne sont valables que lorsqu'ils sont réitérés en dehors de la salle de torture et devant le tribunal. Il faut conclure qu'à défaut d'aveux réitérés et à défaut d'indices nouveaux, le tribunal n'a d'autre choix que d'absoudre l'accusé. On aura noté ici la précision procédurale de l'ordonnance de 1498. L'Ordonnance royale de 1539, dite Ordonnance de Villers-Cotterêts, complète l'ordonnance de 1498 et constitue l'un des premiers codes de procédure pénale. Voyons cette « codification » effectuée en couches

---

<sup>1155</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11 à la p 332.

<sup>1156</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 136.

<sup>1157</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11 à la p 365.

successives d'ordonnances royales et qui permettent de voir les règles relatives à l'aveu comme preuve centrale de la procédure.

### **B) L'ordonnance de 1539 de Villers-Cotterêts : de l'instruction préparatoire secrète au service d'une vérité**

L'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, dont le nom est « *Ordonnance générale sur le fait de justice, police et finance* », œuvre de François I<sup>er</sup>, limite notamment le champ de compétence de la justice ecclésiastique aux affaires strictement religieuses. Mais, surtout elle réforme la procédure pénale en confirmant le caractère secret de l'enquête et en instaurant la règle de la consignation écrite de la procédure<sup>1158</sup>. Cette ordonnance constitue une expression de l'activité législative de la monarchie française dans la structuration de l'ordre judiciaire.

Comme l'écrit Jean Foyer :

*Dans la mémoire collective des Français, l'Ordonnance de Villers-Cotterêts évoque l'obligation d'user de la langue française, les origines de l'état civil, et la rigueur de la justice criminelle dans l'ancienne France*<sup>1159</sup>.

À la grande différence de la première ordonnance de 1498, elle précise les deux phases du procès moderne français à savoir l'instruction et le jugement. L'instruction est désormais assurée par un seul juge (le futur juge d'instruction) qui va être chargé de rechercher toutes les preuves. Ce juge est appelé dans les textes, juge criminel. Toute la phase d'instruction est consignée par écrit par le juge criminel et c'est à lui que revient de décider entre la procédure ordinaire et la procédure extraordinaire. En réalité, toutes les affaires criminelles relèvent de la procédure extraordinaire. Soulignons également que le procureur du roi fait partie de la procédure au côté de la partie civile. Une fois l'instruction terminée, l'entier dossier est transmis à la juridiction de jugement devant laquelle l'accusé doit comparaître<sup>1160</sup>. La transmission de l'ensemble des documents de l'instruction est accompagné d'un rapport du juge criminel. Le Ministère public transmet également ses conclusions. Le procureur peut soit

---

<sup>1158</sup> *Ibid*, vol 12 à la p 600.

<sup>1159</sup> Jean Foyer, « L'Ordonnance de Villers-Cotterêts », dans *Comptes rendus des séances – Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, t 3, Paris, Diffusion de Boccard, 1989, 636.

<sup>1160</sup> Esmein, *supra* note 918 aux pp 139-140.

requérir une peine, soit encore solliciter l'application de la « *question préparatoire* »<sup>1161</sup>, c'est-à-dire le recours à la torture pour obtenir des aveux.

Revenons quelques instants en arrière pour donner plus de détails sur la phase d'instruction. Comment l'instruction, cette enquête préalable au procès, est-elle déclenchée? Le juge criminel peut être saisi de trois manières : soit à la suite d'une plainte de la partie civile, soit à la suite d'une plainte ou dénonciation du procureur du roi, soit par une saisine d'office. Le juge criminel doit directement ou indirectement par l'entremise d'*enquêteurs*, entendre tous les témoins de manière secrète. Il consigne ensuite leurs déclarations dans des procès-verbaux qui n'ont point besoin d'être signés par les dépositaires. L'information est ensuite transmise au procureur du Roi pour que ce dernier fasse part de ses conclusions sur l'affaire. Selon l'avis du procureur, le juge criminel peut soit classer l'affaire sans qu'elle aille plus avant, soit ordonner la comparution du suspect devant lui, éventuellement suivie d'une mesure de détention préventive<sup>1162</sup>.

Le suspect qui doit comparaître devant le juge criminel n'a pas le droit d'être assisté d'un défenseur et doit prêter serment de dire la vérité<sup>1163</sup>. Il ne connaît pas les accusations qui sont portées contre lui compte tenu du secret de l'instruction. Si l'accusé avoue son crime au juge criminel, ses aveux sont communiqués au procureur du roi qui peut dès lors requérir un jugement sans aucune autre forme nécessaire. Soulignons que la réforme de la procédure par l'Ordonnance de 1539 avait comme objectif de réduire les délais de procédure, ce qui explique cet empressement d'en finir avec l'affaire<sup>1164</sup>. L'interrogatoire de l'accusé est communiqué à la partie civile qui peut également faire part de ses conclusions au juge criminel.

À défaut d'aveu à l'étape de l'instruction, l'accusé est renvoyé devant le tribunal soit selon la procédure ordinaire, soit selon la procédure extraordinaire. Quelle que soit l'option, l'accusé devant le tribunal peut être confronté aux témoins, mais sans l'assistance d'un

---

<sup>1161</sup> Voir sur cette tradition française, Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage? » (2004) 82:2 RHD 171.

<sup>1162</sup> *Ibid* aux pp 142-143.

<sup>1163</sup> *Ibid* à la p 141. Cette obligation de prêter serment semble ne résulter d'aucun texte. Esmein considère qu'il s'agit d'un usage très ancien. Cette affirmation reste discutable.

<sup>1164</sup> J Foyer, *supra* note 1159 à la p 644.



avocat<sup>1165</sup>. Il ne peut produire de témoins. Compte tenu du système de preuves mis en place (théorie des preuves légales) une telle production s'avère totalement inutile. En effet, le juge dispose de très peu de marge de manœuvre dans l'appréciation des preuves soumises par l'accusation. Si l'acte criminel n'est pas suffisamment prouvé par les témoins de l'accusation, l'accusé n'a pas à soumettre de preuves et encore moins de témoins. Nous verrons plus tard que l'accusé pourra soumettre des exceptions péremptoires contre l'accusation<sup>1166</sup>.

Aussi cruelle que cette procédure nouvelle puisse paraître aujourd'hui, par le caractère secret de l'instruction, par son mode inquisitoire poussé à l'extrême, ces réformes de la justice royale et séculière ont été favorablement accueillies dans l'opinion publique tout au long du XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>1167</sup>.

Les quelques restes de procédure accusatoire ont maintenant disparu, l'initiative de la poursuite est désormais prise par les procureurs du roi. La peine est rendue dans l'intérêt général et non dans le cadre d'une vengeance privée<sup>1168</sup>. Le XVII<sup>ème</sup> siècle poursuit sur cette voie avec la grande ordonnance criminelle d'août 1670<sup>1169</sup>. À cette époque, la France de Louis XIV est l'objet de graves difficultés liées à l'augmentation de la criminalité et à des

---

<sup>1165</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 12 à la p 623 « Art. 152. – En matières sujettes à confrontation, ne seront les accusés eslargis pendant les délais qui seront baillés pour faire ladite confrontation. Art. 153. – Quand les tesmoins comparoistront pour estre confrontés, ils seront incontinent récollés par les juges, et par serment, en l'absence de l'accusé ; et ceux qui persisteront en ce qui sera à la charge de l'accusé, lui seront incontinent confrontés séparément et à part, et l'un après l'autre.

Art. 154. – Et pour faire la confrontation, comparoistront, tant l'accusé que le tesmoin, pardevant le juge, lequel, en la présence l'un de l'autre, leur fera faire serment de dire vérité : et après icelui fait, et auparavant que lire la déposition du tesmoin en la présence de l'accusé, lui sera demandé s'il a aucuns reproches contre le tesmoins illec présent, et enjoint de les dire promptement : ce que voulons qu'il soit tenu de faire : autrement n'y sera plus reçu, dont il sera bien expressément adverti par le juge.

Art. 155. – Et s'il n'allègue aucun reproche, et déclare ne vouloir faire, se voulant arrester à la déposition des tesmoins, ou demandant délai pour bailler par escrit lesdicts reproches, ou après avoir mis par escrit ceux qu'il verroit promptement allégués, sera procédé à la lecture de la déposition dudit tesmoin, pour confrontation, après laquelle ne sera plus reçu l'accusé à dire ne alléguer aucuns reproches contre ledit tesmoin.

Art. 156. – Les confrontations faites et parfaites, sera incontinent le procez mis entre les mains de nostre procureur, qui le visitera bien et diligemment pour voir quelles conclusions il doit prendre, soient définitives ou péremptoires, et les bailler promptement par escrit. »

<sup>1166</sup> *Ibid*, « Art. 157. – Et s'il trouve que l'accusé aye allégué aucuns faits péremptoires servans à sa décharge, ou innocence, ou aucuns faits de reproches légitimes et recevables, nostredit procureur requerra que l'accusé soit promptement tenu de nommer les tesmoins par lesquels il entend prouver lesdits faits, soient justificatifs ou de reproches, ou sinon prendra les conclusions définitives. »

<sup>1167</sup> J Foyer, *supra* note 1159 à la p 644.

<sup>1168</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 215-216.

<sup>1169</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 20 à la p 371.

mouvements frondeurs. Un besoin de renouveau du droit pénal se fait sentir. Cette ordonnance fera l'objet de nombreux commentaires de la doctrine dont on retiendra surtout la timidité des remarques<sup>1170</sup>.

### **C) La Grande Ordonnance criminelle d'août 1670 ou le caractère ordinaire de la procédure extraordinaire**

Rappelons le contexte de l'époque avec Marc Boulanger<sup>1171</sup>. Le roi qui tient ses attributs de justice de Dieu ne peut plus supporter seul le poids de cette responsabilité. Il est conduit à déléguer. À côté de cette justice royale, subsiste malgré tout une justice concurrente avec les justices seigneuriales, ecclésiastiques ou encore urbaines.

Le pouvoir royal qui tend vers l'absolutisme souhaite définitivement briser ces instances rivales. Les précédentes législations sont jugées trop complexes notamment en matière de compétence, le secret de la procédure y est également bafoué. Les États généraux, qui existent depuis le XIV<sup>ième</sup> siècle, poussent vers une réforme globale de la justice criminelle. C'est donc sous l'inspiration de Colbert que cette réforme est engagée, bien que Louis XIV se soit appropriée l'idée<sup>1172</sup>. Cette ordonnance a été brillamment décrite par Adhémar Esmein dont nous reprenons les grands traits de son analyse<sup>1173</sup>.

L'action publique est désormais mise en mouvement soit par la plainte de la partie lésée, soit par la saisine d'office du juge, soit encore par la partie publique, à savoir le Ministère public ou procureurs du Roi. Notons que dans le cas d'une transaction privée entre la victime et le coupable, le parquet doit poursuivre l'infraction si le crime concerné emporte des peines afflictives<sup>1174</sup>. On peut commencer à voir la distinction entre la faute civile et le

---

<sup>1170</sup> Voir notamment, Philippe Bornier, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV avec celles des rois prédécesseurs*, Paris, Les Associez, 1681; François de Boutaric, *Explications de l'ordonnance sur les matières criminelles*, Tome 2, Jean-François Primeur, Toulouse, 1743; M Sallé, *Esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, La Veuve Rouy, 1758; Pierre-François Muyart de Vouglans, *Institutes criminelles suivant les lois et ordonnances du royaume*, Paris, Louis Cellot, 1762; Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Paris, Deburge père, 1753.

<sup>1171</sup> M Boulanger, *supra* note 63.

<sup>1172</sup> *Ibid* aux pp 7-12.

<sup>1173</sup> Esmein, *supra* note 918 aux pp 221-283.

<sup>1174</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 180.

crime. Une fois saisi, le juge instructeur doit en premier lieu constater le corps du délit<sup>1175</sup>. Il doit ensuite procéder à l'audition des témoins sous serment, séparément et secrètement<sup>1176</sup>. Si des charges suffisantes sont constatées par le juge d'instruction, celui-ci convoque le suspect pour l'entendre. Il peut dès lors soit prononcer un ajournement personnel, soit demander son arrestation<sup>1177</sup>. Le suspect doit prêter serment avant d'être interrogé par le juge<sup>1178</sup> et il n'a pas le droit à l'assistance d'un avocat<sup>1179</sup>. À la suite de cet interrogatoire, le juge instructeur peut opter soit pour la voie ordinaire, soit pour la procédure extraordinaire. Dans ce dernier cas, qui concerne en fait presque toutes les affaires criminelles (autres que les délits mineurs n'emportant pas peine de prison ou peines infâmantes), une nouvelle instruction doit être initiée. C'est ici que la procédure extraordinaire devient courante et décline la procédure ordinaire.

Les témoins sont alors une nouvelle fois convoqués, selon une procédure dite de récolement des témoins, pour confirmer ou modifier leurs précédentes dépositions<sup>1180</sup>. C'est seulement à ce stade que l'accusé est confronté aux témoins et connaît enfin le contenu des charges pesant contre lui. Les témoins qui se rétractent risquent toutefois d'être sanctionnés. En outre, l'accusé est obligé de récuser les dépositions sur-le-champ. À défaut, toute contestation ultérieure devient irrecevable.

---

<sup>1175</sup> Isambert, Degrussy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11 aux pp 381-382.

<sup>1176</sup> *Ibid*, vol 11 aux pp 382-384, « Titre VI, Article 5 Les témoins prêteront serment et seront enquis de leur nom, surnom, âge, qualité, demeure, et s'ils sont serviteurs ou domestiques, parents ou alliés des parties, et en quel degré ; et du tout sera fait mention, à peine de nullité de la déposition, et des dépens, dommages et intérêts des parties contre le juge. Article 11 Les témoins seront ouïs secrètement et séparément, et signeront leur déposition, après que lecture leur en aura été faite et qu'ils auront déclaré qu'ils y persistent, dont mention sera faite par le greffier sous les peines portées par l'article 5 ci-dessus. »

<sup>1177</sup> *Ibid*, vol 11 aux pp 388-389, « Titre X, Article 1 Tous décrets seront rendus sur conclusions de nos procureurs, ou de ceux des seigneurs. Article 2 Selon la qualité des crimes, des preuves, et des personnes, sera ordonné que la partie sera assignée pour être ouïe, ajournée à comparoir en personne, ou prise au corps. »

<sup>1178</sup> *Ibid*, « Article 7 L'accusé prêtera le serment avant d'être interrogé, et en sera fait mention, à peine de nullité. » Alors qu'il ne s'agissait que d'un usage, après une âpre discussion entre juristes, il a été décidé de transposer cette obligation dans l'ordonnance. Le Président Lamoignon y voyait une disposition inhumaine car elle plaçait l'accusé dans une situation intolérable pouvant le conduire au parjure ou encore à l'auto-incrimination, voir Esmein, *supra* note 918 à la p 229.

<sup>1179</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 233. Cet argument, qui tirait sa force des abus commis par certains conseils peu scrupuleux oubliant qu'ils se prévalaient par ailleurs de la qualité d'auxiliaires de justice, a emporté la décision de la Commission.

<sup>1180</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 235. Titre XV de l'ordonnance.

Après ces différentes étapes, le juge instructeur transmet littéralement le « sac » de la procédure, contenant tous les procès-verbaux et autres documents à un rapporteur chargé d'exposer l'instruction au tribunal siégeant en assemblée. Ce « sac » est préalablement transmis au procureur du roi pour ses conclusions. Il peut soit requérir une peine, soit demander à ce que l'on soumette l'accusé à la torture. Adhémar Esmein souligne le rôle déterminant du rapporteur dans la présentation de l'affaire (la « visite du procès »)<sup>1181</sup>. Avant la phase de jugement, l'accusé comparait une dernière fois (soit derrière les barreaux, soit assis sur un petit tabouret de bois, la « sellette »), devant le tribunal cette fois-ci, pour un ultime interrogatoire. C'est d'ailleurs la première fois que le tribunal de jugement voit et entend l'accusé. C'est ici que les preuves rassemblées lors de l'instruction jouent un rôle déterminant. L'accusé peut enfin présenter sa défense. En cas de doute des magistrats, ces derniers peuvent ordonner la torture pour obtenir des aveux, preuve alors incontestable et par laquelle ils sont liés dans un système de preuves légales.

Cette procédure demeure en vigueur jusqu'à la Révolution de 1789. Cependant, ainsi que nous le verrons, l'abandon progressif du système des preuves légales, octroie une plus grande place à la conviction des juges et à l'exercice de leur discrétion dans l'appréciation des preuves pour y parvenir. Conjugué avec l'adoucissement de la répression, ce régime de vérédiction est appelé à disparaître au XVIII<sup>ième</sup> siècle.

## **§2. L'aveu dans le système des preuves légales: ou le corps qui parle**

L'analyse des systèmes de preuves en vigueur du XIII<sup>ième</sup> siècle au XVII<sup>ième</sup> siècle va nous permettre de mieux comprendre les procédures que nous venons sommairement de décrire. Parallèlement à l'essor de la procédure inquisitoire, avec ses violences, humiliations et secrets qui l'accompagnent, un nouveau système de preuves, connu sous le nom de théorie des preuves légales refait surface<sup>1182</sup>.

Au XII<sup>ième</sup> siècle, devant les cours féodales, le jugement de Dieu est la règle, il est vérité absolue. Le rôle du seigneur féodal se limite à constater le résultat de l'épreuve. L'aveu

---

<sup>1181</sup> *Ibid* à la p 238. La « visite du procès » est une présentation de l'instruction lors du procès. Ce rôle est aujourd'hui accompli par le Président du Tribunal ou l'un de ses assesseurs.

<sup>1182</sup> Lévy, « Droits savants du Moyen-Âge », *supra* note 988 aux pp 148-167.

n'est pas nécessaire. Tant mieux s'il existe, mais son absence n'est pas rédhitoire pour cueillir la vérité. D'autres modes de preuves sont disponibles. Nous les connaissons déjà. Il s'agit du serment, du duel, de l'ordalie et du témoignage<sup>1183</sup>. On connaît aussi quelques présomptions mais elles imposent un certain formalisme que l'on souhaite éviter. À titre d'exemple, Philippe de Beaumanoir dans ses *Coutumes de Beauvaisis* mentionne que la fuite d'un prisonnier constitue une reconnaissance de responsabilité mais, encore faut-il le rattraper pour faire valoir cette présomption<sup>1184</sup>. À partir du XII<sup>ème</sup> siècle, les preuves du droit romain notamment révélées par les juristes de Bologne, remplacent dès le XIII<sup>ème</sup> siècle les preuves irrationnelles condamnées par l'Église. En raison de ce système des preuves objectives, pour pouvoir condamner, le juge doit être en possession de preuves parfaites. Le témoignage sous serment et l'aveu constituent ces preuves privilégiées compte tenu de leur caractère complet. Elles se distinguent des deux autres catégories de preuves incomplètes comme les indices (A). Ce système des preuves objectives prépare néanmoins la place au principe de la présomption d'innocence, puisque sans ces preuves parfaites et, pour les crimes les plus graves, le juge ne peut prononcer un verdict de culpabilité. L'extorsion d'un aveu par l'usage de méthodes coercitives permet au juge de pallier l'absence de preuve parfaite. L'accusé est donc obligé de participer à la manifestation de la vérité (B).

### **A) La théorie des preuves objectives priorise la recherche de l'aveu**

La doctrine des XV<sup>ème</sup> et XVI<sup>ème</sup> siècles développent et complètent les règles du droit romain pour élaborer une théorie qui n'était qu'embryonnaire dans les lois romaines. Muyart de Vouglans dans ses *Institutes au droit criminel* a commenté cette théorie des preuves légales<sup>1185</sup>. Il relève quatre moyens de preuve : le témoignage, l'aveu, l'écrit et les présomptions que l'on peut implicitement reconnaître à l'article 5, Titre XXV, de l'Ordonnance de 1670:

---

<sup>1183</sup> François-Louis Ganshof, « La preuve dans le droit franc », dans *Recueils Jean Bodin*, « Preuve », *supra* note 171, 71; Gaudemet, « Les ordalies », *supra* note 847.

<sup>1184</sup> Beaumanoir, *supra* note 891, XXXIX à la p 15.

<sup>1185</sup> De Vouglans, *supra* note 1170 aux pp 302-354.

*Les procès pourront estre instruits et jugés, encore qu'il n'est point d'information si d'ailleurs il y a preuve suffisante par les interrogatoires et par pièces authentiques ou reconnus de l'accusé, et autre présomption et circonstances du procès*<sup>1186</sup>.

Ces quatre modes de preuve peuvent faire l'objet de combinaisons pour équivaloir à une preuve complète. Dans sa rigueur initiale, cette théorie veut, pour que l'on puisse prononcer une peine capitale, dans laquelle on inclut curieusement la prison, que la preuve soit complète (*probatio plena*). On exige moins de rigueur lorsque les accusations portent sur des infractions dont les peines ne comprennent pas d'emprisonnement. Muyart de Vouglans insiste sur le fait que pour obtenir la condamnation de l'accusé, deux éléments doivent être prouvés, le corps du délit (établir qu'un crime a été commis) et le fait que l'accusé est bel et bien l'auteur de l'infraction<sup>1187</sup>. S'agissant du corps du délit, il faut distinguer les délits qui laissent derrière eux des traces matérielles et ceux que le juge doit constater de lui-même en se transportant sur les lieux du crime. Pour les autres délits, dont on ne peut prouver matériellement l'accomplissement, comme par exemple les injures verbales, il ne peut y avoir de séparation entre la constatation du délit et la preuve de la culpabilité de l'accusé<sup>1188</sup>. Muyart de Vouglans rapporte à cet effet que la preuve du corps du délit ne peut s'acquérir autrement que par l'aveu de l'accusé jointe à des indices, à savoir des preuves semi-pleines<sup>1189</sup>.

Les preuves légales sont divisées en trois classes : les preuves complètes, les indices prochains (ou spéciaux) et les indices éloignés (ou généraux). La preuve complète se suffit à elle-même, elle permet de prononcer une condamnation du criminel et lie le juge. Muyart de Vouglans rapporte en effet que : « *Lorsque toutes les conditions marquées par la loi se trouvent remplies, alors la preuve est censée juridique et parfaite et c'est celle qui est absolument nécessaire pour opérer condamnation à une peine capitale* »<sup>1190</sup>.

Le témoignage est considéré comme une preuve parfaite à la condition qu'il remplisse certains critères. Un seul témoignage n'est pas suffisant pour prononcer une condamnation à une peine capitale. Le fait d'avoir un seul témoignage ne lui enlève pas par autant une certaine

---

<sup>1186</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11 aux pp 381-382

<sup>1187</sup> De Vouglans, *supra* note 1170 à la p 308.

<sup>1188</sup> *Ibid.*

<sup>1189</sup> *Ibid.*

<sup>1190</sup> *Ibid* à la p 307.

valeur probante. Mais c'est sur la base de deux témoins idoines, oculaires et concordants, que l'on peut prononcer la condamnation ultime. On peut légitimement penser que l'on n'ait pas souvent ce cumul de preuves.

En outre, seuls les témoignages oculaires sont admis, ce qui semble exclure l'ouï-dire qui ne constitue pas une preuve complète. Le langage utilisé par le témoin est aussi pris en considération. Le témoin doit utiliser la forme affirmative et éviter toute formule qui pourrait remettre en cause soit la sincérité de sa déclaration, soit la qualité de sa mémoire. Ces témoins sont dits vacillants. Le témoignage vacillant ne peut pas servir d'indices. Rappelons que dans le cadre de l'instruction, un témoin peut être entendu trois fois ; lors de phase de l'information, lors du recolement et enfin lors de la confrontation. Dans ces trois situations, sa déposition ne doit pas changer d'une virgule pour donner lieu à une preuve parfaite.

Enfin, le témoin ne doit pas être *reprochable* quant à son âge, sa faiblesse d'esprit, son intérêt personnel, sa parenté et même, son statut social<sup>1191</sup>... Si le juge est en présence de témoins idoines « irréprochables », il ne dispose d'aucune marge de manœuvre. Il est lié par ces dépositions (preuves complètes) et doit entrer en voie de condamnation.

La preuve instrumentaire (écrits), quant à elle, qui constitue (et qui constitue encore) l'exception en matière criminelle, est considérée comme une preuve complète. Cependant, ce ne sont pas tous les crimes qui peuvent être prouvés par écrit - et pour cause. La preuve écrite se limite qu'à certains crimes comme l'hérésie, le faux, l'usure, le complot, la subordination de témoin<sup>1192</sup>... Le caractère complet de la preuve résulte de la précision de l'écrit et surtout de son attribution certaine à l'accusé. En outre, les faits décrits dans l'acte doivent directement se rapporter au crime poursuivi, à défaut l'écrit ne constitue qu'une simple présomption<sup>1193</sup>.

Quant aux présomptions, elles peuvent être assimilées à une preuve complète, à la condition toutefois que les faits dont on présume l'existence soient établis par deux témoins oculaires ou toute autre mode de preuve complète, comme l'écrit. Par exemple, si deux

---

<sup>1191</sup> *Ibid* aux pp 311-312. Dans la liste des témoins pouvant être considérés comme reprochables, Muyart de Vouglans, commencent par les parents et terminent par les pauvres et les mendiants.

<sup>1192</sup> *Ibid* aux pp 326-332.

<sup>1193</sup> *Ibid* à la p 330.

témoins déclarent avoir vu l'accusé avec l'arme du crime dans la main à proximité du lieu de l'infraction, ce simple fait constitue une présomption de preuve valant preuve complète<sup>1194</sup>.

## **B) L'aveu ou l'obligation pour l'accusé de participer à la manifestation de la vérité**

Depuis 1215, tout chrétien doit annuellement se confesser dans le cadre de la confession sacramentale. L'aveu judiciaire se développe avec l'idée que la confession soigne l'âme du contrevenant (1). Il se laïcise néanmoins mais son omniprésence confirme l'idée que l'accusé doit, d'une manière ou d'une autre, participer à la manifestation de la vérité ou confirmer une vraisemblance. Son silence entrave le système judiciaire et l'aveu permet d'éliminer l'obstacle du silence qui n'ajoute rien à la vérité (2).

### **1) L'aveu théologico-laïc devant la justice temporelle : le caractère pénitentiel de l'aveu judiciaire**

Nous avons déjà vu comment les institutions de l'Inquisition avaient placé l'aveu au centre de leur procédure. Leur régime de véridiction obéissait à un double objectif : juger le délit dont la nature relevait parfois autant de la compétence des juridictions séculières que des juridictions ecclésiastiques, et obtenir le salut de l'âme de l'hérétique. Comme l'écrit Jacques Chiffolleau, le cadre procédural de l'Inquisition, dont les principaux critères sont l'initiation d'une enquête d'office, le caractère secret de la procédure et l'usage de la torture, s'inscrit dans une lutte contre l'hérésie<sup>1195</sup>. L'aveu que l'on cherche à obtenir revêt un caractère pénitentiel. L'aveu doit sauver l'âme du pécheur. L'inquisiteur, nous l'avons vu, est à la fois juge et confesseur.

Jacques Chiffolleau relève qu'au XIV<sup>ème</sup> siècle, dans la prison du Châtelet à Paris, alors siège du tribunal royal, la pratique de la torture en vue d'extorquer des aveux conserve un caractère pénitentiel<sup>1196</sup>. Il cite ainsi, parmi d'autres, l'exemple d'un contrevenant qui avoue son vol et d'autres délits et qui implore la grâce de Dieu pour que ses actes lui soient

---

<sup>1194</sup> *Ibid* à la p 336.

<sup>1195</sup> Chiffolleau, *supra* note 1137 à la p 354.

<sup>1196</sup> *Ibid* à la p 355.



pardonnés<sup>1197</sup>. Nous sommes en présence ici d'un aveu juridique devant une juridiction séculière et d'un acte de contrition devant cette même juridiction. Jacques Chiffolleau souligne également qu'il n'est pas rare que sur son lieu d'exécution, le contrevenant « augmente ses confessions », l'occasion de se libérer de toutes ses fautes<sup>1198</sup>.

Devant la justice séculière, l'aveu outre les effets juridiques qu'il produit, comporte une dimension pénitentielle indéniable. Par une Ordonnance royale du 13 février 1396, intitulée *Loi portant que les condamnés pourront être confessés avant l'exécution*<sup>1199</sup>, les condamnés à mort sont accompagnés jusqu'à la fin par un prêtre qui assume le rôle de confesseur. Comme l'a montré Jacques Le Goff dans sa *naissance du Purgatoire*<sup>1200</sup>, la préparation à la mort constitue un acte d'importance. Le pouvoir séculier souhaite que cette mission relève dorénavant exclusivement de l'Église. Comme l'écrit Jacques Chiffolleau :

*Mais pour la première fois, dans le grand théâtre judiciaire et la mise en scène des supplices, les deux fors sont bien distingués et la confession au juge peut commencer, lentement, à devenir un véritable « aveu », la reconnaissance d'une faute – et d'une soumission, voyez l'emploi du mot en droit féodal – à l'égard du Prince et de la société puisque le prêtre, confesse sacramentellement, entend et absout les péchés*<sup>1201</sup>.

Nous ne pensons pas que ce lien entre les deux fors se soit complètement rompu comme l'avance Jacques Chiffolleau. Nous devons nuancer cette analyse en rappelant brièvement le droit médiéval de la peine devant la justice séculière. Dans son histoire du droit pénal, Jean-Marie Carbasse analyse les pouvoirs du juge dans l'Ancien régime relativement au prononcé de la peine<sup>1202</sup>. Ces pouvoirs, rappelle-t-il, sont « arbitraires » mais il précise qu'il ne faut pas interpréter ce terme dans le sens défavorable qu'on lui prête aujourd'hui. L'arbitraire au contraire marque la liberté donnée au juge pour « arbitrer les peines » et choisir la sentence la plus appropriée. Comme le souligne Jean-Marie Carbasse :

---

<sup>1197</sup> *Ibid* et voir aussi le Registre criminel du Châtelet de Paris du 6 septembre 1489 au 18 mai 1492, Paris, CH Lahure, 1871 aux pp 25-26.

<sup>1198</sup> *Ibid* à la p 356.

<sup>1199</sup> Isambert, Degrussy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 6 à la p 225. Citée par Chiffolleau, *supra* note 1137 à la p 357.

<sup>1200</sup> Le Goff, *Purgatoire*, *supra* note 1059 aux pp 319-447.

<sup>1201</sup> Chiffolleau, *supra* note 1137 à la p 357.

<sup>1202</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 202-221.

*Le rôle du juge pénal était considérable. Il devait évaluer cas par cas, in concreto, la gravité intrinsèque de chaque infraction et la culpabilité précise de son auteur. Il devait à cette fin examiner soigneusement tous les éléments constitutifs du délit : non seulement les faits eux-mêmes, et les circonstances objectives de temps et de lieu, mais aussi la personnalité du délinquant – âge, sexe, condition, rapports avec la victime, discernement... - et en général les diverses causes d'exonération, d'atténuation, ou au contraire d'aggravation de la peine. C'est dans cette appréciation globale des divers « paramètres » du délit que se posait la question de la responsabilité du délinquant : le juge la mesurait dans chaque affaire, par une analyse précise de toutes les circonstances de l'infraction, qu'il appréciait en conscience<sup>1203</sup>.*

On peut avec Jean-Marie Carbasse faire un lien avec le Concile de Latran IV de 1215 qui consacre le critère de l'intériorisation du sacrement de la pénitence. Souvenons-nous des prescriptions du XXI<sup>ème</sup> Canon arrêté lors de ce Concile quant à la mission du prêtre lors du recueillement de la confession :

*Le prêtre, quant à lui, doit agir avec discernement et prudence, pour savoir, tel un médecin expérimenté « verser le vin et l'huile » [Lc 10, 34] sur les plaies du blessé, s'enquérir avec soin de la situation du pécheur et des circonstances du péché, pour discerner en toute prudence le conseil opportun et appliquer le remède approprié, divers étant les moyens susceptibles de guérir le malade. Qu'il prenne garde de trahir en quoi que ce soit le pécheur, par une parole, par un signe, ou de tout autre façon. S'il a besoin d'un conseil éclairé, qu'il le sollicite prudemment sans dévoiler la personne : quiconque révèle le péché dénoncé au tribunal de la pénitence, nous statuons qu'il doit être non seulement déposé du ministère sacerdotal, mais voué à l'état de pénitent, à perpétuité, dans un monastère de stricte observance<sup>1204</sup>.*

Jean-Marie Carbasse rappelle de surcroît, la formule célèbre de Quintillien, le *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* (qui, quoi, où, avec quelles aides, pourquoi, comment, quand ou le QQQQCP), que Thomas d'Aquin, dans sa *Summa Theologica*, conseille au juge d'appliquer<sup>1205</sup>. Les juges médiévaux, outre une formation juridique, reçoivent également une formation en théologie. Statuer en toute connaissance de cause revient pour eux

---

<sup>1203</sup> *Ibid* aux pp 202-204.

<sup>1204</sup> Foreville, *supra* note 843 aux pp 357-358.

<sup>1205</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 210-211; Daniel W Patterson, « A Note on the Classical Origin of "Circumstances" in the Medieval Confessional » (1946) 43:1 *Studies in Philology* 6 à la p 7.

à appliquer aussi les mêmes directives qu'un prêtre, lesquelles s'appuient également sur le fameux QQQQCP de Quintilien<sup>1206</sup>.

Le juge médiéval français, mais aussi le juge moderne, prononcent la peine en même temps que le verdict. Les phases du jugement et de la sentence ne sont pas scindées. Pour juger il faut non seulement obtenir la vérité mais il faut comprendre et, en particulier, comprendre l'accusé. Pour cette raison, l'aveu et sa dimension pénitentielle indéniable, demeure la meilleure preuve pour condamner, non seulement au titre de la question de la culpabilité, comme nous allons maintenant le voir, mais aussi au titre de la peine. L'intériorité de cet acte (un péché et un crime) et la subjectivité qu'il permet ainsi de dégager sont pour le juge autant d'outils qui forgent sa conviction (au moins pour la peine), mais surtout qui allègent sa conscience.

## 2) L'aveu laïcisé ou comment confirmer la vraisemblance

Pour la doctrine du XIII<sup>ième</sup> siècle, l'aveu constitue la reine des preuves et dès le XIV<sup>ième</sup> siècle, la confession prononcée devant un juge (soit aveu judiciaire) conduit automatiquement à la condamnation de l'avouant. Adhémar Esmein rappelle que Daniel Jousse, un commentateur de l'Ordonnance d'août 1670, considère que « *de toutes les preuves [...], la confession de l'accusé est la plus forte et la plus certaine, et par conséquent cette preuve est suffisante* »<sup>1207</sup>. Cela étant dit, l'opinion de Jousse ne vaut que lorsque le corps du délit a bien été constaté. À défaut de pouvoir prouver le corps du délit, l'aveu ne constitue pas une preuve suffisante en elle-même. Un autre courant doctrinal, semble-t-il majoritaire, considère que le seul intérêt consacré à la forme même des interrogatoires dans l'ordonnance de 1670, constitue une indication que l'aveu est insuffisant et qu'il faut y voir là un début

---

<sup>1206</sup> Patterson, *supra* note 1205 à la p 7.

<sup>1207</sup> *Supra* note 905, Esmein *Histoire*, p 273; Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, 1753, p 152, Article 5, titre XXV, n°1 et n°2 : « *De toutes les preuves que l'on peut avoir en matière criminelle la confession de l'accusé est la plus forte et la plus certaine, et par conséquent cette preuve est suffisante...une pareille confession est la plus complète des preuves que l'on peut désirer.* »

d'exception à la reconnaissance de la force naturelle et certaine de l'aveu emportant condamnation<sup>1208</sup>. Muyart de Vouglans énonce également :

*Il est vrai, que comme il peut arriver que le désir de confesser sa vie, l'emporte sur les lois de l'Évangile, ou que cette confession soit faite par crainte ou quelque'un autre motif particulier de ressentiment ou de désespoir, il faut convenir que cette preuve n'a pas parmi nous la même force que les précédentes ; c'est-à-dire, qu'elle ne peut de sa nature opérer la condamnation à une peine capitale, et qu'il faut pour cela le concours de plusieurs conditions [...] la confession doit être accompagnée d'indices pressants ou de la déposition d'un bon témoin<sup>1209</sup>.*

En conséquence, en présence d'un crime grave pouvant être sanctionné par une peine capitale ou par une peine afflictive, le seul aveu de l'accusé à titre de preuve ne semble plus suffisant si le corps du délit n'a pas été constaté. Cet aveu a besoin d'être corroboré, soit par un témoignage, soit par des indices circonstanciés<sup>1210</sup>. Il convient de noter que même si l'aveu est fait de manière libre et volontaire, il demeure une preuve insuffisante pour le juge qui ne peut dès lors prononcer une peine capitale. Revenons sur les dispositions de cette l'ordonnance.

L'article 5 du titre XXV de l'ordonnance de 1670 reconnaît que l'aveu de l'accusé constitue un mode de preuve efficace s'il est accompagné d'autres preuves. Il faut une combinaison de preuves dans ces circonstances: « *il y a preuve suffisante par les interrogatoires ou par pièces authentiques ou reconnues de l'accusé, ou autre présomption et circonstances du procès* »<sup>1211</sup>. Cet article semble conforter la position de la doctrine majoritaire, isolant ainsi la position de Jousse. L'article 19 du titre XIV de ladite ordonnance complète l'argumentaire de la doctrine puisqu'il permet à l'accusé d'un crime qui n'encourt pas de peine afflictive de « *plaider coupable* »<sup>1212</sup>. Ce « plaider coupable » est donc

---

<sup>1208</sup> *Ibid*, Esmein cite ici un extrait des Lettres de Jean-Baptiste Colbert qui mentionne l'opinion de Duplessis sur l'aveu dans le cadre d'un procès, voir Jean-Baptiste Colbert, *Lettres, Instructions et Mémoires*, t VI, Paris, Imprimerie impériale, 1873-1882 à la p 429 : « *L'aveu par un criminel de son crime ne peut opérer sa condamnation, s'il est tout nu, mais si, outre son aveu, il y a un seul témoin, cela suffit pour le condamner. De même, si outre son aveu il y a quelque indice, ou réel ou procédant de la déposition même d'un seul témoin, cela suffit pour la condamnation.* »

<sup>1209</sup> De Vouglans, *supra* note 1170 à la p 339.

<sup>1210</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 273.

<sup>1211</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11 à la p 381.

<sup>1212</sup> *Ibid* à la p 384.

impossible pour les crimes encourant une peine capitale et le juge doit poursuivre l'instruction jusqu'au procès pour étayer son dossier d'indices permettant de corroborer l'aveu. C'est ainsi que les indices prochains, appelés également semi-preuves, jouent un rôle non négligeable dans la procédure criminelle de l'époque. Mais, en réalité, c'est plutôt l'aveu qui vient corroborer ces indices.

Ces semi-preuves, que Voltaire devra fustiger dans le cadre de l'affaire Callas<sup>1213</sup>, constituent en fait des présomptions, qu'il faut compléter par un aveu forcé. En effet, dans le cadre de crimes graves, ces semi-preuves permettent d'avoir recours à la question et rendent donc la torture quasi-inévitable. Ces semi-preuves permettraient, à elles seules de prendre le faux pour le vrai. La torture devient un instrument indispensable à la théorie des preuves objectives. Selon cette théorie, les juges n'auraient pas le droit de se fier à leur intime conviction découlant de leur opinion personnelle de ces preuves imparfaites, ce qui les obligent à torturer l'accusé pour obtenir ses aveux, une preuve complète et parfaite. Ils pourront ainsi entrer en voie de condamnation<sup>1214</sup>. On pourrait argumenter autrement et dire : c'est la conviction du juge qui l'amène à se trouver en face du coupable, en raison des indices, ces semi-preuves figurant au dossier et qui le poussent à obtenir des aveux de l'accusé<sup>1215</sup>. En tout état de cause, en imposant aux juges un système de preuves légales, ils n'ont d'autre choix que d'obliger l'accusé à faire des aveux.

La torture qui a fait sa réapparition au XIII<sup>ième</sup> siècle, se trouvait déjà dans plusieurs droits coutumiers de l'époque<sup>1216</sup>. Elle n'est alors que peu réglementée, mais va souvent de pair avec la procédure inquisitoire et le développement de la théorie des preuves légales. Normalement sa mise en œuvre n'est possible que s'il existe de fortes présomptions à l'encontre de l'accusé, présomptions qui doivent être confirmées par l'aveu de celui-ci provoqué par la torture.

---

<sup>1213</sup> José-Ramon Cubero, *L'affaire Calas : Voltaire contre Toulouse*, Paris, Perrin, 1993.

<sup>1214</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 275.

<sup>1215</sup> Voir toutefois Astaing et Clément, *supra* note 8 aux pp 295-297. Ces auteurs considèrent que le juge aura recours à la torture lorsqu'il a la conviction que qu'il se trouve face au coupable.

<sup>1216</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 139.

Ce sont ces indices (qu'on qualifie aussi *indicia ad torturam*) qui rendent le recours à la question possible. Nous avons déjà expliqué dans quelles circonstances le juge peut opter entre la procédure ordinaire ou la procédure extraordinaire, cette dernière ne concernant que la procédure criminelle *stricto sensu* pour les crimes graves.

Dans le cadre de la procédure extraordinaire, différentes intensités de tourments sont prévus. On distingue la question préparatoire de la question préalable. La question préparatoire permet d'arracher l'aveu d'un accusé. La question préalable, en revanche, n'est posée qu'aux condamnés afin qu'ils révèlent le nom de leurs complices. Comme ils ont déjà subi les effets de la question préparatoire, la question préalable ne nécessite pas de moyens plus intenses de torture<sup>1217</sup>.

L'Ordonnance de 1670 précise l'ensemble des conditions d'utilisation de la torture. On y trouve de plus en plus de précisions sur le recours à la torture et une évolution de la théorie des preuves légales. En effet, l'article 1 du Titre XIX impose à titre de conditions préalables, la présence d'une preuve considérable et le fait que le corps du délit ait été constaté<sup>1218</sup>. Notons qu'une telle décision est susceptible d'appel<sup>1219</sup>. La procédure d'appel, cependant, a pour objectif de permettre à la justice royale de contrôler les décisions des justices seigneuriales. Ce n'est donc pas la décision de première instance qui est visée par la procédure d'appel, mais plutôt la personne du juge qui aurait rendu un mauvais jugement<sup>1220</sup>.

---

<sup>1217</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 240.

<sup>1218</sup> Isambert, Degruassy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11, p 378 « Article 1 S'il y a preuve considérable contre l'accusé d'un crime qui mérite peine de mort, et qui soit constant, tous juges pourront ordonner qu'il sera appliqué à la question, au cas que la preuve ne suit pas suffisante » [M. Pussort a répondu qu'il serait difficile de rendre la question (torture) uniforme dans tous les Parlements : le description qu'il en faudrait faire serait indécente dans une ordonnance [clair aveu de l'immoralité de la torture, et de la difficulté à la rendre légale].

<sup>1219</sup> *Ibid*, « Article 7 Les sentences de condamnation à la question ne pourront être exécutées qu'elles n'aient été confirmées par arrêt de nos cours ».

<sup>1220</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 175-176. L'appel avait une origine romano-canonique et que cette procédure était bien ancré dans les régions du sud de la France. C'est la justice ecclésiastique qui devait la développer vers le nord du pays.

On interroge l'accusé avant la torture et juste après celle-ci afin de vérifier s'il maintient ou non ses aveux<sup>1221</sup>. En revanche, on ne peut le remettre à la torture une seconde fois pour les mêmes faits quand bien même il existerait de nouvelles preuves<sup>1222</sup>.

Outre l'aveu (provoqué par la torture) conjugué à des semi-preuves pour parvenir à une preuve complète, une partie de la doctrine, considère que l'addition d'indices prochains peut suffire à condamner à une peine capitale :

*[...] s'il y avoit deux indices pressans prouvés chacun par deux tesmoins, ils pourraient faire preuve entière sans question, selon leur qualité. Mais quand il n'y a qu'un seul tesson sur chaque fait d'indice, alors on peut dire que c'est toujours une preuve imparfaite qui ne pourrait aller à la question; et néanmoins si ces indices estoient de telle qualité qu'ils eussent une liaison naturelle l'un avec l'autre, sans aucune contradiction, et qu'ils fussent tous du nombre d'indices prochains et pressans, on pourroit dire que ces indices seraient prouvés l'un par l'autre et que les preuves imparfaites sur chaque fait se joindraient ensemble pour faire une preuve parfaite qui suffirait pour la condamnation. Mais encore un coup, il y a pardessus tout cela l'arbitrage des juges en cette matière d'indices, et cela dépend toujours de la nature et des circonstances de chaque fait<sup>1223</sup>.*

Il s'agit néanmoins d'une opinion minoritaire, ce que Muyart de Vouglans rappelle tout en rapportant que les semi-peines peuvent justifier une peine autre que capitale (afflictive, infamante ou pécuniaire)<sup>1224</sup>. Ceci laisse supposer que les juges disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la force probante des indices. D'ailleurs, rien dans l'ordonnance vient préciser ce que l'on entend par indices prochains ou semi-preuves. Encore une fois, on laisse au juge le soin de le déterminer. Selon la jurisprudence, les semi-preuves comprennent les preuves écrites imparfaites, un témoignage unique, un aveu extrajudiciaire rétracté par l'accusé, des présomptions (que Muyart de Vouglans scinde en deux classes, les indices généraux et les indices spéciaux)<sup>1225</sup>.

---

<sup>1221</sup> Isambert, Degrossy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11, p 378 « Article 11 Après que l'accusé aura été tiré de la question, il sera sur-le-champ et derechef interrogé sur ses déclarations et sur les faits par lui confessés ou déniés, et l'interrogatoire par lui signé, sinon sera fait mention de son refus ».

<sup>1222</sup> *Ibid*, « Article 12 Quelque nouvelle preuve qui survienne, l'accusé ne pourra être appliqué deux fois à la question pour un même fait ».

<sup>1223</sup> Esmein, *supra* note 918 à la p 277.

<sup>1224</sup> De Vouglans, *supra* note 1170 à la p 351.

<sup>1225</sup> *Ibid* aux pp 349-353.

Dans la première catégorie qui constitue en fait un mélange d'indices prochains et d'indices éloignés on trouve:

*La Déposition d'un Témoin unique, pourvu qu'il foit d'ailleurs irréprochable, et qu'il dépose du fait même du Crime; car si sa Déposition tombe feulement sur quelques circonstances de ce Crime, elle ne forme alors qu'un Indice éloigné. Au reste, il faut remarquer qu'elle ne peut, même dans le premier Cas, donner lieu à la Torture, à moins qu'elle ne foit accompagnée de quelque adminicule ou Indice éloigné, tel que la mauvaise réputation de l'Accusé<sup>1226</sup>.*

ou encore :

*La Qualité de l'accusateur peut aussi servir d'Indice prochain contre l'Accusé ; ainsi, par exemple, la Déclaration que ferait un Membre de Cour supérieure, un Juge royal, un Huisier même , pour des insultes faites dans leurs Fonctions, un Maître pour les Délits commis envers lui par ses Domestiques, pourroit suffire, non-seulement pour faire décréter l'Accusé, comme nous l'avons dit ci-devant, mais encore pour le faire mettre à la Torture, s'il y avait d'ailleurs quelques adminicules.*

*La Confession Extrajudiciaire que fait l'Accusé, d'avoir commis le Crime, forme, suivant les Auteurs, un Indice prochain capable de donner lieu à la Torture; ce qui s'entend, comme nous l'avons dit, lorsqu'elle a été faite sérieusement, qu'elle n'a point été révoquée fur le champ, qu'elle est prouvée par deux bons Témoins, et que d'ailleurs le corps du Délit est constant<sup>1227</sup>.*

Nous constatons par la même occasion que tous ces indices peuvent donner lieu à la torture. Muyart de Vouglans fournit également une liste d'indices éloignés tous aussi hétéroclites, ces indices complètent les semi-preuves et justifient le recours à la torture<sup>1228</sup>.

---

<sup>1226</sup> *Ibid* à la p 349.

<sup>1227</sup> *Ibid*.

<sup>1228</sup> *Ibid*, « Les Indices éloignés ou Adminicules, font :

1. Le Bruit Public ; il peut néanmoins donner lieu à la Torture, lorsqu'il se trouve joint à d'autres Adminicules : Menoch. exige les trois suivans : ip. que l'Accusé soit d'une vile condition. Qu'il ait été diffamé pour un autre Crime du même genre que cette diffamation foit fondee fur le témoignage de gens dignes de foi, & non ennemis de l'Accusé.
2. La Fuite, ce qui s'entend principalement, comme nous l'avons dit, de celle qui précède l'Accusation.
3. La Vacillation & l'inconstance du discours de l'Accusé, le tremblement de sa voix le trouble de son esprit, sa taciturnité, tout cela ne forme que de Amples Indices éloignés , parce qu'ils peuvent être l'effet de la timidité naturelle de l'Accusé qui se voit traduit par-devant un Juge pour un Crime atroce. Voye au surplus ce que nous avons dit ci-devant par rapport à l'Accusé qui refusoit de répondre.
4. Le Tems Commode pour commettre le Crime.
5. L'intérêt qu'avoit l'Accusé de commettre le Crime.
6. L'habitude où est l'Accusé de commettre des Crimes du même genre.
7. Les Liaisons de l'Accusé avec les Personnes qui ont commis un Crime semblable à celui dont il est prévenu.



Enfin, mentionnons ici le principe de la « question avec réserve de preuve ». Normalement, on considère que la question purge tous les indices. Ainsi, la résistance de l'accusé aux tourments doit absoudre celui-ci. C'est la logique de la théorie des preuves légales. Cette dernière ressource dont peut bénéficier l'accusé est cependant écartée par l'Ordonnance de 1670, précisément par l'article 2 du Titre XIX :

*Article 2. Les juges pourront aussi arrêter que nonobstant la condamnation à la question, les preuves subsisteront en leur entier, pour pouvoir condamner l'accusé à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives, excepté toutefois celle de mort, à laquelle l'accusé qui aura souffert la question sans rien avouer, ne pourra être condamné, si ce n'est qu'il survienne de nouvelles preuves depuis la question*<sup>1229</sup>.

Par conséquent, si on écarte dans une telle situation toute possibilité de condamnation capitale, d'autres sanctions, de nature pécuniaire par exemple, peuvent être prononcées. La notion d'insuffisance de preuve paraît superflue et cette règle nous montre que l'institution judiciaire du XVII<sup>ème</sup> siècle incarne une justice de coupables. Malgré l'insuffisance de preuves, on condamne à une peine moins lourde mais on condamne tout de même.

Ce régime de preuves légales, bien qu'en rupture avec les preuves irrationnelles des temps féodaux, ne peut être considéré comme empreint de raison. D'une part, le juge est lié par les preuves qu'on lui soumet et d'autre part, ce système permet de maintenir la torture, au moins jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle. Comme le mentionne Muyart de Vouglans, la torture permet de forger la conviction du juge et de punir le crime<sup>1230</sup>. L'aveu-torture est bel et bien le couple royal des preuves à cette époque.

---

8. *L'empressement extraordinaire de l'Accusé à faire procéder à la recherche du Crime, sans qu'il y ait d'intérêt.*

9. *Les Efforts qu'on a vu faire à l'Accusé pour corrompre les Témoins.*

10. *Des Menées Secrètes qu'on lui a vû faire pour s'affûrer des Complices.*

11. *Le Recelement qu'a fait l'Accusé de l'Auteur du Crime, qui n'est ni son Parent ni son Allié.*

12. *La Proximité de la Maison de l'Accusé, du lieu du Crime a été commis.*

13. *L'affectation de l'Accusé d'avoir l'oreille dure, ou avoir perdu l'esprit ou la mémoire lorsqu'on l'interroge.*

14. *La Mauvaise Physionomie de l'Accusé, ou le vilain nom qu'il porte.*

15. *La Mauvaise Renommée de l'Accusé, comme s'il passe pour être d'un caractère méchant, avare, audacieux, enclin au Crime; s'il a commis des Crimes du même genre, ou autres pour lesquels il a obtenu des Lettres de Grâce du Prince ou bien s'il a été repris de Justice. »*

<sup>1229</sup> Isambert, Degruy et Taillandier, *supra* note 1149, vol 11 à la p 378.

<sup>1230</sup> De Vouglans, *supra* note 1170 à la p 341.

Cela étant dit, des informations et des estimés tirés des registres du Châtelet pour la fin du XIV<sup>ième</sup> siècle sur le recours à la torture ou sur le recours à la question révéleraient un usage qui n'aurait pas été aussi fréquent qu'on pourrait le croire. La tenue rigoureuse du registre et la personnalité du greffier ont cependant été remises en cause par les historiens<sup>1231</sup>.

En bref, la procédure inquisitoire au cours de cette période de l'histoire française est avant tout un instrument de et du pouvoir monarchique et judiciaire. La procédure inquisitoire secrète établit une vérité avant procès et l'aveu permet d'homologuer cette vérité à des fins de jugement. En effet, n'oublions pas que l'aveu intervient en fin de parcours du processus pénal. Il est précédé par l'enquête ou l'information. On interroge les témoins, on se déplace sur les lieux du crime, on sonde l'opinion publique. L'expression latine qualifie ces démarches d'*inquisitio veritatis* (inquisition de vérité). La vérité est d'abord établie par l'enquête et confirmée par l'aveu. Celui-ci apporte une certitude probable puisqu'il est prononcé sous la torture, mais ce degré de certitude se suffit à lui-même en raison du régime des preuves légales.

## **Conclusion du Chapitre II**

La période que nous venons d'examiner montre que la confession comme preuve autonome dans la procédure pénale a très tôt intéressé les juges anglais et que sa force probatoire dans le procès pénal a fait l'objet de discussions et de débats. À cette époque, le droit anglais commence à élaborer une distinction dans la catégorie des aveux judiciaires, celle d'une distinction entre l'aveu judiciaire devant une juridiction de jugement et la confession, une distinction qui ne sera pas faite par le droit continental.

La justice royale française développe son système de justice pénale en étant très fortement influencée par le droit romano-canonique. Ce droit inspire le développement de son régime des preuves légales ou objectives qui remplace les ordalies. La procédure devant les juridictions séculières royales reprend le modèle inquisitoire des juridictions ecclésiastiques de la papauté. Le système des preuves objectives place l'aveu au sommet de la hiérarchie des

---

<sup>1231</sup> Carbasse, *Histoire*, supra note 188 à la p 171 et surtout, Claude Gauvard, *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, coll « Histoire ancienne et médiévale », Paris, Publications de la Sorbonne, 1991 aux pp 34-45.

preuves. Même si la théorie des preuves légales évolue et exige finalement que l'aveu soit corroboré par un indice ou par une présomption, la pratique montre que, bien souvent, c'est l'aveu qui complète l'indice ou la preuve incomplète et insuffisante. L'aveu, cette preuve pleine qui emporte condamnation, tire sa force probante de son affiliation avec le sacrement de confession qui l'imprègne dès le XIII<sup>ème</sup> siècle. Au cours de cette période, l'aveu comme preuve dans la procédure pénale française restera toujours marqué de cette nécessité d'avouer pour être relevé de ses fautes. À tous les points de vue, l'aveu semble indispensable à la recherche et à l'obtention de la vérité. Mais si l'aveu religieux a pour fonction l'expiation de ses fautes auprès de l'autorité divine qui sait tout, voit tout, connaît tout et qui est Vérité, l'aveu dans la procédure pénale, lui, officialise une vérité juridique et judiciaire du pouvoir. Cette vérité est écrite dans le secret par les autorités de justice du Roi, une vérité incontestable ou difficilement contestable par l'accusé puisqu'elle est confirmée par son aveu. Si le corps de l'accusé est encore supplicié pour obtenir l'aveu, l'aveu (sa parole) devient garante de vérité. La preuve de l'aveu devient autonome, une preuve pleine de vérité et parfaite et suffisante pour condamner.

## **TITRE II. L’aveu dans la procédure judiciaire du XVII<sup>ième</sup> à nos jours en France, en Angleterre et au Canada : d’un rationalisme scientifico-positiviste au postmodernisme pénal, de l’efficacité et de l’équité de l’aveu à titre de preuve**

*« Le vrai » consiste simplement dans ce qui est avantageux pour notre pensée, de même que « le juste » consiste simplement dans ce qui est avantageux pour notre conduite. William James, Le pragmatisme.*

Nous abordons dans ce dernier Titre II les deux dernières phases de notre histoire de l’aveu. La première correspond à l’apparition d’un droit moderne de l’aveu dans les droits anglais et français aux XVII<sup>ième</sup>-XVIII<sup>ième</sup> siècles (**Chapitre I**).

Au milieu du XX<sup>ième</sup> siècle, l’aveu juridique entre dans une phase postmoderne. Il agit comme un outil de conciliation entre deux intérêts qui paraissent en contradiction et qui illustrent le postmodernisme du droit pénal; les soucis d’équité et d’efficacité procédurales (**Chapitre II**).

### **Chapitre I. L’élaboration d’un droit moderne de l’aveu en droit anglais et en droit français à la suite de deux révolutions politico-morales**

Dans ce chapitre, nous analysons comment les droits anglais et français élaborent un droit moderne des aveux et des confessions à la suite des deux révolutions politico-morales qui surviennent en 1640 en Angleterre (la Révolution anglaise) et dans le dernier quart du XVIII<sup>ième</sup> siècle en France (la Révolution des Lumières). Nous voyons en premier lieu comment le droit anglais réglemente la confession en tant que preuve autonome sous l’influence de la théologie morale calviniste (**Section I**). En second lieu, nous voyons comment le droit français libère l’aveu du système de preuves légales, le laissant à la libre appréciation du juge (**Section II**).

Le statut de cette preuve dans les deux procédures étudiées permet de circonscrire l’importance respective de l’objectif de vérité dans les deux systèmes de justice pénale. Nous montrons comment la procédure pénale inquisitoire française accorde à l’objectif de vérité un

espace plus important qu'en *common law* à partir du XIX<sup>ième</sup> siècle. L'aveu doit permettre au juge français non seulement de lier le contrevenant à son crime. Il doit aussi lui fournir des explications sur le crime et sur l'accusé. En disposant de ces informations, le juge français peut éventuellement et concomitamment prononcer un verdict de culpabilité et la peine qui lui est associé ou un verdict d'acquittement, l'aveu n'étant pas déterminant pour lui. La *common law* va évoluer autrement. Le juge anglais va se limiter, quant à lui, à vérifier les conditions d'admissibilité de la confession dans le procès. Si elle est exclue, le *jury* n'appréciera rien. Si elle est admise en preuve, l'exercice d'appréciation de la crédibilité ou de la force probante de la confession relèvera du *jury* qui accepte, interprète son contenu en l'état et apprécie la force probante de cette preuve autonome.

Paradoxalement, la procédure pénale française évolue d'un système de légalité des preuves vers un système de liberté des preuves. La procédure pénale anglaise évolue, en revanche, d'un système de liberté des preuves vers un système de légalité des preuves en énonçant de nombreuses règles d'admissibilité pour que le *jury* ne soit pas induit en erreur par des preuves qui ne rencontrent pas des prérequis de fiabilité.

### **Section I. Le droit anglais de l'aveu : l'influence de la théologie morale calviniste (XVI<sup>ième</sup> - XX<sup>ième</sup> siècles) sur la règle des confessions**

Le droit pénal anglais a longtemps vécu dans le mythe d'une histoire « *continue et ininterrompue* » du XII<sup>ième</sup> au XIX<sup>ième</sup> siècles sans points de rupture de type révolutionnaire. Cela n'est pas tout à fait vrai. Reconnaissons toutefois avec Harold J. Berman que la majorité des réformes majeures de sa procédure interviennent en réalité entre les XVI<sup>èmes</sup> et XVIII<sup>ième</sup> siècles<sup>1232</sup>. Les travaux de John H. Langbein sur l'évolution historique de la procédure anglaise et de son droit de la preuve illustrent également ce point de vue<sup>1233</sup>. Or, ces changements dans le droit anglais trouvent leurs origines dans une révolution politico-religieuse de l'Angleterre

---

<sup>1232</sup> Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 505. Selon l'auteur, le mythe se retrouve dans l'ouvrage de la fin du XIX<sup>ième</sup> siècle de James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 3 vols, New York, B Franklin, 1964.

<sup>1233</sup> Voir en particulier Langbein, *Prosecuting Crime*, *supra* note 64 et Langbein, *Origins*, *supra* note 6.

dont les points culminants sont 1640 au plan politique et l'avènement du protestantisme au plan religieux.

Retraçons à grands traits l'histoire de la royauté et de l'Église anglaise qui va présider à l'avènement du protestantisme au plan religieux. Depuis le XV<sup>ème</sup> siècle, l'Église anglaise alors catholique, est en proie à de nombreuses critiques qui se manifestent, comme l'écrit Philippe Chassaing, par un anticléricalisme et un antipapisme exacerbés<sup>1234</sup>. L'Église anglaise provoque un sentiment de révolte populaire en raison des richesses qu'elle a accumulées alors que la crise frappe la nation anglaise. Ses clercs semblent plus préoccupés par les aspects matériels de leur mission que par leurs responsabilités spirituelles. Leur niveau de connaissances théologiques et religieuses est d'ailleurs en baisse. Une nouvelle pensée chrétienne fondée sur les réflexions de Martin Luther (1483-1546), théologien allemand, pénètre progressivement les îles anglaises en 1519-1530<sup>1235</sup>. Pour Martin Luther, le chrétien doit notamment rechercher seul son salut sur terre<sup>1236</sup>. Il n'a pas besoin d'intermédiaires, entre autre un confesseur. Les idées de Luther annoncent la Réforme protestante et portent pour l'essentiel sur la dénonciation du commerce des indulgences (la possibilité de racheter la rémission de ses péchés), le rejet des sacrements à l'exception du baptême et de la communion et enfin sur le fait que seule la grâce divine peut pardonner les péchés. Ses idées figurent parmi d'autres dans un document plus global que l'on nomme aujourd'hui les 96 thèses de Martin Luther diffusées en 1517<sup>1237</sup>. En 1533, Jean Calvin, jeune théologien français, se convertit à la Réforme luthérienne. Il publie en 1536, son ouvrage *Institution de la religion chrétienne*<sup>1238</sup>. Pour Luther et Calvin, la confession sacramentale et la pénitence constituent des sacrements mineurs. Leurs thèses reçoivent un accueil positif outre-Manche. La confession sacramentale, dès lors, perdra du terrain en Angleterre, ce que l'on examinera dans les pages qui suivent.

Parallèlement en Angleterre en 1527, Henry VIII cherche à se séparer officiellement de son épouse, Catherine d'Aragon, pour se marier avec sa maîtresse Ann Boleyn. Rome

---

<sup>1234</sup> Chassaing, *supra* note 875 à la p 91.

<sup>1235</sup> *Ibid* à la p 95.

<sup>1236</sup> Du Bord, *supra* note 142 aux pp 206-210.

<sup>1237</sup> La question du procédé de diffusion suscite des débats. Voir à cet effet, K Blockx, « L'affichage des 95 thèses de Luther : État de la question » (1967) 62:3 *Revue d'Histoire Ecclésiastique* 776.

<sup>1238</sup> Jean Calvin, *Institution de la religion chrétienne*, Genève, Librairie Droz, 2008.

s'oppose à ce divorce et pousse le souverain anglais à rompre avec la papauté. En 1531, le clergé anglais reconnaît Henry VIII comme le chef de l'Église anglaise<sup>1239</sup>. L'Église anglaise demeure catholique mais refuse l'autorité du pape.

Le très jeune Édouard VI (1547-1553) succède à son père Henry VIII en 1547. Il ouvre la voie au protestantisme dans le royaume. En 1554, Marie Tudor, fille d'Henry VIII et de sa première épouse Catherine d'Aragon (catholique espagnole) prend le pouvoir en écartant Jeanne Grey qui a succédé à Édouard VI pendant quelques jours. On assiste à une crise successorale dont la question cruciale est aussi le maintien du protestantisme ou le retour du catholicisme en Angleterre. Marie I<sup>er</sup> qui a épousé le fils de l'empereur Charles Quint, rétablit pour un temps le catholicisme dans le royaume. En 1558, Elizabeth I<sup>er</sup> lui succède. Peu religieuse mais protestante, elle permet le retour du protestantisme en Angleterre. Elle s'oppose néanmoins au courant puritain qui désire effacer toute trace catholique dans l'Église anglaise<sup>1240</sup>.

À partir du XVII<sup>ème</sup> siècle, l'absolutisme royal anglais, sous l'égide des Stuart (1603-1640), provoque, comme l'écrit Philippe Chassaing, un « *divorce entre la nation et le roi* »<sup>1241</sup>. Le mouvement puritain, insatisfait de cette prééminence de la royauté sur la nation, organise et articule dans des écrits ou dans des manifestations son opposition à cet absolutisme royal. Au cours de cette même période, des puritains extrémistes quittent l'Angleterre pour fonder un nouvel État aux Amériques. Il s'agit des *Pilgrims Fathers* qui, embarqués sur le *Mayflower*, fondent en 1620 à Plymouth, en Nouvelle Angleterre, la première colonie anglaise. La doctrine protestante inspire l'organisation politique et sociale de ces puritains<sup>1242</sup>. La révolution puritaine est également en marche en Angleterre. On peut identifier plusieurs causes à cette rébellion : une lutte de classes entre la haute noblesse titrée (*nobility*) et la nouvelle bourgeoisie (*gentry*) laquelle veut jouer un rôle au sein du pouvoir, une crise morale

---

<sup>1239</sup> Chassaing, *supra* note 875 à la aux pp 103-104.

<sup>1240</sup> *Ibid* aux pp 119-127.

<sup>1241</sup> *Ibid* à la p 132.

<sup>1242</sup> Pierre Brodin, « Quelques aspects de la vie religieuse en nouvelle-angleterre au XVIIe siècle » (1934) 9:12 Revue d'histoire moderne 97.

et religieuse et une crise politico-économique causée par la guerre de Trente Ans (1618-1638) qui a opposé catholiques et protestants à l'échelle européenne<sup>1243</sup>.

En 1640 la révolution anglaise éclate<sup>1244</sup>. Le Parlement supplante la monarchie dans la vie politique. Ce nouveau pouvoir parlementaire est loin d'engendrer une démocratie<sup>1245</sup>. On a affaire à un Parlement d'aristocrates. Seuls 3% des hommes peuvent voter. Ils font partie de l'ancienne noblesse et de la nouvelle bourgeoisie terrienne et foncière. Le Parlement est désormais protestant. Ce n'est pas la première fois que la monarchie anglaise doit se soumettre à la loi et doit accepter un partage de ses pouvoirs. L'événement de la *Magna Carta* de 1225 constitue un précédent. Des idées politico-philosophiques, celles de John Locke en particulier dans son *Traité du gouvernement civil*, inspirent ces changements politiques. Il pense que la légitimité du pouvoir « souverain » réside dans un contrat social entre les humains qui suppose leur consentement à l'exercice de ce pouvoir. Il jette les bases d'une nouvelle théorie de la souveraineté, fondée sur le partage du pouvoir et la reconnaissance des libertés individuelles<sup>1246</sup>.

Cette Révolution anglaise est également porteuse de nombreuses transformations du droit et des tribunaux anglais. Les cours d'exception, instruments du pouvoir de la Couronne, comme la Chambre Étoilée et la Cour de la Haute Commission, communément appelées les *Prerogative courts*, disparaissent. L'institution du *jury*, comme nous l'avons examiné précédemment, est elle-même l'objet de réformes. Sur le plan de la procédure pénale, on

---

<sup>1243</sup> Christopher Hill, « La révolution anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle : Essai d'interprétation » (1959) 221:1 Rev Historique 5.

<sup>1244</sup> Harold J Berman distingue trois phases de cette révolution. Voir Berman, *Droit et Révolution*, supra note 934 à la p 41 : « Vers le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, plusieurs pays d'Europe firent l'expérience de révoltes dirigées contre la monarchie, comparables, quoiqu'à une moindre échelle, à la grande Révolution anglaise qui éclata en 1640 et entraîna la paix dans une guerre civile de 1642 à 1649, puis dans la république puritaine du Commonwealth entre 1649 et 1660, et enfin, après la Restauration des années 1660-1688, dans ce qu'un discours politique et historiographique a qualifié de "Glorieuse Révolution" en 1688-1689 », voir aussi pp 337-381.

<sup>1245</sup> M Morin, supra note 876 aux pp 286-294.

<sup>1246</sup> John Locke, *Traité du Gouvernement civil*, traduit de l'anglais par David Mazel, Londres, Éditions de Londres, 1795 à la p 29 : « La liberté naturelle de l'homme, consiste à ne reconnaître aucun pouvoir souverain sur la terre, et de n'être point assujéti à la volonté ou à l'autorité législative de qui que ce soit; mais de suivre seulement les lois de la nature. La liberté, dans la société civile, consiste à n'être soumis à aucun pouvoir législatif, qu'à celui qui a été établi par le consentement de la communauté, ni à aucun autre empire qu'à celui qu'on y reconnaît, ou à d'autres lois qu'à celles que ce même pouvoir législatif peut faire, conformément au droit qui lui en a été communiqué ».



distingue dorénavant et officiellement deux types de jury, le jury d'accusation et le jury de jugement qui siège avec un juge. La preuve est ramassée avant la juridiction du jugement par des autorités de justice et de police (shérif, *coroner*, juge de paix, *constable*), qui ont déjà remplacé le jury « informateur » ou le jury « enquêteur ».

Harold J. Berman considère que la transformation du droit anglais est « *liée à l'émergence du régime parlementaire aristocratique, du système politique (les Whigs et les Tories), et de la classe professionnelle des juges et des avocats* »<sup>1247</sup>. Il ajoute que les différents changements intervenus dans le droit anglais, tant dans la procédure que dans le droit substantif, portent en eux l'influence de la morale calviniste. Selon lui, le protestantisme puritain s'appuie sur l'idée que « *l'histoire de l'humanité s'accomplit entièrement dans le cadre de la Providence divine et correspond avant tout à l'histoire spirituelle exprimant la réalisation des intentions divines* »<sup>1248</sup>. Les anglais pensent alors être le peuple élu de Dieu. Ils sont investis d'une mission qui consiste à réformer le monde en vue de l'améliorer. Les différentes réformes du droit anglais s'inspirent de cette traduction de commandements divins en préceptes politiques, moraux et juridiques.

Le droit, outil indispensable pour mettre ces commandements en œuvre, doit se développer en étant consacré au service et au bien-être de la communauté. L'éthique du travail, de l'effort et de la discipline, qualité avant tout personnelle, complète les valeurs collectives du protestantisme. Ces valeurs communautaires relèvent d'ailleurs du « *caractère sacré des engagements entre les hommes [...] portant sur les responsabilités publiques, le service de la communauté, l'entreprise collective, la confiance mutuelle et d'autres qualités associés à la notion d'esprit public* »<sup>1249</sup>.

Sur un plan social, la culture protestante considère que la vie sociale prend appui sur la conscience totalement libre de chaque individu: chaque fidèle serait une église à lui seul<sup>1250</sup>.

---

<sup>1247</sup> Voir Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 43. Les *Wigs* sont républicains et les *Tories* partisans d'une monarchie de droit divin.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> *Ibid* aux pp 43-44.

<sup>1250</sup> Voir sur le sujet Cyril Slezner, *Conscience, Réforme et Révolution, les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais aux XVIe et XVIIe siècles*, doctorat de philosophie, sous la dir de Laurent Jaffro, Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenu le 13 novembre 2010.

Afin de réaliser cet objectif personnel, il faut cependant se doter de règles de bonne conduite. Roscoe Pound attribue à cette éthique personnelle et collective la création de règles de preuve et de procédure dans la *common law*. À son avis, les puritains se méfiaient des juges, il fallait donc inventer des règles de procédure précises et strictes pour ne pas être soumis ou victimes des actes capricieux et arbitraires d'un juge qui pouvait être corrompu ou avoir de mauvaises mœurs comme bien d'autres élites ou autorités de l'époque<sup>1251</sup>.

C'est dans ce contexte de changements profonds que la procédure pénale anglaise évolue vers la reconnaissance de plus de droits accordés à l'accusé (§1). Le droit de la preuve intègre le concept de fiabilité qui doit présider à la recevabilité générale des preuves. Au milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle, une règle des confessions qui concerne les confessions hors cour (extrajudiciaires) voit le jour. Sur le fondement de cette règle, la confession de l'accusé obtenue avant le procès, sous la contrainte ou en contrepartie d'une promesse d'une personne en autorité, est déclarée inadmissible en preuve, une règle qui contribuera à accentuer la distinction entre les rôles du juge et du jury en matières de preuves (§2).

### **§1. Les transformations de la procédure pénale anglaise à partir du XVI<sup>ème</sup> siècle**

La première transformation notable de la procédure pénale anglaise consiste à permettre à l'accusé de s'expliquer spontanément sur les faits et de répondre aux accusations. On sait qu'il ne pouvait faire venir des témoins en sa faveur auparavant. Le procès prend alors la forme d'une « altercation ». L'accusé est autorisé à offrir une défense en présentant ses propres témoins. (A). Il pourra par la suite s'adjoindre les conseils d'un avocat qui va progressivement se substituer à lui pendant le procès et deviendra son « alter ego » à tous les stades de la procédure. De l'« altercation », on passe ainsi à la procédure accusatoire et adversaire (B).

#### **A) Le procès comme une « altercation » aux XVI<sup>ème</sup>-XVIII<sup>ème</sup> siècles: la participation de l'accusé à la manifestation de la vérité**

En se fondant notamment sur un ouvrage de Sir Thomas Smith, juriste anglais du milieu du XVI<sup>ème</sup> siècle et sur les décisions du *Old Bailey*, John H. Langbein brosse à grands

---

<sup>1251</sup> Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Londres, Transaction Publishers, 1986 aux pp 57-59.

traits le procès criminel anglais des XVI<sup>ième</sup>- XVII<sup>ième</sup> siècles. Il l'analyse comme une « altercation » orale entre le défendeur et l'accusation<sup>1252</sup>. Sir Thomas Smith décrit le déroulement d'un procès criminel pour crimes graves (*felonies*, donc passibles de la peine capitale) devant une *County assize* présidée par des juges royaux. Ces audiences se tiennent deux fois par année<sup>1253</sup>. Ces assises sont aussi l'occasion pour le comté de célébrer l'action de justice dans le cadre d'une grande cérémonie d'ouverture des assises<sup>1254</sup>. Néanmoins, cette procédure de l' « altercation » paraît inéquitable en raison de l'inégalité flagrante des armes des opposants, l'accusation et l'accusé (1). Elle peut surprendre cependant par ses verdicts et ses sentences souvent empreints de mansuétude (2). Voilà le paradoxe que nous allons illustrer.

### 1) Un défendeur désarmé

Rappelons ici que le défendeur est jugé par un jury de jugement dans le cadre d'un procès présidé par un juge royal. Au milieu du XVI<sup>ième</sup> siècle, ce *jury* n'a plus à être composé par des jurés locaux, c'est-à-dire familiers avec les circonstances du crime. Le juré doit résider dans le comté et détenir des biens immobiliers qui lui rapportent un minimum de 10 livres par an<sup>1255</sup>. Le défendeur peut procéder à la récusation péremptoire de vingt jurés<sup>1256</sup>.

Le défendeur n'est pas assisté d'un avocat<sup>1257</sup>. On considère qu'il doit participer seul à la manifestation de la « sa » vérité. Il existe même une règle interdisant la présence d'un avocat de la défense au procès. Cette règle doit être comprise comme étant foncièrement injuste car, à cette époque, en particulier pour un crime grave, on sépare distinctement les questions de droit et de faits dans le procès, les premières relevant du juge, les secondes du jury. Un avocat serait bien utile pour conseiller le défendeur sur une question de droit se posant avant ou pendant le procès. Par exemple, la manière de plaider, coupable ou non coupable, est une de celles-là.

---

<sup>1252</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 10-66.

<sup>1253</sup> Thomas Smith, *De Republica Anglorum*, édité par Mary Dewar, Cambridge, Cambridge University Press, 1982 aux pp 111-115.

<sup>1254</sup> James Swanston Cockburn, *A History of English assizes, 1558-1714*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972 à la p 65.

<sup>1255</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 aux pp 583-584.

<sup>1256</sup> *Ibid.*

<sup>1257</sup> L'exigence qui interdit la présence d'un avocat de la défense au procès est tempérée pour les crimes les moins graves (*misdemeanors*), c'est-à-dire non passibles de la peine capitale. Voir sur ce point Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 36-40.

Le défendeur plaide non coupable dans la très grande majorité des cas et doit répondre aux accusations portées contre lui. Mais son statut dans le procès est loin de ressembler à celui d'aujourd'hui. L'expression « défendeur » est sans doute la plus appropriée pour décrire son statut dans l'« altercation ». Les autres expressions comme « témoin », « accusé contraignable ou incontraignable » « témoin compétent ou incompétent » ou « témoin jouissant d'un privilège de non incrimination » ne sont pas encore appropriées pour décrire son statut. Il est une source précieuse d'informations pour le juge et le *jury*. Il est censé conduire seul sa propre défense comme un avocat, ce qu'il n'est pas; il doit répondre à toutes les questions qui lui sont posées par le juge et ses explications spontanées aux questions posées permettent d'éclairer la cour<sup>1258</sup>. À cet effet, le juge lui demande aussi de réagir aux différents témoignages de l'accusation.

Bien évidemment, la solitude du défendeur peut nous paraître cruelle. En règle générale, un accusé n'est pas prédisposé, en raison de son absence d'expérience, à s'exprimer en public<sup>1259</sup>. Mais, pour James Fitzjames Stephen, cette cruauté doit être relativisée parce que le défendeur dispose d'une occasion de s'expliquer et de dire ce qu'il veut, un avantage pour l'époque:

*Suspected people, after all, are generally more or less guilty, and though it may be generous, for the reason already given, to act upon the opposite presumption, I do not see why a Government not strong enough to be generous should shut their eyes to real probabilities in favour of a fiction. This principle must be admitted, and the procedure of the period in question must be judged in the light of it, before it can be fairly criticised. I think such criticism would not be wholly unfavorable to it. The trials were short and sharp; they were directed to the very point at issue, and, whatever disadvantages the prisoner lay under, he was allowed to say whatever he pleased; his attention was pointedly called to every part of the case against him, and if he had a real answer to make he had the opportunity of bringing it out effectively and in detail. It was but seldom that he was abused or insulted<sup>1260</sup>.*

Comme le souligne John H. Langbein, cette solitude de l'accusé paraît injuste et inéquitable de nos jours. Mais il faut plutôt voir cette solitude de l'accusé devant s'expliquer

---

<sup>1258</sup> Voir sur cette règle, *Ibid* aux pp 20-21, 26-39 et 61-66.

<sup>1259</sup> *Ibid* à la p 62.

<sup>1260</sup> Stephen, *supra* note 876 à la p 355.

personnellement comme étant conforme à une éthique religieuse, morale et sociale et prescrivant une obligation de vérité. C'est à travers les paroles spontanées du défendeur que la sincérité de sa défense et sa valeur probante se manifestent<sup>1261</sup>.

D'autres facteurs contribuent à accentuer notre perception d'injustice à l'égard du défendeur. Le défendeur est appelé prisonnier (*prisoner*) dans la procédure en raison de sa détention quasi systématique avant le procès<sup>1262</sup>. Il est courant que le défendeur arrive au procès dans un état de faiblesse physique et de détresse psychologique absolue, compte tenu des conditions cruelles de sa détention<sup>1263</sup>. Au début du procès, l'huissier de la cour procède à la lecture de l'acte d'accusation et demande au défendeur comment compte-t-il plaider. Jusqu'en 1898, le défendeur ne prête pas serment<sup>1264</sup>. Le défendeur n'est pas considéré comme un témoin; il est une partie de l'altercation qui n'est pas assermentée. Pour les fins de notre propos, il est un participant dans le processus judiciaire. Il doit s'expliquer dans l'instance et réagir aux témoignages de la victime et des témoins de l'accusation qui, eux, sont assermentés. Disons en aparté qu'il est resté un vestige dans le droit moderne de cette réalité du statut de l'accusé dans l'altercation que l'on appelle « *statement from the dock* » ou « *allocution du prévenu* » qui autorise le prévenu à la clôture de l'enquête préliminaire de réagir s'il le veut, en n'étant pas assermenté, aux accusations qui sont formulées contre lui. Tout ce qu'il dira deviendra une preuve à son procès<sup>1265</sup>.

Continuons maintenant sur notre sujet. L'accusé peut à son tour présenter des témoins mais seulement si le juge qui préside les débats l'y autorise. L'accusé ne jouit d'aucun droit à cet égard. De surcroît, ses propres témoins ne déposent pas sous serment, ce qui affecte la

---

<sup>1261</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 à la p 63.

<sup>1262</sup> Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 à la p 595.

<sup>1263</sup> *Ibid.*

<sup>1264</sup> *Criminal Evidence Act*, (1898), 61 & 62 Vict, c 6.

<sup>1265</sup> Voir pour le Canada par exemple, l'article 541 (2) et (3) du C cr : « (2) *Avant d'entendre ses témoins, le juge de paix adresse au prévenu qui n'est pas représenté par avocat les paroles suivantes ou d'autres au même effet : Désirez-vous dire quelque chose en réponse à ces accusations ou à toute autre accusation qui pourrait découler des faits mis en preuve par la poursuite? Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz peut servir de preuve contre vous lors de votre procès. Aucune promesse de faveur ni aucune menace à votre endroit ne doit vous inciter à faire un aveu ou à vous reconnaître coupable, mais tout ce que vous direz maintenant pourra servir de preuve contre vous à votre procès, malgré la promesse ou la menace.* (3) *Lorsque le prévenu qui n'est pas représenté par avocat dit quelque chose en réponse aux paroles du juge de paix, sa réponse est prise par écrit. Elle est signée par le juge de paix et conservée avec les dépositions des témoins et traitée selon la présente partie* ».

crédibilité de leurs témoignages<sup>1266</sup>. Personnage central du procès, l'accusé ne jouit d'aucun privilège le protégeant contre l'auto-incrimination<sup>1267</sup>. Tout ce qu'il dit dans l'instance et hors instance constitue une preuve. Son silence joue même en sa défaveur.

S'agissant du standard de preuve exigé pour un verdict de culpabilité, John H. Langbein relève que celui-ci ne semble pas très éloigné du standard actuel, à savoir « *hors de tout doute raisonnable* ». La règle n'est pas encore formulée mais on dit alors que le doute joue toujours en faveur de la vie (*favorem vitae*). Les explications persuasives et sincères du défendeur peuvent donc créer ce doute mais il est clair que devant l'accusation, le défendeur se défend contre une présomption de culpabilité ou contre l'affirmation d'une culpabilité probable. Il ne jouit pas encore de la présomption d'innocence.

Mais Harold J. Berman rappelle un extrait intéressant du journal de Matthew Hale, juriste anglais du XVII<sup>ème</sup> siècle qui a exercé comme *barrister* (avocat) et comme juge. Dans l'extrait cité ci-bas, Hale évoque l'une des préoccupations du juge qui est d'éviter la condamnation d'un innocent. On peut y voir un premier énoncé en faveur de la présomption d'innocence. Matthew Hale estime également qu'un juge doit faire preuve d'empathie à l'égard du plus faible. En quelque sorte, le défendeur n'aurait pas besoin d'un avocat de la défense au procès compte tenu de la façon dont le juge doit personnellement se prémunir contre les verdicts erronés, des abominations aux yeux de Dieu. Bref, le standard de preuve exigé justifie la règle qui interdit la présence d'un avocat de la défense au procès<sup>1268</sup>.

*If upon the best inquisition a man can make, the scales are very near even or it stands near a measuring case the sentence or direction of absolution is fitter to be given than the sentence of condemnation tutius probate in misefrelcordia quam in severitate especially where the sentence is ultimum supplicium, [f. 6v] for though to condemn the innocent and to acquit the guilty are both abomination unto God, yet that is where a sufficient evidence of guilt appears, but in obscuris et in evidentibus praesumitur pro innocentia and I had rather through ignorance of the truth of the fact or the unevidence of it acquit ten guilty persons than condemn one innocent. For the hand of divine justice in the way of His providence may reach in after time a guilty person, or of evidence to convict him, he may hereafter repent and amend;*

---

<sup>1266</sup> Langbein, *Origins*, supra note 6 aux pp 51-55.

<sup>1267</sup> *Ibid* à la p 61.

<sup>1268</sup> *Ibid* à la p 33.

*but the loss of the life of an innocent is irreconvertable in this world. But this must be intended where upon a sincere, judicious, impartial, inquiry the evidence is inevident, not where a man out of partiality or vain pity will render use to himself to ease himself of doing justice upon a malefactor*<sup>1269</sup>.

## 2) La mansuétude des verdicts et des sentences

L'accusé n'a pas intérêt à plaider coupable pour les crimes graves. Le procès est expéditif, entre quinze et vingt minutes. Même si le procès paraît inéquitable et qu'il existe un rapport de forces inégal, un verdict d'acquiescement ou un allègement de la peine sont forts courants. Si le droit formule des incriminations nombreuses sanctionnées par des peines très rigoureuses, la clémence est fréquemment au rendez-vous dans les faits. À cet égard, le rôle des jurys d'accusation et de jugement paraît déterminant dans cette manifestation de mansuétude. Même si entre le XVII<sup>ème</sup> et le XVIII<sup>ème</sup> siècle, le nombre d'infractions criminelles sanctionnées par la peine capitale augmente de manière substantielle<sup>1270</sup>, le nombre d'accusations visant des crimes passibles de la peine de mort diminue. Selon divers auteurs, plusieurs raisons peuvent expliquer ce phénomène. En premier lieu, les jurys de jugement prononcent souvent des verdicts d'acquiescement. James Swanston Cockburn mentionne que les relevés du *Circuit assize* de Londres entre 1558 et 1625, montrent que les jurys de jugement ont prononcé environ 40% d'acquiescements<sup>1271</sup>. En second lieu, le jury d'accusation peut recourir à une technique de requalification de l'infraction en un délit moins grave, ce qui donne lieu à une peine moindre en cas de verdict de culpabilité. Parfois, il semble que ce soit curieusement le jury de jugement qui opère cette requalification en parvenant à un verdict de culpabilité concernant une infraction moindre. Cette requalification a notamment comme fonction d'éviter la peine de déportation qu'encourt l'infraction plus grave<sup>1272</sup>. Douglas Hay

---

<sup>1269</sup> Maija Jansson, « Matthew Hale on Judge and Judging » (1988) 9:2 *Journal of Legal History* 201 aux pp 207-208 cité par Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 526.

<sup>1270</sup> Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 524. L'auteur en compte 200 vers le milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle.

<sup>1271</sup> James Swanston Cockburn, « Introduction » dans *Calendar Assize Records: Home Circuit Indictments Elizabeth I and James I*, Londres, HMSO Stationery Office Books, 1995 aux pp 97-100; aussi cité par Langbein, Lerner et Smith, *History*, *supra* note 64 à la p 625. Voir aussi l'étude de Beattie dans J M Beattie, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1986 aux pp 410-419 portant sur l'*Assize* de Surrey entre 1660-1800 [Beattie, *Crime in England 1660-1800*].

<sup>1272</sup> Beattie, *Crime in England 1660-1800*, *supra* note 1270 aux pp 450-519 et aussi Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 524 et Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 57-59.

constate que tous ces exemples de clémence, de mansuétude ou d'adoucissement des peines sont le fait de jurys d'accusation et de jurys de jugement plus sensibles au traitement inégal des classes sociales que la magistrature royale issue des classes dirigeantes de la société, à savoir des propriétaires fonciers. Selon Douglas Hay, ce mélange de rigueur du droit et de mansuétude dans les verdicts et dans l'imposition des peines opèrent un contrôle social et disciplinaire en douceur des dirigeants sur les classes les plus pauvres dont sont issus les contrevenants<sup>1273</sup>. John H. Langbein conteste cette thèse. Selon lui, les défenseurs sont de véritables criminels et leur appartenance à une classe sociale ou à une autre n'est pas pertinente dans l'analyse. Il relève que les victimes des criminels sont principalement issues de la classe des travailleurs ou celle des petits commerçants<sup>1274</sup>. L'auteur ne se prononce pas en revanche sur les raisons qui ont conduit les jurys à prononcer beaucoup d'acquittements ou des verdicts atténués donnant lieu à des peines plus douces.

Harold J. Berman propose une autre explication du phénomène par l'influence de la théologie morale calviniste sur les puritains anglais aux XVI<sup>ème</sup> et XVII<sup>ème</sup> siècles qui administrent la justice. Le puritanisme prône une rigueur et une sévérité des textes d'incriminations et des peines tout en préconisant une application douce de la loi pénale. Les juges et jurys puritains s'obligent aussi à faire un examen méticuleux des circonstances de l'acte criminel, des faits et des pensées du contrevenant<sup>1275</sup>.

Enfin, il n'est pas rare de voir au XVIII<sup>ème</sup> siècle des juges du procès solliciter la clémence de la Couronne à l'égard de l'accusé afin qu'il obtienne un pardon au regard d'une peine impérative trop lourde, ce qui peut donner lieu à la commutation royale d'une peine capitale en faveur d'une peine plus douce. La personnalité et l'âge du défendeur semblent des considérations déterminantes à cet égard<sup>1276</sup>.

L'« altercation » comme la forme du procès pénal anglais de cette époque est un précurseur du procès moderne anglais. Selon John Langbein, le fait pour le *jury* de ne plus être

---

<sup>1273</sup> Douglas Hay, « Property, Authority and Criminal Law » dans *Albion's Fatal Tree: Crime Society in Eighteenth-Century England*, London, A Lane, 1975, 17 aux pp 18-63.

<sup>1274</sup> John H Langbein, « Albion's Fatal Flaw » (1983) 98 *Past & Present* 96 aux pp 99-120.

<sup>1275</sup> Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 aux pp 525-533.

<sup>1276</sup> Beattie, *Crime in England 1660-1800*, *supra* note 1270 aux pp 400-449, surtout aux pp 430-449 et Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 60-61.



un jury « informateur » ou un jury « enquêteur », des institutions déjà pré-informées sur les événements criminels avant l'étape du procès, a contribué à cette forme du procès de l'altercation. Il existe désormais deux jurys (accusation et jugement). Lorsque le *jury* présente les accusations, c'est souvent l'occasion première en *common law* de la formulation écrite d'une infraction. Mais en contrepartie, le dossier de preuves est inconnu du *jury* de la juridiction de jugement. Le procès « altercation » montre que les deux parties (accusation et accusé) ont l'initiative de la preuve. Le jury de jugement devient plus passif et assiste à l'altercation. Quant au juge, il préside à l'organisation et l'arbitrage de l'altercation. Bref, le jury de jugement est là pour entendre et voir la preuve et ne participe plus à son obtention ou à son élaboration<sup>1277</sup>. Depuis les premières formes des procès criminels anglais des XII<sup>ème</sup>-XV<sup>ème</sup> siècles, que nous avons vues dans notre Titre I, le mode de l'« altercation » constitue sans aucun doute un progrès. Avec l'intervention croissante des avocats, la procédure anglaise va encore se transformer.

### **B) Le procès pénal accusatoire et adversaire ou la réduction de l'accusé au silence grâce à son avocat**

Le procès pénal de common law évolue vers une procédure accusatoire et adversaire en deux temps. Premièrement, les juristes anglais du XVII<sup>ème</sup> siècle constatent que les procédures d'exception, généralement réservées aux affaires de trahison, conduisent à des injustices. En 1696, le *Treason Act* introduit des réformes qui consistent notamment à mieux protéger l'accusé dans le cadre de cette procédure particulière et d'exception en imposant des principes comme la présomption d'innocence et le droit à l'avocat (1). Deuxièmement, ces nouveaux principes acquis pour les cas de trahison pénètrent le procès pénal traditionnel ordinaire de *common law* pour toutes les infractions criminelles graves (*felonies*). Conjugués au rôle grandissant de l'avocat de la défense au procès, ils viennent renforcer les droits de l'accusé et transforment la procédure pénale anglaise en mode accusatoire (2).

#### **1) Le rôle du *Treason Act* de 1696 dans l'émergence d'une procédure adversaire**

---

<sup>1277</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 à la p 64.

Les procès anglais pour trahison de la fin du XVII<sup>ème</sup> siècle, que l'on peut souvent qualifier de procès politiques, confortent l'idée que le pouvoir judiciaire doit s'émanciper de la Couronne. L'accusé doit aussi pouvoir bénéficier, pour assurer sa défense, de certains droits<sup>1278</sup>. Le *Treason Act* de 1696<sup>1279</sup> porteur de réformes cruciales, va même bouleverser la procédure pénale anglo-américaine moderne<sup>1280</sup>. Le préambule de cet acte donne d'ailleurs le ton :

*Whereas nothing is more just and reasonable than that Persons prosecuted for High Treason and Misprision of Treason whereby the Liberties Lives Honour Estates Blood and Posterity of the Subjects may be lost and destroyed should be justly and equally tried and that Persons accused as Offenders therein should not be debarred of all just and equal Means for Defence of their Innocencies in such Cases In order thereunto and for the better Regulation of Tryals of Persons prosecuted for High Treason and Misprision of such Treason*<sup>1281</sup>.

À travers cette loi, le législateur reconnaît que les procédures précédentes ne fonctionnent plus et qu'elles désavantagent outrageusement le défendeur. Elles jettent même un discrédit sur la justice anglaise dans son ensemble. Les réformes que ce *Treason Act* met en place, se proposent de lutter contre le « risque d'erreurs » judiciaires engendrées par les anciennes procédures pour trahison<sup>1282</sup>. La nouvelle loi consacre plusieurs principes : la présomption d'innocence, l'égalité des parties, la divulgation de l'acte d'accusation à l'accusé cinq jours avant le procès<sup>1283</sup>, le droit à l'avocat avant le procès et pendant le procès et enfin le droit pour l'accusé de présenter des témoins pouvant déposer sous serment.

Comme le souligne John H. Langbein, ces réformes initiées dans le cadre des procédures pour trahison concernent en réalité la classe la plus aisée de la société anglaise,

---

<sup>1278</sup> *Ibid* aux pp 67-105.

<sup>1279</sup> *An Act for Regulating of Trials in Cases of Treason and Misprision of Treason* (R-U), (1696), 7 Will III, c 4 [*Treason Act*, 1696]. Voir sur l'historique de cette loi, James R Phifer, « Law, Politics, and Violence: The Treason Trials Act of 1696 » (1980) 12:3 *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies* 235 et Alexander H Shapiro « Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696 » (1993) 11:2 *L & Hist Rev* 215.

<sup>1280</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 86-98.

<sup>1281</sup> *Treason Act*, 1696, *supra* note **Erreur ! Signet non défini.**

<sup>1282</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 à la p 91.

<sup>1283</sup> *Ibid* à la p 90. À noter que l'acte d'accusation ne comporte pas le nom des témoins de l'accusation.

celle la plus en mesure de défier le roi et d'être exposée à des accusations politiques de trahison. Cette réforme particulière pour trahison donne naissance à une procédure accusatoire qui se généralisera. Toutefois, tous les droits exprimés lors de procédures de trahison ne seront pas immédiatement ouverts à l'ensemble des justiciables. De nouveaux moyens de défense offerts par cette réforme, ne sont pas accessibles à tous<sup>1284</sup>. L'intervention de l'avocat dans la procédure criminelle est quant à elle réservée aux plus riches<sup>1285</sup>.

## **2) Le renforcement des droits de la défense à partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle**

John H. Langbein a bien montré comment l'avocature a joué un rôle déterminant dans l'évolution du droit de la preuve et de la procédure<sup>1286</sup>. Le *sollicitor* qui est un avocat attaché au dossier d'accusation étudie l'acte d'accusation, enquête, rassemble et prépare les preuves. La présence constante de ce *sollicitor* au dossier conduit vers 1730 à l'abandon de la règle qui interdit la présence d'un avocat de la défense lors du procès portant sur une crime grave (*felony*). Dans un premier temps, l'avocat de la défense obtient le droit de contre-interroger les témoins de l'accusation. Il ne peut cependant pas parler à la place de l'accusé qui continue d'être l'outil d'information privilégié du juge et du jury. En d'autres mots, le défendeur doit répondre aux questions posées par le juge et le *sollicitor* agissant au nom de l'accusation et de la cour. Dans un deuxième temps, l'avocat de la défense gagne un rôle élargi. Il intervient sur les faits pour les contredire, soulève des questions de droit et commence à répondre à la place de l'accusé. Le juge qui posait les questions et présidait les débats devient lui aussi un acteur passif de la procédure comme le jury de jugement l'est devenu. Ce sont les avocats qui posent les questions quasi exclusivement. John H. Langbein<sup>1287</sup> rapporte les propos de Cottu, un conseiller à la Cour royale de Paris envoyé en Angleterre au début du XIX<sup>ème</sup> siècle pour y étudier la procédure criminelle :

---

<sup>1284</sup> *Ibid* à la p 103.

<sup>1285</sup> J M Beattie, « Scale of Justice : Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and the Nineteenth Century » (1991) 9:2 L & Hist Rev 221 à la p 227, à partir de 1782, seuls 10% des contrevenants jugés au *Old Bailey* sont assistés d'un avocat. La barre des 30% sera franchie en 1795.

<sup>1286</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 106-123 et aussi aussi John L Langbein, « The Prosecutorial Origin of the Defense Counsel » (1999) 58 Cambridge LJ 314 aux pp 325-334.

<sup>1287</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 à la p 253.

*Après l'interrogatoire de chaque témoin par l'avocat du plaignant, l'avocat du prisonnier, quand il en a un (ce qui est assez général en province, mais extrêmement rare à Londres), interroge à son tour le témoin, soit pour le faire tomber dans ses contradictions qui affaiblissent son témoignage, soit pour établir d'autres faits qui pourraient être favorables à l'accusé. [...] Pendant ces débats, auxquels le juge, [...], reste à peu près étranger, il écrit sommairement toutes les questions faites aux témoins et leurs réponses [...]*<sup>1288</sup>.

L'avocat de la défense intervient pour également contrôler l'impact négatif des déclarations et des témoignages de l'accusé et de ses témoins<sup>1289</sup>. John H. Langbein estime que le principe de non-incrimination doit notamment sa reconnaissance au rôle actif de l'avocat de la défense dans la procédure pénale anglaise ordinaire<sup>1290</sup>. Le principe de non-incrimination a commencé à être revendiqué et reconnu devant des tribunaux d'exceptions, comme la Chambre Étoilée ou la Cour de la Haute Commission. Devant ces juridictions, le suspect doit prêter serment et doit affronter des accusations dont il ne connaît aucunement la substance. Plusieurs suspects, tour à tour, refusent de prêter le serment *ex officio* en invoquant le principe connu du droit romain, *nemo tenetur prodere seipsum*. En effet, en répondant aux questions sous serment mais en ignorant ce qu'on leur reproche, les suspects sont susceptibles de s'incriminer et de témoigner contre eux-mêmes ou contre leur intérêt. En refusant de prêter serment, ils ne peuvent témoigner. Ce principe est gagné de hautes luttes devant les juridictions d'exception. John H. Langbein considère que le principe de non-incrimination est strictement lié au phénomène du serment exigé des accusés devant ces juridictions d'exception. Or, dans le procès *de common law* de cette époque, l'accusé ne prête pas serment et connaît les accusations qui lui sont reprochées. Prendre Dieu à témoin et mentir, ce qu'un accusé est tenté de faire pour se défendre, fait en sorte que l'accusé n'est pas assermenté. Langbein affirme que les avocats de la défense ont réclamé cet avantage du principe de non-incrimination dans le procès ordinaire pour leurs clients même s'ils n'étaient pas dans une position aussi défavorable que les suspects devant les juridictions d'exception. La reconnaissance de ce principe dans le procès de *common law* explique par conséquent que

---

<sup>1288</sup> M Cottu, *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*, Paris, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Librairie Charles Gosselin, 1822 à la p 92.

<sup>1289</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 261-265.

<sup>1290</sup> *Ibid* aux pp 277-283..

progressivement l'avocat va s'exprimer à la place de l'accusé qui ne voudra pas répondre aux questions au motif qu'il est susceptible de s'incriminer. L'avocat de la défense a plaidé avec succès cet avantage en faveur d'un défendeur non assermenté obligé de répondre aux questions qui lui sont posées au sujet d'accusations précisées et formulées contre lui. L'avocat de la défense, dans l'intérêt de son client, l'a par conséquent réduit au silence. C'est ainsi que le droit au silence de l'accusé aurait fait son apparition dans le procès de *common law*. Bien évidemment, cette thèse n'est pas partagée par tous les juristes qui ont examiné cette question. Nous renvoyons le lecteur aux nombreux articles publiés sur le sujet<sup>1291</sup>. Mais à notre avis, cette thèse a du mérite car elle est très collée au statut de l'accusé dans son procès à cette époque et repose sur une excellente histoire de l'avocature en Angleterre. On ne parle pas encore d'incontraignabilité de l'accusé dans son procès bien entendu.

Mentionnons pour terminer sur cette procédure accusatoire que vers 1789, le standard de preuve hors de tout doute raisonnable devient le critère officiel d'appréciation de l'ensemble des preuves<sup>1292</sup> devant la juridiction de jugement<sup>1293</sup>.

## **§2. La naissance de la règle moderne des confessions**

Le droit de la preuve évolue en même temps que la procédure. L'intervention des avocats dans la procédure fait en sorte que les débats sur les questions de recevabilité des preuves se multiplient et se compliquent. Les questions portant sur la fiabilité des preuves sont de plus en plus nombreuses. La confession du défendeur reçue par un juge de paix, un *coroner* ou par un *constable* à une étape d'enquête préalable au procès devient également l'affaire des avocats de la défense. Des juges, dans les siècles précédents, avaient déjà manifesté des doutes sur la véracité d'une confession et avaient soulevé des inquiétudes sur leur force probante lorsque la confession résultait de supplices infligés au suspect. Les juges de la période sous étude deviennent réceptifs à l'argumentaire que les confessions obtenues par la menace ou en échange de promesses constituent une preuve qui doit inspirer la méfiance. Chose certaine, la

---

<sup>1291</sup> Pour une excellente synthèse des différentes thèses, voir Christos Theophilopoulos, « The Historical Antecedents of the Right to Silence and the Evolution of the Adversarial Trial System » (2003) 14 Stellenbosch L Rev 161.

<sup>1292</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6, pp 258-260.

<sup>1293</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 258-260.

règle moderne et classique sur la recevabilité des confessions commence à se préciser. Cette règle se résume pour l'essentiel à s'assurer du caractère volontaire de la confession (A).

Il est difficile de circonscrire avec exactitude les origines de cette règle. La reconnaissance de cette règle s'explique sans doute par des facteurs multiples. Le contexte religieux de l'époque semble important. Selon Harold J. Berman, la théologie morale calviniste de l'époque y est pour quelque chose. Cette morale religieuse impose aux individus une conduite et des actions non seulement méritoires mais aussi exemplaires. Atteindre cet idéal de vie suppose, outre un contrôle de soi, un encadrement éthique de ses actions. Plus la conduite de l'individu est encadrée par des règles morales plus il aura l'opportunité de parvenir à cet idéal. Les juges doivent adopter et s'imposer des règles de conduite irréprochables dans l'administration de la justice. La règle des confessions aurait par conséquent été motivée par des juges voulant que les confessions résultent de la conduite irréprochable des juges déterminant de la recevabilité des preuves. Bref, la règle des confessions s'inscrirait principalement dans ce cadre moral et serait une règle de conduite destinée avant tout aux juges. Accessoirement, elle est devenue une règle offrant une protection de l'accusé dans les interrogatoires d'enquête (B).

#### **A) La confession de l'accusé comme « the deluded instrument of his own conviction »**

D'après John H. Langbein et J.M. Beattie, les premières décisions judiciaires s'exprimant sur le caractère non volontaire d'une confession obtenue lors d'une enquête remontent aux années 1730-1740<sup>1294</sup>. Avant 1740, la confession faite à des personnes dignes de confiance (juge de paix, *coroner* ou *constable*), pour reprendre l'expression de J. M. Beattie, constituait une preuve ayant une force probante déterminante pour l'accusation<sup>1295</sup>. La confession de l'accusé arrive généralement à la juridiction de jugement sous la forme d'un écrit. Elle a en effet été retranscrite dans un écrit par l'autorité de justice ou de police qui l'a

---

<sup>1294</sup> *Ibid* à la p 220 et Beattie, *Crime in England 1660-1800*, *supra* note 1270 à la p 365. Nous avons vu également que Georges C. Thomas III et Richard A. Leo ont trouvé un certain nombre de décisions antérieures à 1740 qui montrent que les tribunaux s'interrogeaient depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle sur les conditions avant entouré une confession. Ils montrent également que la doctrine anglaise avant 1740 s'intéresse aux caractères libre et volontaire de la confession. Voir leur analyse Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 aux pp 40-49.

<sup>1295</sup> Beattie, *Crime in England 1660-1800*, *supra* note 1270 à la p 364.

reçue. L'écrit est produit en preuve par l'accusation. Parfois, les personnes qui ont reçu la confession témoignent en cour. Cette façon de procéder ne pose pas de difficultés au regard d'une règle d'ouï-dire qui n'est pas tout à fait établie en 1740<sup>1296</sup>.

À partir de 1740, la confession de l'accusé fait l'objet d'une analyse plus rigoureuse et quasi systématique de la part des juges de la juridiction de jugement. Les menaces ou les fausses promesses qui incitent l'accusé à se confesser font de la confession un moyen de preuve controversé à l'étape du procès. Si sa force probante est affectée par de telles circonstances, la confession n'est pas nécessairement rejetée à titre de preuve devant le juge et le jury. On ne peut parler de comportements uniformes et cohérents de la part des juges devant une confession peu fiable avant 1740. Les juges semblent avoir d'abord adopté une conduite prudente avant de créer une règle d'exclusion des confessions non volontaires. Cette règle de prudence a consisté à attirer l'attention du *jury* sur la faiblesse de cette preuve tout en leur laissant le soin d'évaluer la valeur probante de cette preuve en dernier ressort<sup>1297</sup>. John H. Langbein rapporte que les juges ont commencé à prendre l'une de trois décisions : « [...] *various judges were following three irreconcilable approaches to the problem of potentially unreliable confession evidence in the early 1740s: exclude, caution, or admit without caution* »<sup>1298</sup>. Ce n'est qu'à partir de 1760 que la confession obtenue sous la coercition ou aux moyens de menaces ou de promesses d'une personne en autorité est presque systématiquement exclue<sup>1299</sup>.

Soulignons également que les juges élaborent cette règle jurisprudentielle même au sujet de la confession sous serment de l'accusé. En d'autres mots, la confession assermentée peut être tout aussi suspecte que la confession non assermentée, d'autant que le défendeur ne peut être examiné en étant assermenté à cette époque :

*Even by 1740, however, they were likely in capital cases at least to prevent the reading of confessions that had been taken by a magistrate when the accused was under oath since, following the principle that a suspect should not be examined*

---

<sup>1296</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 233-251. L'auteur montre que la règle du ouï-dire émerge en même temps que la règle des confessions.

<sup>1297</sup> Beattie, *Crime in England 1660-1800*, *supra* note 1270 à la p 365.

<sup>1298</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 à la p 221.

<sup>1299</sup> *Ibid* à la p 221.

*under oath since that compelled him to testify against himself. When it came to light that confessions had been obtained under those circumstances judges looked for evidence of the admission having been made before magistrate's examination. Failing that, such confessions were not likely to be read in court, though since the discussion of that evidence went on in the presence of the jury and the fact that the prisoner had confessed was disclosed to them, it must frequently not have mattered a great whether the confession was actually read or not*<sup>1300</sup>.

Cette reconnaissance de la règle des confessions va devenir une source importante d'arguments invoqués par les avocats de la défense en faveur de l'exclusion de confessions obtenues dans diverses circonstances qui les rendent discutables.

En 1769, le juge Gould, dans une affaire *Balf and Kirk* du *Old Bailey*, énonce :

*When evidence is giving to the court upon the confession of the prisoner, the rule of law is this, That no confession ought to be produced but what is spontaneous, and not such that the party is drawn into by collusion. [...] it is against the very genius of the law of England [for such confession] to be given in evidence*<sup>1301</sup>.

En 1778, Blackstone, dans ses *Commentaries of the Law of England*, qui ne commente pas ou ignore la décision *Balf and Kirk*, s'interroge aussi sur la fiabilité d'une confession obtenue lors des procédures portant sur des actes de trahison. Il dit :

*In the construction of the [treason] act it hath been holden, that a confession of the prisoner, taken out of court, before a magistrate or person having competent authority to take it, and proved by two witnesses, is sufficient to convict him for treason. But hasty unguarded confessions, made to persons having no such authority, ought not to be admitted as evidence under his statute. And indeed, even in cases of felony at the common law, **they are the weakest and most suspicious of all testimony**; ever liable to be obtained by artifice, false hopes, promises of favour, or menaces; seldom remembered accurately, or reported with due precision; and incapable in their nature of being disproved but other negative evidence*<sup>1302</sup>.

Dans l'édition de 1787 du *Treatise of the Pleas of the Crown* de William Hawkins, Thomas Leach en charge de cette édition<sup>1303</sup>, estime que la règle de l'exclusion de la

---

<sup>1300</sup> Beattie, *Crime in England 1660-1800*, supra note 1270 à la p 365.

<sup>1301</sup> Citée par Thomas et Leo, *Confessions*, supra note 95 à la p 46.

<sup>1302</sup> Sir William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, 8<sup>e</sup> éd, vol 4, Oxford, Clarendon Press, 1778 à la p 357, cité par par Thomas et Leo, *Confessions*, supra note 95 à la p 47 (surligné par nous).

<sup>1303</sup> William Hawkins est décédé en 1746.



confession obtenue par crainte ou en échange d'une promesse à une personne en autorité est désormais établie :

*The human mind, under the pressure of calamity is easily seduced, and is liable, in the alarm of danger, to acknowledge indiscriminately a falsehood or a truth, as different agitations may prevail. A confession, therefor whether made upon official examination or in discourse with private persons, which is obtained from defendant, either by flattery of hope, or by impressions of fear, however slightly the emotions may be implanted, is not admissible evidence ; for the law will not suffer a prisoner to be made **the deluded instrument of his own conviction***<sup>1304</sup>.

Ce commentaire, relèvent Georges C. Thomas III et Richard A. Leo, est inspiré par la décision *The King v. Warickshall* du *Old Bailey* de 1783<sup>1305</sup>. Cette décision peut être considérée comme jetant les bases d'un contrôle judiciaire a posteriori de la conduite discutable des policiers ou d'autres agents de l'État qui ont obtenu des confessions. Le juge exige que cette preuve soit perçue comme une preuve fiable lors du procès pour être reçue en preuve<sup>1306</sup>.

Cette revue de littérature montre que plusieurs circonstances d'obtention d'une confession font l'objet de suspicions de la part de juges de *common law* et qu'une première règle des confessions est finalement énoncée dans la jurisprudence.

### **B) Les causes du scepticisme anglais à l'égard des confessions : l'influence de la théorie morale calviniste**

Georges C. Thomas III et Richard A. Leo rappellent que John Henry Wigmore - probablement l'un des plus grands experts du droit de la preuve - explique cette évolution du droit des confessions comme une résultante d'un rapport de classes<sup>1307</sup>. Ces auteurs rapportent les commentaires de Wigmore sur les origines de la règle des confessions figurant dans son *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*<sup>1308</sup>. Wigmore

---

<sup>1304</sup> William Hawkins, *Treatise of the Pleas of the Crown*, 6<sup>e</sup> éd, vol 2, London, Thonas Leach Edition, His Majesty's Law Printers, 1787 à la p 604 (surligné par nous).

<sup>1305</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 48.

<sup>1306</sup> Langbein, *Origins*, *supra* note 6 aux pp 228-229.

<sup>1307</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 49.

<sup>1308</sup> John Henry Wigmore, *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 5 vols, Boston, Little, Brown and Co, 1923 [Wigmore, *Treatise on Evidence*].

lui-même s'appuie sur un commentaire de James Fitzjames Stephen fait dans son ouvrage sur l'histoire du droit anglais. Stephen considère que la plupart des accusés au criminel « *are poor, stupid and helpless* »<sup>1309</sup>. Il en déduit que la règle des confessions constitue une règle de protection des accusés d'une classe inférieure dans un contexte où leur confession devant une autorité supérieure doit être interprétée comme un acte de subordination ou de soumission des classes inférieures à l'égard de la classe au pouvoir. Les juges doivent se méfier de leur discutabile contenu de vérité.

*A first reason certainly was the character of person usually brought before the judges on charges of crime. In all countries having the social cleavages and the feudal survivals of England in the 1700s and early 1800s, **the offenders against the criminal law come in the far greater proportion from what are known as the « lower classes. »** This was especially the case (down to the era of the Reform Bill, when nearly two hundred capital crimes were swept from the statute-book) at the time when the great multitude of grave offences involved merely those petty forms of property-crime which may be the natural result of only hopeless poverty and not necessarily of an abandoned life or a professional profligacy. **Furthermore, the same social cleavage is also accompanied, in all countries, with a subordination, a submission, half-respectful and half-stupid, on the part of the « lower classes » towards those in authority, - an attitude especially marked, though not solely found, among the peasantry and towards the squires and other landed superiors on whose will hangs the tenant's fortune.** The situation of such a peasant charged by his landlord with poaching and urged to confess, the situation of the maid urged and threatened by her mistress to confess a petty theft, involves a mental condition to which we may well hesitate to apply the test of a rational principle. We may believe that rationally a false confession is not to be apprehended from the normal person under certain paltry inducements or meaningless threats; but we have here perhaps a person not to be tested by a normal or rational standard. It is useless to attempt to measure 'a priori' what allowance should be made; and we do not find that the law ever did make any exact allowance explicitly based on such a consideration. **But if we put ourselves in the place of those judges (at the end of the 1700s, when a motive of decency and humanity in the criminal law began to be felt), we may easily understand that, as they found before them in the ordinary case persons of the above sort, one of the first suggestions of these new notions would be to refuse great weight to the utterances of such persons made under the influence of their social superiors.** This, then, was certainly one of the reasons why, in one way or another, on principle or without principle, many judges came to set themselves against the use of confessions, and to exclude them on pretexts which were in themselves trifling and irrational but in fact represented a fixed judicial*

---

<sup>1309</sup> Stephen, *supra* note 876 à la p 442.

*sentiment. It is not easy for us, to-day, and in most parts of this country, to realize this attitude; but it had a very real influence*<sup>1310</sup>.

John L. Langbein relativise cette analyse. Selon lui, les structures sociales auxquelles fait référence Wigmore, existaient plus d'un siècle avant l'élaboration de la règle des confessions. Il considère que le droit des confessions est principalement le résultat d'une démarche globale des juges sur la question de la fiabilité des preuves soumises au tribunal, un questionnement généralisé à partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle, un questionnement qui a aussi porté sur la fiabilité d'une preuve par ouï-dire<sup>1311</sup>.

Georges C. Thomas III et Richard A. Leo partagent l'analyse de Wigmore mais n'écartent pas totalement le point de vue de John H. Langbein. Ils pensent que la philosophie politique dominante de l'époque, notamment incarnée par les *Whigs*, a contribué à l'évolution de la règle des confessions<sup>1312</sup>. Cette philosophie, rappelons-le, se fonde sur les écrits de John Locke et Thomas Hobbes véhiculant l'idée que les hommes sont libres, égaux et indépendants et qu'ils sont animés d'un réflexe d'autopréservation<sup>1313</sup>. Les juges anglais ne font qu'observer l'accusé dans un procès pénal sous un angle différent mais ils sont acquis à cette conception de l'être humain. En conséquence, ils endossent cette opinion que la confession doit être libre et volontaire.

L'explication proposée par Harold J. Berman et qui se fonde sur l'influence exercée par la théorie morale calviniste sur le droit pénal nous séduit davantage. Cette thèse permet d'expliquer le paradoxe de la sévérité de la loi pénale et de son application modérée par les tribunaux.

L'auteur part de la conception luthérienne du droit qui fait la distinction entre la règle de droit et l'application de cette règle. La règle de droit et, en particulier la règle pénale,

---

<sup>1310</sup> Wigmore, *Treatise on Evidence*, supra note 1308, vol 2 §825 à la p 222 (surligné par nous).

<sup>1311</sup> Langbein, *Origins*, supra note 6 aux pp 229-233.

<sup>1312</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, supra note 95 aux pp 50-51.

<sup>1313</sup> *Ibid* à la p 50 et voir aussi Locke, supra note 1246 à la p 18 : « *L'état de nature a la loi de la nature, qui doit le régler, et à laquelle chacun est obligé de se soumettre et d'obéir : la raison, qui est cette loi, enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien : car, les hommes étant tous l'ouvrage d'un ouvrier tout-puissant et infiniment sage, les serviteurs d'un souverain maître, placés dans le monde par lui et pour ses intérêts, ils lui appartiennent en propre, et son ouvrage doit durer autant qu'il lui plaît, non autant qu'il plaît à un autre.* »

constitue un marqueur identifiant les péchés que l'on peut rencontrer dans le monde d'ici-bas. Par essence, cette règle pénale est de portée générale et ne vise aucun individu en particulier. L'individu dispose quant à lui de sa propre personnalité, de sa propre histoire et même, nous ajouterons à ces critères, d'une subjectivité unique. Dans l'application de la loi, le juge doit tenir compte de ces traits caractéristiques du contrevenant devant lui. Selon Harold J. Berman, le juge « *doit rendre la justice revenant aux parties, en interrogeant sa conscience et en recherchant les conseils de l'inspiration divine* »<sup>1314</sup>.

Le calvinisme anglais ajoute à cette conception du droit un critère de rigueur et sévérité requise dans l'énoncé de la règle de droit. Lors de son application, en revanche, le juge doit outre faire appel à sa conscience, faire aussi preuve de miséricorde. Ces principes contradictoires, écrit Harold J Berman :

*[...] doivent être mis en rapport avec trois doctrines calvinistes que l'on retrouvera dans la théologie morale anglicane : 1<sup>o</sup> la vocation de tout chrétien de mener une vie sainte, combinée avec le salut pour les pécheurs par la seule foi ; 2<sup>o</sup> la distinction entre la punition des péchés commis intentionnellement et la punition des péchés commis par faiblesse ; 3<sup>o</sup> la responsabilité de la communauté d'arrêter et de corriger ceux qui commettent des péchés et, si leur acte constitue un délit, d'introduire des poursuites criminelles*<sup>1315</sup>.

Cette vocation pour tout chrétien de mener une vie sainte suppose que chaque individu accepte de mener une vie parfaite. Cette vie parfaite n'est pas réservée à une élite spirituelle comme dans le catholicisme. La majorité des catholiques ne font pas partie de cette élite mais ils peuvent obtenir une rémission de leurs péchés par la confession sacramentale et la pénitence. Ces institutions n'existent pas dans le protestantisme dans la forme que le catholicisme leur a donnée. L'examen de conscience relève de l'exercice personnel et n'exige pas d'intermédiaire. Le caractère complet de l'aveu de ses péchés ne conduit pas automatiquement au pardon divin. Seule la vraie foi peut sauver l'âme humaine. Si la communauté surveille la vie extérieure de chaque individu, elle ne se mêle pas de l'intériorité propre à chaque individu. Aloïs Hahn souligne à cet égard que :

---

<sup>1314</sup> Berman, *Droit et Révolution*, supra note 934 à la p 527.

<sup>1315</sup> *Ibid.*

*La dichotomie qui s'établit ainsi entre la confession volontaire, acte religieux intérieur, d'une part, et la surveillance des mœurs par l'Eglise d'autre part, est lourde de conséquence. L'autorégulation intérieure par la conscience morale, en effet, se combine efficacement avec un contrôle extérieur, disciplinaire ; car enfin, dans une communauté protestante, l'exclusion de la Sainte-Cène pour conduite moralement répréhensible n'était nullement une affaire purement religieuse, mais avait des conséquences fort importantes pour la considération dans la société séculière*<sup>1316</sup>.

L'aveu « protestant » c'est l'histoire d'une vie. Il comporte une assise globale et ne peut s'arrêter à un acte en particulier. L'homme est jugé sur sa vie entendue comme une « *biographie globale* » de ses actions<sup>1317</sup>. Une confession prononcée dans le cadre d'un processus pénal ne doit donc pas être interprétée comme un acte de contrition. La confession à un tiers constitue même un acte singulier et unique. Compte tenu de son caractère exceptionnel, un juge doit s'interroger sur les conditions qui ont entouré cette confession et tout simplement se poser la question suivante : pourquoi le défendeur a-t-il fait cette confession.

Mais plus largement, cette idée de vie parfaite à laquelle doivent tendre tous les individus s'applique tout autant au délinquant, objet de poursuites pénales, qu'à son juge ou à ses juges (*jury*). Pour mener cette vie qui tend à la perfection, la communauté doit se doter de règles régulant et contrôlant systématiquement toutes les « *actions dans tous les domaines de la vie* » tant publiques que privées<sup>1318</sup>. Cet impératif de régulation complète de l'action humaine explique aussi et probablement la règle des confessions. Pour bien juger, le juge doit appliquer les règles censées guider sa conduite vers le bien et cette vie parfaite qu'il recherche. Il sait qu'il va être jugé sur ses actes. La miséricorde et la rigueur morale doivent l'une et l'autre guider ses actions. La règle des confessions, compte tenu du caractère unique de cet acte de confession au sujet d'une seule action répréhensible, lui permet de faire preuve à la fois de rigueur et de miséricorde à l'égard du contrevenant.

---

<sup>1316</sup> Hahn, *supra* note 30 à la p 61.

<sup>1317</sup> *Ibid* à la p 62.

<sup>1318</sup> *Ibid*.

Le droit continental n'a jamais élaboré une règle particulière des confessions à la manière du droit anglais. La notion d'aveu reste intimement associée à l'idée monolithique « d'aveu judiciaire ». C'est ce que l'on examine dans la section qui suit.

## Section II. Le droit français de l'aveu à l'aube du XX<sup>ième</sup> siècle

Au XVIII<sup>ième</sup> siècle, plusieurs penseurs font état de leur critique à l'égard de l'Ancien régime. Pour citer les plus connus, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Esmein fustigent non seulement le système de preuves légales consacré par les diverses ordonnances royales que nous avons déjà évoquées, mais aussi le caractère secret et inquisitoire de la procédure<sup>1319</sup>. Édouard Tillet considère que ces critiques ont notamment pour origine les erreurs judiciaires « qui émaillent les règnes de Louis XV et de Louis XVI, [et qui] suscitent la légitime indignation des élites éclairées »<sup>1320</sup>. Ces auteurs présentent le système inquisitoire comme un contre-modèle qui appelle nécessairement à des réformes. Le droit de punir d'abord, avec Beccaria<sup>1321</sup>, la procédure et la peine ensuite, avec Montesquieu<sup>1322</sup> et enfin, le régime des preuves avec Voltaire<sup>1323</sup>, sont autant de doléances que ces penseurs formulent à la veille de la Révolution française.

La pratique de la torture concentre à elle seule la majorité des critiques. Pour Beccaria, le supplice constitue une peine prématurée puisque le suspect n'a pas encore été jugé. Dans son traité sur les délits et les peines, il consacre un chapitre à la question et en dénonce le caractère irrationnel :

*La prétendue nécessité de purger l'infamie est encore une des raisons sur lesquelles se fonde l'usage de la question. C'est-à-dire qu'un homme jugé infâme par les lois doit confirmer sa déposition dans les tourments. Eh quoi! La douleur, qui est une sensation, détruira l'infamie, qui n'est qu'une pure relation morale. [...]. Or, l'usage contre lequel nous nous élevons ici semble avoir sa source dans les idées*

---

<sup>1319</sup> Carbasse, *Histoire*, supra note 188 aux pp 354-355.

<sup>1320</sup> Édouard Tillet, « La place de l'Inquisition dans la doctrine pénale des Lumières » dans Gabriel Audisio, dir, *Inquisition et pouvoir*, coll « Temps de l'histoire », Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2004, 340 à la p 341.

<sup>1321</sup> Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines*, préface, traduction et notes de Philippe Audege, Paris, Rivages Poche Petite Bibliothèque, 2014.

<sup>1322</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2013.

<sup>1323</sup> Voltaire, *L'affaire Calas*, Paris, Flammarion, 2009.

*spirituelles et religieuses, dont l'influence est si grande sur les pensées des hommes, sur les nations et sur les siècles. Un dogme infallible nous apprend que les taches contractées par la faiblesse humaine, quand elles n'ont pas mérité la colère éternelle de l'Être suprême, doivent être purgées par un feu incompréhensible. Or, l'infamie est une tache civile, et puisque la douleur et le feu effacent les taches spirituelles, pourquoi les tourments de la question ne feraient-ils point disparaître la tache civile de l'infamie? Je crois qu'on peut assigner une origine semblable à l'usage qu'observent certains tribunaux d'exiger l'aveu du coupable comme essentiel pour sa condamnation ; de même que, dans le tribunal mystérieux de la pénitence, la confession des péchés est une partie intégrante du sacrement. C'est ainsi que les hommes abusent des lumières les plus certaines de la révélation ; et comme ce sont les seules qui subsistent dans les temps d'ignorance, c'est à elles que la docile humanité a recours dans toutes les occasions, mais pour en faire les applications les plus absurdes et les plus éloignées*<sup>1324</sup>.

À la veille de la révolution, les modèles culturel et judiciaire anglais font figurent d'exemples. Ludovic Primot dans sa thèse consacrée aux représentations et aux fondements de la procédure pénale inquisitoire française montre comment la référence au modèle anglais a pénétré la pensée de Voltaire<sup>1325</sup>. Le philosophe considère que le libéralisme économique a permis de rendre libres les individus. La liberté religieuse qui règne en Angleterre l'inspire tout autant. Les philosophes des Lumières ne s'affranchissent pas pour autant de Dieu. Selon Harold J. Berman « *Voltaire, Diderot, Rousseau et d'autres illustres "lumières", [...], étaient des déistes qui affirmaient que les êtres humains étaient nés libres et égaux et qu'ils avaient la capacité d'atteindre, par l'usage de la raison, aussi bien le savoir que le bonheur* »<sup>1326</sup>. Pour cet auteur, le rationalisme des philosophes français du XVIII<sup>ème</sup> se traduit par des réformes substantielles du droit privé et du droit public à partir de la Révolution française. Les révolutionnaires abolissent les privilèges de la noblesse et de l'Église. Le Tiers-état retire au régime monarchique ses pouvoirs et met ainsi fin à un régime autocratique. Le pouvoir est assumé par la représentation nationale, réunie en assemblée.

Voltaire est vraisemblablement l'esprit qui a le plus revendiqué l'adoption du modèle judiciaire anglais, notamment lors de ses critiques sur la torture :

---

<sup>1324</sup> Beccaria, *supra* note 1319 aux pp 61-62.

<sup>1325</sup> Ludovic Primot, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale : Représentations, fondements et définition*, Paris, LGDJ, 2010 aux pp 61-67

<sup>1326</sup> Berman, *Droit et Révolution*, *supra* note 934 à la p 45.

*Quand il n'y aurait qu'une nation sur la terre qui eût aboli l'usage de la torture, s'il n'y a pas plus de crimes chez cette nation que chez une autre, si d'ailleurs elle est plus éclairée, plus florissante depuis cette abolition, son exemple suffit au reste du monde entier. Que l'Angleterre seule instruisse les autres peuples [...]*<sup>1327</sup>.

Dans la même veine, Montesquieu dans *Son esprit des lois* fait part de son admiration pour la procédure anglaise (Livre XI, Chapitre 6) et évoque les bienfaits du jury : « *Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse [le jury] pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence* »<sup>1328</sup>.

Toutes ces revendications sont mentionnées dans les Cahiers des doléances en 1789. Dans la nuit du 4 août 1789, l'Assemblée abolit les privilèges et par la même occasion les justices seigneuriales. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* est promulguée le 26 août 1789<sup>1329</sup>. Par la suite, plusieurs constitutions se succèdent. C'est dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* que l'on trouve les premières dispositions à caractère pénal. On en dénombre onze. On consacre notamment le principe de légalité des incriminations et des peines (article 5 pour les incriminations, article 8 pour les peines) et la présomption d'innocence (article 9)<sup>1330</sup>. L'article 7 dispose que « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté et détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes prescrites* ». En 1791, l'Assemblée Constituante met en place un système de jury d'accusation et un jury de jugement. L'instruction est confiée à un directeur du jury. Un premier Code pénal voit le jour en 1791 et le Ministère public réapparaît en 1801<sup>1331</sup>. Il avait été remplacé en 1790 par des « *commissaires du roi* »<sup>1332</sup>. Il a la charge de l'instruction pénale et son rôle ne se limite pas qu'à porter les accusations. Sous Napoléon Bonaparte, deux nouveaux codes sont promulgués, le Code d'instruction criminelle, en 1808 et le Code pénal, en 1810. Le juge d'instruction refait son apparition. Le directeur du jury et le jury d'accusation sont

---

<sup>1327</sup> Voltaire, *Commentaires sur le Traité des délits et des peines*, Paris, Garnier Frères, 1879 à la p 541, cité par Ludovic Primot, *supra* note 1325 à la p 65.

<sup>1328</sup> Montesquieu, *supra* note 1322 à la p 296.

<sup>1329</sup> M Morin, *supra* note 876 à la p 200.

<sup>1330</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 aux pp 371-375.

<sup>1331</sup> M Morin, *supra* note 876 aux pp 200-201.

<sup>1332</sup> Carbasse, *Histoire*, *supra* note 188 à la p 376.



supprimés<sup>1333</sup>. Les bases de la procédure pénale française sont désormais établies pour les siècles à venir. La procédure pénale française est inquisitoire lors de l’instruction et accusatoire lors du procès. Le juge d’instruction instruit à charge et à décharge. Cependant, le juge qui préside le procès demeure et restera très interventionniste dans le nouveau procès accusatoire. Il dirige les débats, interroge l’accusé et les témoins. Les différentes réformes qui vont suivre jusqu’à nos jours maintiennent cette nouvelle restructuration et, comme nous le verrons, améliorent le sort de l’accusé. Pour les fins de notre thèse, nous retenons deux changements importants portés par ce droit révolutionnaire. Le premier porte sur l’instauration d’un système de liberté de preuves, y compris la preuve de l’aveu (§1) et le deuxième porte sur l’adoption d’un nouveau standard de preuves, à savoir l’intime conviction (§2).

### **§1. L’instauration d’un système de preuve libre : l’aveu laissé à la libre appréciation du juge**

Selon Jean-Marie Carbasse, le système de preuves légales commence à être altéré dès le XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>1334</sup>. Certains juges s’autorisent à entrer en voie de condamnation en l’absence de preuves pleines. Ils se fondent alors sur leur conviction personnelle pour déclarer l’accusé coupable. Cette liberté judiciaire dans l’appréciation de la preuve se traduit dans un comportement qui consiste à condamner « *sur de simples indices ou sur des faisceaux d’indices* » leur donnant une valeur quantitative respective susceptible d’additions pour sembler équivaloir à une preuve pleine (demi-preuve, quart de preuve, huitième de preuve)<sup>1335</sup>. Par cette stratégie dans un système de preuves légales, les magistrats cachent qu’ils sont parvenus à une conviction en la culpabilité du justiciable tout en laissant paraître qu’ils ont respecté les exigences légales du système de preuves. L’objectivité de façade des juges cache l’exercice de leur discrétion dans l’appréciation de la preuve et l’atteinte d’une intime conviction, des qualités professionnelles spécifiques à la fonction de juger mais qui ne sont pas encore reconnues dans le droit français de l’époque.

---

<sup>1333</sup> *Ibid* aux pp 354-355.

<sup>1334</sup> *Ibid* à la p 363.

<sup>1335</sup> *Ibid* à la p 364.

De nombreuses études montrent qu'à partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle, le recours à la torture pour extorquer des aveux diminue sensiblement. Par exemple, à partir de 1766, la torture n'est plus utilisée par le Parlement de Bourgogne<sup>1336</sup>. Le 24 août 1780, une déclaration royale abolit la question préparatoire.

La procédure de la mise au secret du suspect qui consiste à l'isoler au cours de la phase d'instruction est cependant conservée pendant une certaine période (dite période intermédiaire 1789-1803) tout en régressant. Cette mise au secret équivalant en réalité à une mise en détention provisoire pour une durée indéterminée<sup>1337</sup>. On l'assimile toute de même à une lente torture même si la torture est abolie depuis 1780.

Dans son article 342, le Code d'instruction criminelle de 1808 dispose:

*La loi ne demande pas aux jurés les moyens par lesquels ils sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve [...]. La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins [...], elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction?*<sup>1338</sup>

Dans ce même article, sont consacrés à la fois, le principe de la liberté de la preuve et le principe de l'intime conviction. L'obligation de motivation du jugement, sauf pour la Cour d'assises, constituera le moyen par lequel les juridictions sans jury sont susceptibles de contrôler les décisions du juge<sup>1339</sup>.

Désormais en droit pénal français, un régime de liberté de la preuve prévaut. Ce principe signifie qu'il n'existe pas de règles imposant un mode de preuve particulier et qu'il n'existe pas de règles relatives à la détermination de la recevabilité des preuves comme dans le droit anglais. L'obtention des preuves doit toutefois remplir un critère de loyauté. Ce critère d'honnêteté est issu de la doctrine et de la jurisprudence et vise principalement la police judiciaire et le juge d'instruction dont la fonction principale consiste à ramasser des preuves et

---

<sup>1336</sup> *Ibid.*

<sup>1337</sup> Antoine Astaïng, « La mise au secret et la recherche de l'aveu (XVe –XVIIIe siècle) » dans Durand, *supra* note 364, 891 aux pp 923-940. L'influence anglaise n'aura duré qu'un temps.

<sup>1338</sup> *Code d'instruction criminelle.*

<sup>1339</sup> Jean-Louis Halperin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge » (2009) 84:1 Communications 21 à la p 26.

des indices<sup>1340</sup>. Sur ce fondement, il est possible d'obtenir le rejet d'une preuve si son obtention résulte d'une ruse ou d'un stratagème. Serge Guinchard et Jacques Buisson citent un arrêt de la Cour de cassation de 1888 qui s'exprime en faveur du rejet d'une preuve dans la situation suivante : un juge d'instruction a piégé au téléphone une personne qu'il suspectait de trafic de décorations (légion d'honneur...) en se faisant passer pour un client intéressé<sup>1341</sup>.

Cette liberté de la preuve appelle toutefois deux précisions. La liberté est totale lorsqu'elle porte sur la production et la présentation des preuves lors de la phase de jugement. En revanche, au cours de l'enquête et de l'instruction, les actes des autorités de poursuite doivent se fonder sur des dispositions légales. La cueillette des preuves doit obéir aux prescriptions du Code de procédure pénale<sup>1342</sup>. Le prévenu peut réclamer la nullité d'une preuve recueillie lors de l'instruction en contravention de la loi. La requête en nullité d'un acte d'instruction doit cependant être présentée avant que ne commence le procès. Toutes les preuves recueillies par le juge d'instruction et qui ne sont pas frappées de nullité composent le dossier d'instruction. Ce dossier d'instruction monte à la juridiction de jugement. Le juge de la juridiction de jugement est par conséquent au courant de ce dossier de preuves accumulées par le juge d'instruction lorsqu'il commence le procès. En tout état de cause, toutes les preuves recueillies par le juge d'instruction sont rediscutées à la phase du procès aux termes duquel on décidera de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Précisons ici que la preuve se discute à tous les stades de la procédure. Au stade de l'enquête, les preuves possédant une certaine valeur probante (et même un aveu) et qui sont considérées comme des indices graves et concordants peuvent justifier la mise en examen du suspect (inculpation). Ces indices sont réévalués au stade de l'instruction et s'ils sont considérés comme des charges suffisantes, ces charges justifient le renvoi de la personne mise en examen (inculpée) devant la juridiction de jugement.

---

<sup>1340</sup> Pierre Boizat, « La loyauté dans la recherche de la preuve » dans *Problèmes contemporains de procédure pénale : Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964 à la p 155.

<sup>1341</sup> Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 2014 à la p 504 et Cass ch réunies, 31 janvier 1888, (1889) Sirey 1 241.

<sup>1342</sup> Voir par exemples les articles 56, 76 et 92 pour la perquisition et plus généralement Guinchard et Buisson, *supra* note 1341 aux pp 532-536.

L'aveu obtenu loyalement à n'importe quel stade de la procédure (enquête, instruction et procès) est donc recevable en preuve à la juridiction de jugement. Il est librement apprécié quant à son impact probant sur la culpabilité de l'inculpé. L'aveu, en tant que moyen de preuve autonome librement apprécié, constitue une preuve activement recherchée dans le processus pénal français<sup>1343</sup>. La dynamique autour de cette preuve est fort différente de celle en droit pénal canadien avec une preuve de confession par exemple. En effet, l'accusé dans l'un et l'autre régime procédural n'a pas le même statut : incontraignable et silencieux s'il le veut ou assermenté s'il choisit de témoigner pour sa défense dans la procédure canadienne; obligé de répondre aux questions posées mais non assermenté dans la procédure pénale française, une posture qu'a déjà eu l'accusé anglais dans la procédure accusatoire, avons-nous vu.

L'aveu comme outil recherche de la vérité, doit être resitué dans le contexte de la position de l'accusé dans la procédure pénale à compter de cette époque. Si l'aveu a été obtenu loyalement avant le procès, il constitue une preuve autonome disponible devant la juridiction de jugement. Or l'accusé peut être interrogé à son procès et être confronté à cet aveu. S'il ment pour tenter de se déprendre de cet aveu, libre à lui. Il n'y a pas de conséquences juridiques à ses mensonges puisqu'il n'est pas assermenté (pas d'accusation de faux témoignage ou de témoignages contradictoires). Mais, l'accusé peut tout de même se nuire en mentant et en se contredisant puisque la vérité peut triompher sur ses mensonges et ses contradictions. S'il n'y a pas eu d'aveu avant le procès, l'interrogatoire du président du tribunal peut résulter en un aveu de l'accusé. L'aveu de l'accusé est discuté, examiné et exige des explications dans le procès pénal français et n'interrompt pas le procès. Il n'y a pas, comme dans la procédure anglaise de « plaidoyers de culpabilité » qui évacue le procès. Bref, le droit pénal français a une conception monolithique de l'aveu judiciaire. L'aveu obtenu dans l'enquête ou dans l'instruction est de toute façon amalgamé à l'interrogatoire à l'audience. La parole de l'accusé devient libre et déliée dans la procédure française et peut être réexaminée et réévaluée par la juridiction de jugement. Mais la parole de l'accusé pouvait toujours lui valoir la guillotine!

---

<sup>1343</sup> Voir en ce sens Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 aux pp 210-211.

En vertu de la loi, le président du tribunal est libre d'apprécier la forme et l'étendue de l'interrogatoire de l'accusé au procès<sup>1344</sup>. Lorsque l'avocat de l'accusé veut intervenir au cours de l'interrogatoire, le président n'est pas obligé de lui accorder la parole. Il peut poursuivre son interrogatoire et l'autoriser à poser des questions par la suite<sup>1345</sup>. L'avocat de la partie civile et le Ministère public peuvent également poser des questions à l'accusé. Devant la Cour d'assises, les assesseurs et même les jurés sont en droit de poser des questions<sup>1346</sup>. Le comportement, les propos et les silences de l'accusé font l'objet d'une appréciation générale selon l'intime conviction de ses juges. Concluons sur ce point en précisant que le verdict aux assises résulte de la délibération collective du juge président, des assesseurs et du jury en droit français.

Jusqu'en 2000, le suspect, l'inculpé (ou le mis en examen) et l'accusé (ou le prévenu) ne bénéficient d'aucun droit au silence. Nous verrons plus loin comment ce droit nouveau a un impact sur la position de l'inculpé dans la procédure pénale française.

## **§2. L'aveu et l'intime conviction : le retour à la subjectivité du sujet**

Nous examinons comment le principe de l'intime conviction (fardeau de persuasion) permet de donner à l'aveu juridique en droit français une étrange similitude avec l'aveu moral. En tant qu'acte de jugement, l'intime conviction impose d'avoir accès à une information des plus complètes sur la situation criminelle (**A**). L'aveu en tant qu'outil d'information met ainsi en scène le contrevenant en tant qu'acteur du crime, mais aussi en tant que penseur du crime. Ce double aspect de l'aveu révèle tout son caractère dramatique (**B**).

### **A) L'intime conviction : ou l'acte performatif de jugement**

Le Code des délits et des peines du 3 *brumaire an IV* (25 octobre 1795) définit le nouveau standard de preuve fondé sur l'intime conviction. Son article 344 dispose :

---

<sup>1344</sup> Cass crim, 24 août 1882, (1882) Bull crim n° 218.

<sup>1345</sup> Cass crim, 21 janv 1909, (1909) Bull crim n° 30.

<sup>1346</sup> Guinchard et Buisson, *supra* note 1341 à la p 1305.

*Après avoir reçu cette promesse, le président du tribunal adresse aux jurés et à leurs adjoints le discours suivant :*

*« Citoyens, Vous promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre un tel ; .... de n'en 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, suivant votre conscience et votre intime et profonde conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre ».*

*Chacun des jurés et de leurs adjoints, appelé nominativement par le président, répond : « Je le promets »<sup>1347</sup>.*

À peu de chose près, c'est la même disposition que l'on retrouve de nos jours à l'article 353 du Code de procédure pénale pour les jurés de cour d'assises. Le principe de l'intime conviction s'applique également aux juges professionnels<sup>1348</sup>. Cette notion n'a jamais été définie par les tribunaux. La doctrine a beaucoup écrit sur le sujet et considère qu'une définition paraît difficile<sup>1349</sup>.

Nous considérons que l'absence de définition et la souplesse de cette notion est liée à la conception française de l'aveu. Il s'agit certes d'une preuve qui va permettre de faire un lien solide entre le contrevenant et l'infraction. Mais, il s'agit aussi d'obtenir au moyen de cet aveu de l'information sur le contrevenant. Le principe de l'intime conviction va de pair avec la liberté d'appréciation de la preuve mais aussi avec le principe de liberté de la preuve. Apprécier une preuve selon son intime conviction consiste à rechercher et à s'interroger sur ce qu'elle peut apporter à la vérité. Clara Fournier précise que :

*l'intime conviction est la recherche de la vérité dans le jugement par la conscience. [...], il s'agit de démontrer que la conviction découle d'une logique probatoire à distinguer de l'intime conviction, qui en étant consubstantielle au jugement découle d'une logique de responsabilité<sup>1350</sup>.*

Juger selon l'intime conviction constitue à la fois un acte de raison mais aussi un acte responsable. L'intime conviction s'exerce d'ailleurs à partir d'une vérité proposée par le juge

---

<sup>1347</sup> Code des délits et des peines, dans *Lois de la République française : An IV*, en ligne : <[www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56729589/f4.image.r=Le%20Code%20des%20délits%20et%20des%20peines%20du%203%20brumaire%20an%20IV](http://www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56729589/f4.image.r=Le%20Code%20des%20délits%20et%20des%20peines%20du%203%20brumaire%20an%20IV)>.

<sup>1348</sup> Art 427 C pr p.

<sup>1349</sup> Tournier, *supra* note 113; Jean-Denis Bredin, « Le doute et l'intime conviction » (1996) 23 *Droits* 21.

<sup>1350</sup> Tournier, *supra* note 113 aux pp 22-23.

d'instruction qui, lui, a construit son dossier sur son estimation de la vérité (il cherche s'il existe ou non des charges suffisantes contre l'inculpé)<sup>1351</sup>. Mais, compte tenu de l'oralité des débats à la phase de l'instruction comme à la phase du procès, l'intime conviction s'opère au delà de cette vérité estimée par le juge d'instruction puisque cette vérité est renouvelée sous une autre forme lors du procès. Elle est en effet discutée, complétée et expliquée. Nous avons vu que plusieurs acteurs peuvent intervenir et poser des questions au procès. Se prononcer ou porter un jugement en son âme et conscience, comme l'oblige l'intime conviction, c'est rechercher des preuves qui vont produire la plus haute qualité de vérité et expliquer que sa conviction se fonde sur la vérité. L'aveu dans ce contexte, puisqu'il émane de l'accusé, va faciliter cet exercice de vérité et de conviction. Il lève non seulement les doutes quant à la culpabilité, mais aussi et surtout quant à la sentence<sup>1352</sup>. Comme nous allons le voir la nécessité d'aveu fait en sorte que cette preuve est devenue une pièce maîtresse du « *système pénal en général* » dans la tradition inquisitoire française<sup>1353</sup>.

### **B) La dramatique de l'aveu selon Michel Foucault**

Pour Michel Foucault, l'acte de juger revêt un caractère performatif au sens linguistique du terme<sup>1354</sup>. Lorsque le juge prononce un verdict de culpabilité et détermine la sentence, il déclare en même temps l'accusé coupable et le condamne à une peine. La décision du juge emporte des effets juridiques. L'aveu, au contraire, n'emporte pas d'effet définitif (ce qui peut expliquer l'absence d'une procédure de plaidoyer de culpabilité introduite tout récemment). Il faut que le juge et le jury apprécient la qualité de cet aveu et en cela, l'aveu relève, selon Michel Foucault, de la dramaturgie :

*Ni performatif, ni symbolique, je me proposerais de dire, en détournant un peu le sens habituel du mot que l'aveu, au fond, est de l'ordre de la dramatique ou de la dramaturgie. Si on peut appeler « dramatique » non pas une addition ornementale quelconque, mais tout élément qui, dans une scène, fait apparaître le fondement de la légitimité et de sens de ce qui s'y déroule, alors je dirai que l'aveu fait partie de*

---

<sup>1351</sup> Le dossier du juge d'instruction est renvoyé à la juridiction de jugement lorsque celui-ci estime qu'il existe des charges suffisantes (art 179 C pr p) ou qu'il existe un crime (art 181 C pr p). Voir Guinchard et Buisson, *supra* note 1341 aux pp 995-997.

<sup>1352</sup> Foucault, *Mal faire*, *supra* note 14 à la p 209.

<sup>1353</sup> *Ibid.*

<sup>1354</sup> *Ibid.*

*la dramatique judiciaire et pénal. Il est un élément essentiel de sa dramaturgie, en ce sens plein de ce terme*<sup>1355</sup>.

Ce n'est pas par hasard que la doctrine du XIX<sup>ième</sup> siècle vante la puissance de l'aveu en tant que preuve. Faustin Élie dans son *Traité de l'instruction criminelle* souligne que la « *législation moderne a conservé à l'aveu toute la force probante qui lui est propre, mais elle a abandonné l'appréciation de sa valeur morale au juge* »<sup>1356</sup>. L'auteur confirme qu'il ne constitue pas pour autant une preuve absolue :

*S'il opère [l'aveu], il a toute la valeur d'une preuve, mais aucun effet n'y est nécessairement attaché ; comme tous les moyens de preuve, il est livré à l'examen judiciaire de celui qui l'étudie, en recherche les causes, en pèse les termes et lui accorde ou refuse sa confiance*<sup>1357</sup>.

L'aveu équivaut à une forte présomption car émanant du suspect il n'existe que peu de raisons de le remettre en cause. Faustin Élie considère que le suspect a puisé cet aveu « *dans une inspiration secrète de la conscience et dans l'amour inné de la vérité* »<sup>1358</sup>. Mais, il ne s'agit que d'une présomption et l'auteur pose la question suivante :

*N'est-il pas possible qu'un intérêt plus puissant que le mal matériel auquel il s'expose pousse un agent à faire une déclaration mensongère? Que cet agent s'accuse lui-même, soit par suite d'un dérangement de l'esprit, soit pour recueillir certains bénéfices éventuels, soit pour préserver un tiers, soit enfin pour se dérober à une poursuite plus grave? L'aveu n'apporte donc pas dans tous les cas une certitude complète du fait avoué*<sup>1359</sup>.

Preuve comme une autre mais dont la force probante semble supérieure à toutes les autres, l'aveu ne produit pas toujours pour autant l'effet probatoire qu'on attend de lui. Le juge ou le jury lui demande davantage que le simple fait de dire que l'accusé a bien commis le crime. Dans la procédure française inquisitoire, on a toujours ressenti le besoin de connaître davantage l'accusé d'un crime de la compétence de la cour d'assises et ce, même si la preuve comporte un aveu. Le juge d'instruction, qui instruit à charge et à décharge, « *procède,*

---

<sup>1355</sup> *Ibid* à la p 210.

<sup>1356</sup> Faustin Élie, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle : De l'instruction écrite*, 8 vols, vol 4, Paris, Plon, 1866-1867 à la p 587.

<sup>1357</sup> *Ibid.*

<sup>1358</sup> *Ibid.*

<sup>1359</sup> *Ibid* à la p 588.



conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité »<sup>1360</sup>. Il peut également souhaiter en apprendre davantage sur la personnalité de l'accusé. Cette connaissance de l'accusé peut même passer par son évaluation psychiatrique. Aujourd'hui encore, les alinéas 6, 7 et 8 de l'article 81 du code de procédure pénale français prévoient la possibilité de procéder, à l'étape de l'instruction et même à l'étape du procès, à l'enquête de personnalité de l'accusé<sup>1361</sup>. Lors de cette enquête, un expert à la suite d'un ou d'une série d'entretien avec l'accusé va dresser son portrait psychologique et présenter les traits de sa personnalité. Outre le dépôt d'un rapport écrit, l'expert témoigne également au procès.

Comme le remarque Michel Foucault, l'expertise psychiatrique à partir du XIX<sup>ième</sup> siècle se substitue à l'absence d'aveu<sup>1362</sup>. En réalité, elle vient même compléter l'aveu si celui-ci existe. L'aveu en lui-même ne fournirait pas dans certaines situations l'information nécessaire au juge pour décider de son verdict et, le cas échéant, de la sentence. Michel Foucault relève à cet effet qu'au XIX<sup>ième</sup> siècle plusieurs affaires criminelles ont permis de s'interroger à nouveau sur la subjectivité de l'accusé<sup>1363</sup>. Ces affaires qui se sont déroulées en Europe et aux États-Unis ont toutes en commun un crime violent inexpliqué. En effet, l'analyse des faits montre que rien ne laissait présager que le coupable ne se livre à ce genre de crime violent. Les aveux éventuellement prononcés ne fournissent pas plus d'explications à ce

---

<sup>1360</sup> Art 81 al 1 C pr p.

<sup>1361</sup> Art 81 al 6,7 et 8 C pr p : « Le juge d'instruction procède ou fait procéder, soit par des officiers de police judiciaire, conformément à l'alinéa 4, soit par toute personne habilitée dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, à une enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale. Toutefois, en matière de délit, cette enquête est facultative.

*Le juge d'instruction peut également commettre une personne habilitée en application du sixième alinéa ou, en cas d'impossibilité matérielle, le service pénitentiaire d'insertion et de probation à l'effet de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale d'une personne mise en examen et de l'informer sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressée. À moins qu'elles n'aient été déjà prescrites par le ministère public, ces diligences doivent être prescrites par le juge d'instruction chaque fois qu'il envisage de placer en détention provisoire un majeur âgé de moins de vingt et un ans au moment de la commission de l'infraction lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement.*

*Le juge d'instruction peut prescrire un examen médical, un examen psychologique ou ordonner toutes mesures utiles. »*

<sup>1362</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 211

<sup>1363</sup> *Ibid* aux pp 211-228.

sujet, sauf à identifier clairement le locuteur comme le coupable. Comme l'écrit Michel Foucault, ces crimes sont « *sans raison* »<sup>1364</sup> :

*Ce sont des crimes sans passion, sans motif, sans intérêt, ils ne sont même pas fondés sur une illusion délirante.[...], les psychiatres et les juges butent sur le fait qu'il y avait entre les partenaires du drame, celui qui tue et celui qui est tué ou celui qui tue et les parents de l'enfant qui est tué - car il est intéressant de noter que c'est presque toujours, enfin, c'est assez souvent des meurtres d'enfants -, entre les partenaires du drame, il n'y a aucune relation permettant de rendre intelligible le crime*<sup>1365</sup>.

L'aveu, même si dans la plupart des cas relevés par Michel Foucault, est bien présent, est presque inutile. Les autres preuves matérielles établissent déjà une vérité connue et indiscutable. L'aveu ne fait que confirmer ce que l'on sait déjà, ce qui fait dire à Michel Foucault que « *l'aveu ne fonctionne pas dans la dramaturgie exigée* »<sup>1366</sup>.

Ces affaires font apparaître « *la question du sujet criminel* »<sup>1367</sup>. Pour Michel Foucault, elles sont l'occasion de voir émerger la question du dédoublement de l'aveu en tant que preuve de l'acte criminel, mais aussi en tant qu'outil de connaissance de la subjectivité de l'accusé. Les experts psychiatres qui se sont penchés sur ces affaires considèrent que les criminels souffraient de monomanies. La monomanie est une maladie mentale qui ne se révèle que par le crime dont il n'est d'ailleurs que le seul symptôme. Michel Foucault reconnaît toutefois que cette analyse soulève des débats. La psychiatrie introduit une rationalité supplémentaire dans le procès pénal, elle appréhende la maladie mentale comme un danger social<sup>1368</sup>. Elle permet de mieux connaître l'accusé et de le classer dans de nouvelles catégories juridiques (homme sain ou aliéné mental). Ce faisant, elle autorise le juge, pleinement informé, à se prononcer sur la responsabilité ou l'irresponsabilité pénale du contrevenant. Elle permet également au juge de moduler la sentence en fonction des informations obtenues et portant sur la subjectivité de l'accusé.

---

<sup>1364</sup> *Ibid* à la p 213.

<sup>1365</sup> *Ibid* à la p 215.

<sup>1366</sup> *Ibid* à la p 214.

<sup>1367</sup> *Ibid* à la p 215.

<sup>1368</sup> *Ibid*.

En pénétrant le champ pénal, la psychiatrie fait en sorte d'élargir la vérité du procès au sujet criminel, donc à l'accusé. L'acte criminel demeure important mais la subjectivité du sujet l'est davantage. L'aveu de ce dernier devient dès lors nécessaire au juge non seulement pour se prononcer sur la culpabilité, mais aussi pour condamner l'accusé. Le juge a besoin de connaître le criminel pour mettre en œuvre, en son âme et conscience, l'acte de juger. Michel Foucault termine sa démonstration en rappelant la plaidoirie de Robert Badinter lorsque celui-ci assurait la défense de Patrick Henry. Dans cette affaire, Patrick Henry avait été accusé du meurtre d'un jeune garçon âgé de sept ans en 1976. La France n'avait pas encore aboli la peine de mort. Patrick Henry avait avoué son meurtre mais dans sa plaidoirie Robert Badinter avait sous-entendu que cet aveu ne permettait pas de comprendre la personnalité de l'accusé :

*Ils [les jurés] me fixaient avec une attention intense. Alors j'entamais vraiment ma plaidoirie. J'avançais comme un funambule, sur une sorte de fil intérieur qui me tenait au-dessus d'une abîme que moi seul voyais. Je fis ce que je n'avais pas prévu de faire : je repris les faits, très vite, seulement pour balayer la préméditation. Je refusais l'idée que la mort de l'enfant fut inscrit dans le projet de Patrick Henry. Et je rappelais que la chambre d'accusation ne l'avait pas retenue contre lui. Mais, même sans la préméditation, le meurtre de l'enfant n'en demeurait pas moins atroce. Et cette atrocité, inexplicable. Rien, chez ce garçon de vingt quatre ans, ne l'annonçait. Et certainement pas les larcins de son adolescence. « Normal, disaient les psychiatres. » Normal, un pareil crime chez un garçon « normal » de cet âge? J'évoquais les limites de la connaissance psychiatrique, l'incertitude des experts. Nul ne savait réellement qui était ce jeune homme, pas plus eux, ces juges, que les experts. Mais c'était à eux que l'on demandait de le tuer. C'était donc cela la peine de mort : ce sacrifice judiciaire dans les ténèbres de l'ignorance<sup>1369</sup>.*

Patrick Henry a été condamné à la perpétuité. Comme le souligne Michel Foucault, la plaidoirie de Robert Badinter soulève en substance la question suivante : comment peut-on condamner à la mort une personne que l'on ne connaît pas?<sup>1370</sup>

Voilà comment la psychiatrie a fait en sorte de réhabiliter la fonction originale de l'aveu compris comme un régime de vérité ou une recherche de vérité du sujet par le sujet. Cette pratique de l'herméneutique repose sur les mêmes modalités que celles utilisées dans le cadre de l'aveu moral, examiné dans notre première partie. L'aveu dans le processus

---

<sup>1369</sup> Robert Badinter, *L'abolition*, Paris, Fayard, 2000 aux pp 116-117.

<sup>1370</sup> Foucault, *Mal faire*, supra note 14 à la p 228.

pénal français ne doit pas seulement se limiter à la confirmation par le locuteur de la perpétration du crime. Il doit aussi permettre de connaître davantage l'accusé et d'expliquer les raisons qui l'ont poussé à commettre le crime. Seul un régime fondé à la fois sur l'intime conviction et sur un système de preuve libre, peut donner toute plénitude à l'aveu. La vérité que cet aveu révèle paraît bien plus consistante que celle établie dans le cadre de la procédure accusatoire de *common law*.

### **Conclusion du chapitre I :**

Nous avons vu comment le droit anglais a établi une règle de confession qui a pour objet de vérifier que l'aveu prononcé par le suspect a été obtenu librement et volontairement. Comme le dit Jacques Fortin dans son ouvrage *La preuve pénale*<sup>1371</sup>, cette règle n'est pas garante de la vérité:

*Les garanties que cherche la jurisprudence quant au caractère volontaire de la confession s'expliquent donc par des constatations érigées en postulat : la déclaration volontaire est vraie; la déclaration involontaire est fausse. Ce raisonnement n'est pas à l'abri de certaines distorsions dans son application jurisprudentielle.*

Cette règle qui protège tout de même l'accusé en contrôlant les circonstances de l'obtention de sa confession par une personne en autorité semble aussi servir les intérêts du juge. Ce dernier s'en tient aux critères établis par la règle des confessions pour la laisser dans les mains du jury qui juge l'accusé. Il a accompli son devoir et a réduit ainsi les risques d'erreur de verdict. Il remplit ses fonctions en son âme et conscience. Rappelons que selon la théologie morale calviniste, les individus sont jugés en fonction de tous leurs actes et actions méritoires accomplis durant toute leur vie. L'acte de juger doit correspondre avant tout à un acte méritoire pour le juge. Cette morale qui anime les juges comme les profanes du jury explique les raisons pour lesquelles l'objectif de vérité la plus complète ne constitue point un objectif prépondérant dans le système de justice pénale de *common law*. Cette enquête sur le véritable état d'esprit de l'accusé à un moment unique de sa vie est laissée à Dieu ou reste dans l'ombre de l'intimité du coupable.

---

<sup>1371</sup> Jacques Fortin, *La preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, par 896.

Dans la procédure inquisitoire que nous avons illustrée avec le système de justice pénale français, la vérité constitue l'objectif premier. Il est demandé à l'accusé compte tenu du système de preuve libre et du principe de l'intime conviction, de participer à la recherche et à l'élaboration de cette vérité. L'aveu doit éclairer le juge sur les circonstances du crime. Mais, on demande aussi à cet aveu de fournir une connaissance sur l'accusé afin de mieux le juger et de trouver la peine la plus appropriée. C'est en recherchant cette vérité certes plus complexe mais plus dense que le juge pourra juger en son âme et conscience.

## **Chapitre II. Le droit de l'aveu postmoderne : l'oscillation entre le pragmatisme pénal et le garantisme procédural à partir du XX<sup>ième</sup> siècle**

Nous arrivons, dans ce dernier chapitre, à la fin de notre histoire de l'aveu sans qu'il s'agisse pour autant de la fin de l'histoire de l'aveu. L'historicité qui le caractérise, notamment par sa double fonction comme preuve et comme régime de véridiction, nous laisse penser que cette institution va continuer à jouer un rôle important dans les systèmes de justice pénale occidentaux.

Résumons ce qu'est devenu l'aveu juridique dans sa forme moderne dans la tradition de *common law* et dans le droit français.

Le droit anglais a élaboré une règle des confessions qui permet au juge d'exclure la preuve d'une confession obtenue sous la contrainte ou en échange d'une promesse par une personne en situation d'autorité. Cette règle, considère-t-on, privilégie l'approche doctrinale de William Hawkins et de Thomas Leach<sup>1372</sup> qui s'appuie sur la décision *R c. Warickshall* de 1783<sup>1373</sup>. Cette règle classique continue de constituer le fondement du droit des confessions dans la plupart des systèmes de *common law* aujourd'hui<sup>1374</sup>. Elle a permis et permet encore de

---

<sup>1372</sup> Hawkins, *supra* note 1304.

<sup>1373</sup> *Rex v Warickshall*, (1783) 1 Leach C L 263.

<sup>1374</sup> Voir pour le Canada, Oikle, *supra* note 10 au para 25 : « La règle de l'arrêt Ibrahim ne confère à la personne accusée qu' "un droit négatif — le droit de ne pas être torturée ni forcée de faire une déclaration sous l'effet de menaces ou de promesses d'une personne qui est et que l'auteur croit subjectivement être une personne en autorité" : Hebert, précité, à la p. 165. Cependant, cet arrêt reconnaît également une approche "beaucoup plus large" suivant laquelle : "[l]'absence de violence, de menaces et de promesses de la part des autorités ne signifie pas nécessairement que la déclaration qui en résulte est volontaire si l'élément psychologique nécessaire de la

contrôler et de sanctionner les dérives ou abus des agents de l'État lors de l'obtention de confessions.

John Henry Wigmore dans son *Treatise of the law of evidence* de 1904 avait fustigé cette règle qualifiant même d'absurdes les décisions des tribunaux américains qui l'appliquaient<sup>1375</sup>. Georges C. Thomas III et Richard A. Leo font remarquer que Wigmore a probablement été influencé par les critiques de Jeremy Bentham concernant le principe de non-incrimination en Angleterre<sup>1376</sup>. Jeremy Bentham préconisait une approche purement utilitariste de la question<sup>1377</sup>. John Henry Wigmore proposait une approche qu'il faut qualifier de plus rationaliste sur le droit des confessions que la règle de Hawkins. Selon lui, la règle originale qui privilégie le caractère libre et volontaire de la confession, ne permettrait pas de se prémunir systématiquement contre les fausses confessions :

*Human nature being what it is, were the prospects attending confession (involving the equalization or averaging of the benefit of realizing the promise or the benefit of escaping from the threat, against the draw-backs moral and legal of furnishing damaging evidence), as weighed at the time against the prospects attending non-confession (involving a similar averaging), such as to have created, in any considerable degree, a risk that a false confession would be made? Putting it more briefly and roughly, was the inducement such that there was any fair risk of a false confession<sup>1378</sup>?*

---

décision entre des options est absent" ». Pour le droit américain, voir Joshua Dressler et Alan C Michaels, *Criminal procedure*, 6<sup>e</sup> éd, vol 1 « Investigation », New Providence (NJ), LexisNexis, 2014 aux pp 397-407.

<sup>1375</sup> Wigmore, *Treatise on Evidence*, supra note 1308, vol 2 §825 à la p 222.

<sup>1376</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, supra note 95 à la p 88.

<sup>1377</sup> Bentham, *Rationale*, supra note 1127, vol 5 à la p 208.

<sup>1378</sup> Wigmore, *Treatise on Evidence*, supra note 1308, vol 1 §824 à la p 945. Wigmore invoquait plusieurs motifs à la naissance du privilège de non-incrimination: « (1) *It protects the innocent defendant from convicting himself by a bad performance on the witness stand.* (2) *It avoids burdening the courts with false testimony.* (3) *It encourages third-party witnesses to appear and testify by removing the fear that they might be compelled to incriminate themselves.* [...] (4) *The privilege is a recognition of the practical limits of governmental power; truthful self-incriminating answers cannot be compelled, so why try.* [...] (5) *The privilege prevents procedures of the kinds used by the infamous courts of Star Chamber, High Commission and Inquisition.* (6) *It is justified by history, whose test it has stood; the tradition which it has created is a satisfactory one.* [...] (7) *The privilege preserves respect for the legal process by avoiding situations which are likely to degenerate into undignified, uncivilized and regrettable scenes.* (8) *It spurs the prosecutor to do a complete and competent independent investigation.* [...] (9) *The privilege aids in the frustration of "bad laws" and "bad procedures", especially in the area of political and religious belief.* [...] (10) *The privilege, together with the requirement of probable cause prior to prosecution, protects the individual from being prosecuted for crimes of insufficient notoriety or seriousness to be of real concern to society.* [...] (11) *The privilege prevents torture and other inhumane treatment of a human being.* [...] (12) *The privilege contributes toward a fair state-individual balance by*

Selon John Henry Wigmore le seul critère possible de recevabilité d'une confession devait résider dans la crédibilité que l'on peut accorder ou pas à une telle déclaration :

*The principle, then, upon which a confession may be excluded is that it is, under certain conditions, testimonially untrustworthy. What circumstances may make it so, and what degree of untrustworthiness is sufficient, are further questions; but the essential feature is that the principle of exclusion is a testimonial one, analogous to the other principles which exclude narrations as untrustworthy*<sup>1379</sup>.

Le test proposé par John Henry Wigmore n'a pas eu l'effet escompté en droit américain puisque la première décision de la Cour suprême américaine sur le sujet a consacré l'approche de William Hawkins<sup>1380</sup>. L'admissibilité des confessions repose sur les postulats de vérité suivants : si la confession est libre, elle est vraie ; si elle n'est pas libre, elle est fausse. John Henry Wigmore aurait préféré un test de véracité de la confession permettant une vérification des circonstances permettant de déterminer le contenu vrai ou faux de la confession avant de l'admettre en preuve.

Constatons en dernier lieu que la doctrine protestante qui a promu l'esprit libre au plan individuel et la vérité comme obligation personnelle éthique, n'est pas étrangère à cette règle moderne des confessions. Cette idéologie religieuse et morale a fondé la conviction des autorités de justice anglaise qu'une preuve obtenue de façon libre et volontaire était empreinte de vérité. La conviction religieuse et morale aurait en quelque sorte constitué une garantie de véracité de la confession libre et volontaire et supplée à l'incertitude quant à sa fiabilité.

La règle moderne régissant l'aveu en droit français, dont la procédure s'inscrit dans une tradition inquisitoire, a libéré l'aveu de toute contingence conditionnant sa réception en preuve à une simple règle de loyauté des autorités d'enquête ou d'instruction qui l'obtiennent et laissant ainsi cette preuve à la libre appréciation du juge. Retenons que l'aveu dans le droit français moderne est appréhendé comme étant reçu par des autorités judiciaires, soit la police judiciaire, soit le juge d'instruction, soit le juge qui préside l'audience pénale. On a ainsi une

---

*requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load. »*

<sup>1379</sup> *Ibid*, vol 1 §822 à la p 931.

<sup>1380</sup> *Bram c United States*, 168 US 532 (1897), voir aussi Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 aux pp 90-93.

compréhension monolithique d'un aveu comme étant par essence judiciaire. La loyauté attendue des autorités dans l'administration de la justice, la possibilité d'examiner, de rediscuter et de réévaluer le contenu de vérité de l'aveu à toutes les étapes de la procédure judiciaire, le tout est censé produire un résultat de vérité qui explique que cette preuve ait un effet probatoire déterminant sur le verdict et un effet de compréhension du criminel en vue d'un ajustement individualisé de la peine. Nous devons préciser ici qu'à l'étape des délibérations dans un procès d'assises (crimes passibles de 10 ans et plus), la Cour, composée de trois magistrats, délibère avec le jury (composé de six jurés en première instance et neuf en appel)<sup>1381</sup>. On sait malgré le secret des délibérations que les magistrats et le Président de la Cour interviennent activement dans le processus de délibération. C'est aussi une manière d'éviter l'erreur judiciaire. L'aveu sera à nouveau analysé à cette ultime étape puisque la Cour et les jurés doivent d'abord se prononcer sur la culpabilité puis sur la peine<sup>1382</sup>.

Nous développons ce chapitre avec l'idée que l'aveu juridique a connu une deuxième phase de développement à partir de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, phase que nous qualifions de postmoderniste. L'aveu (ou la confession) a subi des transformations qui s'expliquent par les transformations des systèmes pénaux contemporains au cours de cette période postmoderne. Dans cette période postmoderne de l'évolution des droits nationaux, l'individu vient au sommet de la pyramide juridique ou plus exactement l'idéologie individualiste (ou l'individualisme) devient concurrente et même transcendante à la souveraineté législative des États<sup>1383</sup>. Les droits individuels consacrés par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 ou du *Bill of rights* américain de 1791 redeviennent importants et sont réitérés dans des documents fondamentaux contemporains<sup>1384</sup>. On promulgue de nouvelles chartes, comme au Canada en 1982<sup>1385</sup>, ou de nouveaux documents internationaux ou suprarégionaux dédiés aux droits de l'Homme. Ces droits individuels sont

---

<sup>1381</sup> Art 355 al 1 C pro pén fr.

<sup>1382</sup> Art 356 C pro pén fr.

<sup>1383</sup> Laurent, *supra* note 811 aux pp 105-117.

<sup>1384</sup> William Russell McKercher, *The U.S. Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedom*, Toronto, Ontario Economic Council, 1983.

<sup>1385</sup> Voir par exemple la *Charte canadienne des droits et des libertés*, partie I de *La loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*], voir aussi la *Charte québécoise des droits et libertés*, RLRQ, c C-12.



très fréquemment revendiqués lorsque l'individu a des démêlés avec la justice pénale ou fait face à des conduites répréhensibles des agents de l'État. Ces droits individuels sont érigés en normes juridiques supérieures au plan interne et constitutionnel au Canada. En Europe, le développement du droit a été le vecteur de la construction étatique dès le XII<sup>ème</sup> siècle. Mais l'État postmoderne est aujourd'hui régi non seulement par le droit interne national mais aussi par le droit international ou suprarégional. Ce droit crée de nouvelles normes supranationales. Comme l'écrivent Thierry Delpuech, Laurence Dumoulin et Claire de Galember :

*Jusqu'aux années 1970 l'internationalisme juridique dont l'objectif était d'assurer la coordination des États sur la scène internationale s'organisait sur un mode essentiellement contractuel. Or depuis les années 1970, on assiste à l'apparition d'un système juridique international « post-wesphalien », c'est-à-dire un système remettant en cause la prééminence des souverainetés étatiques jusque-là entités de références en droit international*<sup>1386</sup>.

La construction européenne du droit, notamment avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950<sup>1387</sup> plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme, a conduit « à l'apparition de standards normatifs et de justice supra-nationaux, [et à] l'imbrication des ordres juridiques interne et externe [induisant] un découpage entre communautés politiques et juridiques, lesquelles coïncidaient jusqu'alors »<sup>1388</sup>. En droit pénal français par exemple, le législateur va respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme en modifiant sa loi interne pour l'ajouter et l'harmoniser aux décisions de ce tribunal suprarégional.

Le droit devient aussi l'outil des « protestataires coproducteurs du droit »<sup>1389</sup>. L'inflation législative de ces dernières années en matière pénale, que l'on peut constater dans toutes les démocraties occidentales, montre que le droit pénal subit les influences de plusieurs acteurs ou agents qui le changent et le rendent actuellement incohérent et contradictoire. Dans ce contexte d'incohérence et de contradictions, les États cherchent néanmoins à faire opérer la

---

<sup>1386</sup> Thierry Delpuech, Laurence Dumoulin et Claire de Galember, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014 à la p 130.

<sup>1387</sup> CEDH, *supra* note 80.

<sup>1388</sup> Delpuech, Dumoulin et De Galember, *supra* note 1386 à la p 130.

<sup>1389</sup> *Ibid* aux pp 128-130.

règle de droit efficacement. Ne disons-nous pas que nous vivons dans des États de droit? Identifions quelques-uns de ces acteurs coproducteurs de nouvelles normes pénales.

Le droit pénal postmoderne résulte du pouvoir grandissant du juge pénal dans l'élaboration de normes pénales concurrentes à celles promulguées par l'Etat<sup>1390</sup>. On a affaire à un « *nouveau judge made law* » constitutionnel et supranational. La Cour pénale internationale, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême du Canada et celle des États-Unis sont des lieux d'activisme judiciaire coproducteurs de normes juridiques.

L'opinion publique dicte aussi le contenu de nouvelles normes pénales et cette opinion façonne la loi. L'influence grandissante des victimes d'actes criminels se constate dans « *les processus de pénalisation et de réparation* » qui se manifeste par un durcissement punitif ou qui oriente les procédures vers plus de vérité et moins de justice avec des commissions de vérité et de réconciliation<sup>1391</sup>. La demande populaire réclamant plus de répression est expressément dirigée contre certaines catégories de criminels. À l'égard des récidivistes pour des petits crimes, on demande des peines de très longue durée. On réclame la neutralisation définitive des individus étiquetés comme dangereux selon les appréciations du moment. Les nouvelles menaces terroristes ou autres phénomènes de panique morale (par exemple : les luttes contre la pédophilie ou contre le trafic de stupéfiants) laissent place à une « *démocratie d'émotions* » se substituant à une « *démocratie d'opinions* »<sup>1392</sup>.

Les autorités de poursuite réclament plus de moyens d'enquête et de meilleure qualité tandis que le citoyen aux prises avec le système pénal sollicite davantage de garanties procédurales.

---

<sup>1390</sup> *Ibid* à la p 26.

<sup>1391</sup> *Ibid*.

<sup>1392</sup> Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Giudicelli, dirs, *Un droit pénal post-moderne : Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, coll « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 2009, 17 à la p 25; Hélène Dumont, « Contrer la contre-réforme en matière punitive : Comment s'y prendre et comment repenser la réforme de la pénologie canadienne », dans Patrick Healy et Patrick Molinari, dirs, *Détermination et l'exécution des peines : La pénologie mise en pratique - 2010*, Montréal, ICAJ, 2012.

Cette évolution marquée par des paradoxes et des contradictions est également illustrée par les difficultés de l'État à gérer un contentieux pénal grandissant qui est aussi la résultante de la pénalisation de problèmes sociaux qui pourraient être pris en charge autrement<sup>1393</sup>.

Face à ces transformations et à ces nouvelles demandes à caractère pénal, l'État tente de réagir de manière pragmatique. Cette réaction de l'autorité montre en fait que la mise en œuvre de la norme pénale dans ce contexte inflationniste et erratique est avant tout animée par un souci d'efficacité. Il faut que le système de droit, aussi contradictoire qu'il soit, tienne néanmoins la route!

Ce pragmatisme de l'État postmoderne a une incidence sur la nouvelle réalité de l'aveu dans la procédure pénale et sur l'aveu en tant que preuve et expression de vérité. L'aveu est devenu l'outil de négociation entre la poursuite et l'accusé pour élucider ou évacuer une affaire pénale. Le plaidoyer de culpabilité de *common law* et le nouveau plaider coupable français permettent d'éviter le procès tant en droit de *common law* que maintenant en droit français. Ce pragmatisme ou ce nouvel utilitarisme se heurte toutefois à l'injonction du procès équitable. L'aveu juridique illustre cette tension dialectique entre le souci d'efficacité et le souci de l'équité de la procédure pénale contemporaine. On peut le considérer aujourd'hui comme un outil de conciliation de ces deux intérêts (efficacité et équité) qui paraissent en contradiction et qui ne remédient pas au caractère incohérent de la justice pénale mais en sauve les apparences. Par le recours systématique à l'aveu dans la procédure pénale, l'État cherche tout de même un nouvel équilibre entre ces deux objectifs. C'est une des fonctions principales que l'on fait assumer à l'aveu en cette époque postmoderne.

L'aveu est également devenu un sujet d'étude des nouvelles sciences humaines comme la psychologie et la psychanalyse. La psychanalyse permet de comprendre la dimension inconsciente du sujet avouant et présente un nouveau régime de vérité propre à la discipline mais qui va devenir, au besoin, au service du système pénal. Les règles et les méthodes psychanalytiques d'analyse du sujet avouant peuvent donner une nouvelle crédibilité

---

<sup>1393</sup> *Ibid.*

à l'aveu juridique dans la procédure pénale et asseoir de nouvelles stratégies d'interrogatoires pour obtenir des aveux<sup>1394</sup>.

Bref, nous examinons dans ce chapitre comment l'aveu devient un instrument de conciliation d'une garantie de protection de l'accusé dont son droit au silence, d'une part, d'une garantie d'obtention de vérité de la part du suspect, d'autre part : deux garanties (justice et vérité) recherchées par les autorités de poursuite et de justice dans le processus pénal postmoderne (**Section I**).

Nous montrons ensuite comment dans l'administration de la justice, l'on tente de conférer une crédibilité scientifique nouvelle à l'aveu comme moyen de preuve avec le souci de lui donner un effet probatoire convaincant. Les tribunaux souhaitent faire de l'aveu une preuve exemplaire et exempte de tout reproche tout en voulant faciliter le travail des enquêteurs qui cherchent à l'obtenir pour le règlement efficace des affaires criminelles. Souci d'efficacité, souci d'équité à la fois, mais toujours avec l'objectif de recourir à ce moyen de preuve, toujours considéré idéal et nécessaire dans la procédure pénale contemporaine.

Les enquêteurs développent ou apprennent de nouvelles méthodes scientifiques d'interrogatoire qui empruntent aux nouvelles connaissances émanant des sciences humaines et qui sont censées garantir des aveux fiables et qui peuvent ainsi réduire la durée de l'enquête ou éviter le procès.

Nous voyons également comment l'aveu est devenu un outil autonome de la procédure pénale utilisé dans la plupart des systèmes occidentaux de justice pénale et qui se manifeste dans la généralisation du plaidoyer de culpabilité (ex. *plea bargaining* canadien et le plaider coupable français). Le plaidoyer de culpabilité et l'immixtion de la science dans l'enquête pénale sont des réponses pragmatiques des systèmes de justice en faveur des règlements expéditifs de gestion de leur contentieux pénal au détriment du déroulement complet, et devenu trop lourd, du procès pénal dans sa forme traditionnelle (**Section II**).

---

<sup>1394</sup> Arnold Goldberg, « La psychanalyse postmoderne » (2001) 65:1 Rev Fr Psychanal 259.

## Section I. Aveu et garantisme procédural : concilier le droit au silence et l'objectif de vérité

Aujourd'hui, les systèmes de justice pénale dans les traditions inquisitoire et accusatoire offrent plusieurs garanties censées protéger le justiciable dans la procédure pénale<sup>1395</sup>. Nous examinons, pour les fins de notre propos sur l'aveu, une seule des garanties accordées à l'inculpé, le droit au silence, une garantie commune au droit canadien et au droit français. Le recours systématique à l'aveu est au moins en apparence contradiction avec ce droit fondamental au silence. L'aveu, c'est tout de même l'éloge de la parole et pas l'éloge du silence! Nous présentons dans un premier temps les grandes lignes de ce droit au silence en droit canadien et en droit au français. Ici, il n'est pas question de faire état de tout l'argumentaire jurisprudentiel développé sur l'aveu mais d'illustrer cette tension entre efficacité et équité dans le droit postmoderne (§1).

D'entrée de jeu, disons que ce droit au silence ne doit pas empêcher les autorités de poursuite à mener à terme leur travail d'enquête. Il faut poursuivre les auteurs de crimes mais il faut que cela se fasse d'une manière qui ne soit pas publiquement choquante. Le juge Lamer dans l'affaire *Rothman* avait souligné à propos de la règle des confessions cet objectif d'efficacité. Il vaut toujours y compris dans le contexte de la reconnaissance du droit fondamental au silence :

*[U]ne enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité<sup>1396</sup>.*

Dans un second temps, nous voyons comment les autorités de poursuite et, en particulier, le corps policier, s'adaptent et tentent d'obtenir, à travers l'interrogatoire du suspect, la vérité attendue de lui tout en essayant de respecter la règle des confessions et son

---

<sup>1395</sup> Mentionnons ici le droit au silence et le principe de non-incrimination compris à la fois, comme le principe interdisant de contraindre l'accusé à témoigner contre lui-même et comme une protection contre l'utilisation d'un témoignage antérieur pour incriminer son auteur.

<sup>1396</sup> *Rothman c R*, [1981] 1 RCS 640 à la p 697.

droit au silence. Bref, on cherche et on veut toujours l'aveu mais pour l'obtenir, il faut devenir plus habile et plus professionnel, sauver les apparences et ne pas choquer la collectivité, ne pas offenser la décence publique et ne pas jeter le discrédit sur l'administration de la justice. (§2).

### **§1. Le droit au silence comme rempart à l'aveu**

Nous commençons d'abord par le droit canadien (A) et nous continuons avec le droit français (B).

#### **A) Le droit silence en droit canadien**

Le droit au silence en droit pénal canadien résulte aujourd'hui de la combinaison et de l'interprétation de plusieurs règles de *common law* et de principes constitutionnels : le droit au silence issu de la *common law*, le droit de garder le silence de la *Charte canadienne*, le droit à l'avocat, la règle des confessions issue de la *common law* et enfin, la nouvelle règle de preuve applicable aux confessions obtenues dans le cadre d'opérations policières dites « *Mr. Big* »<sup>1397</sup>. Toutes ces règles visent globalement à protéger l'individu contre l'auto-incrimination, un principe explicatif, complémentaire ou fédérateur de toutes ces règles. Aujourd'hui, on peut parler d'une règle classique des confessions réinterprétée, élargie et enrichie par une règle constitutionnelle des confessions. Il n'y a pas parfaite concordance ou superposition de ces deux règles. La règle constitutionnelle du droit au silence est en partie autonome et peut engendrer l'exclusion d'une autre catégorie de preuve que la confession. Ces deux règles de preuve coexistent; parfois l'interprétation les divorce l'une de l'autre ; parfois la règle constitutionnelle enrichit le sens et la raison d'être de la règle classique des confessions. Bien

---

<sup>1397</sup> La Cour suprême du Canada définit les opérations *Mr. Big* de la manière suivante : « [1] *Lorsqu'une enquête traditionnelle ne permet pas de résoudre un crime grave, les forces policières canadiennes recourent parfois à la technique appelée « Monsieur Big » (en anglais, Mr. Big). L'opération s'amorce par le piège que tendent au suspect des agents banalisés en l'amenant à se joindre à une organisation criminelle fictive de leur cru. Pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, le suspect se lie d'amitié avec les agents. On lui fait valoir que travailler pour l'organisation donne accès à des avantages financiers et permet de créer des liens d'amitié étroits. Il n'y a qu'un seul hic : le chef du gang — familièrement appelé Monsieur Big — décide de l'admission d'un nouveau membre au sein de l'organisation criminelle. [2] Le candidat est finalement convoqué par Monsieur Big à une sorte d'entretien où ce dernier lui parle du crime sous enquête policière et l'interroge à ce sujet. Monsieur Big écarte toute dénégation de culpabilité et exhorte le suspect à passer aux aveux. Au fil des questions posées par son interlocuteur, il devient évident au suspect que, s'il avoue le crime, il remportera le gros lot, soit une place au sein de l'organisation. Dès lors qu'il y a aveu, l'opération prend rapidement fin, puis le suspect est arrêté et inculpé », voir *R c Hart*, 2014 CSC 52 aux paras 1-2.*

entendu, la violation du droit au silence entraîne l'exclusion de la preuve que constitue la confession si elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (art. 24(2) Charte).

Selon la Cour suprême du Canada, la violation du droit constitutionnel au silence peut conduire à un manquement à la règle des confessions<sup>1398</sup>. En substance, le droit constitutionnel au silence confère à l'individu le droit de garder le silence en tout temps (aussi bien lors de l'enquête que lors du procès) face aux autorités étatiques<sup>1399</sup>. Précisons que le droit constitutionnel au silence n'entre en jeu que lorsqu'il y a détention du suspect<sup>1400</sup>. Le droit constitutionnel au silence constitue un principe fondamental protégé par l'article 7 de la Charte canadienne. Ce droit au silence, qui existe dès la détention, n'a pas à être revendiqué<sup>1401</sup>. En effet, les alinéas a) et b) de l'article 10 de la *Charte canadienne* obligent les autorités de police à signifier à la personne détenue ou arrêtée son droit à l'avocat et à l'informer des motifs de son arrestation ou de sa détention. Ces informations doivent être notifiées dès la détention<sup>1402</sup>. Le droit au silence n'interdit pas aux enquêteurs de police de poursuivre leur enquête et de poser des questions à l'individu détenu ou arrêté. Le suspect interrogé par la police dispose d'une liberté totale quant à son choix de parler ou de se taire. Les enquêteurs et les tribunaux ne peuvent tirer aucune inférence de culpabilité résultant de l'exercice de ce droit au silence<sup>1403</sup>. L'individu peut renoncer à ce droit au silence. S'il parle, cette option ne l'autorise pas à mentir aux représentants de l'État. La personne interrogée qui parle et qui ment effrontément peut être poursuivie pour entrave à la justice sur le fondement de l'article 139 C cr<sup>1404</sup> et celle-ci n'est pas à l'abri d'être exposée à sa déclaration

---

<sup>1398</sup> *R c Singh*, 2007 CSC 48 au para 37.

<sup>1399</sup> *Ibid* au para 32, voir aussi article 10 b) de la *Charte canadienne*.

<sup>1400</sup> *R c Turcotte*, 2005 CSC 50 au para 51.

<sup>1401</sup> *R c Hebert*, [1990] 2 RCS 151 au para 44.

<sup>1402</sup> *R c Suberu*, 2009 CSC 33 au para 59.

<sup>1403</sup> *R c Turcotte*, 2005 CSC 50 au para 52 et *R c Noble*, [1997] 1 RCS 874 aux paras 71-75. Voir toutefois Sylvain Leboeuf, *Le rôle du droit au silence de l'accusé en droit comparé*, thèse de doctorat, Québec, Université Laval, 2010, non publiée.

<sup>1404</sup> Art 139 C cr, voir toutefois *R c Dosanjh*, 2006 BCPC 449 au para 69 : « *There may be a live question as to whether, post-Charter, the telling by an accused of a deliberate falsehood to the police is an obstruction of justice. However, based upon the cases cited, including Hearn, I am satisfied that whether or not there may be a Charter challenge available to a suspect who is himself charged with obstruction by lying to the police, the counselling of a suspect to lie to the police, committed by a third party, constitutes the actus reus of the offence under this section.* »

contradictoire ou mensongère admissible en preuve. Si elle choisit de témoigner, assermentée, dans son propre procès, elle peut être contredite avec cette confession admise en preuve et peut même par la suite être accusée de parjure ou d'avoir fait des déclarations contradictoires.

La règle des confessions de *common law* ne protège pas, quant à elle, le droit au silence de l'individu. Mais la violation du droit constitutionnel au silence peut être une circonstance pertinente d'appréciation pour vérifier si les déclarations faites aux représentants de l'État ont été volontairement et librement prononcées, c'est-à-dire sans menace ou promesse, dans un état d'esprit conscient et en dehors de tout climat d'oppression<sup>1405</sup>. Il appartient à la poursuite de démontrer hors de tout doute raisonnable que la confession a été faite librement et volontairement. En plus des critères que nous venons d'énoncer, la règle des confessions modernisée par l'arrêt *Oickle* protège également le déclarant qui a fait des déclarations libres et volontaires de certaines ruses que les représentants de l'État auraient mises en œuvre afin d'obtenir un aveu<sup>1406</sup>.

Enfin, une nouvelle règle de preuve issue des opérations « *Mr Big* » protège également le suspect qui aurait prononcé des aveux à des agents de l'État banalisés se faisant passer pour des membres d'une organisation criminelle. Cette nouvelle règle de preuve est précisée dans une décision *R c Hart* de la Cour suprême du Canada<sup>1407</sup>. En substance, les aveux obtenus lors

---

<sup>1405</sup> Voir *Oikle*, *supra* note 10 au para 1. Dans cette affaire, le dénommé Oickle était suspecté d'avoir incendié quatre immeubles et deux véhicules en Nouvelle Écosse. La police avait demandé à plusieurs suspects de se soumettre à un test polygraphique. Oickle qui faisait partie de cette liste de suspects, après quelques hésitations avait fini par accepter de participer à ce test. Préalablement à ce test, Oickle a été informé de ses droits et même de celui de s'en aller en tout temps. Il lui a même été précisé que le résultat de ce test n'était pas admissible en preuve et que toute déclaration faite le serait. À la suite de ce test, Oickle a été informé par l'agent qui lui a administré le test qu'il avait échoué. Il lui a rappelé ses droits et a commencé à l'interroger. Une heure trente plus tard Oickle a reconnu être l'auteur d'un incendie. Il a fait l'objet d'une arrestation et conduit au poste de police où l'interrogatoire s'est poursuivi. Oickle a finalement reconnu avoir allumé sept des huit incendies. Ses confessions ont été jugées admissibles en preuve en première instance. En appel, la Cour d'Appel de la Nouvelle-Écosse a reproché à la police une certaine absence de clarté quant aux conséquences juridiques résultants du test polygraphique ainsi que d'avoir procédé à de multiples encouragements pour que le suspect fasse des confessions. La Cour suprême a considéré que les confessions faites par Oickle étaient admissibles et a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le premier juge.

<sup>1406</sup> Voir *Ibid* pour les faits d'Oickle et sur la règle canadienne des confessions, voir Steven Penney, Vincenzon Rondinelli et James Stribopoulos, *Criminal procedure in Canada*, Markham (Ont), LexisNexis, 2011 aux pp 272-297.

<sup>1407</sup> *R c Hart*, 2014 CSC 52.



de ces opérations policières sont présumés inadmissibles en preuve<sup>1408</sup>. Il s'agit d'une présomption réfragable que la Couronne peut renverser par prépondérance des probabilités:

*Lorsque l'État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive de son cru et qu'il tente d'obtenir d'elle un aveu, l'aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans ce contexte, la valeur probante de l'aveu tient à sa fiabilité. Son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité qui doit être admise afin de situer dans leur contexte l'opération et l'aveu obtenu. Si le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que l'aveu de l'accusé est admissible, les autres éléments de preuve liés à l'opération Monsieur Big deviennent non pertinents et sont donc inadmissibles. À l'instar de la règle des confessions qui s'applique à l'interrogatoire de police classique, cette règle apporte une restriction spécifique à l'exception à la règle du oui-dire qui vaut pour les déclarations de l'intéressé<sup>1409</sup>.*

Afin de déterminer la valeur probante d'un aveu résultant d'une opération « Mr Big », la Cour suprême rappelle que celle-ci découle de sa fiabilité<sup>1410</sup> :

*Quels sont les éléments à considérer dans l'appréciation de la fiabilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big? Il est sans doute possible d'établir un parallèle avec la détermination du « seuil de fiabilité » dans le cadre de l'approche raisonnée qui s'applique en matière de oui-dire. Suivant cette approche, le oui-dire est admissible s'il est à la fois nécessaire et fiable. La fiabilité peut généralement être établie de deux manières : démontrer que la déclaration est digne de foi ou que cette fiabilité peut être suffisamment vérifiée au procès (R. c. Khelawon, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 61-63). Dans ce dernier cas, la vérification s'entend souvent de la possibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration au procès, ce qui n'est pas possible dans le cas considéré en l'espèce puisque l'accusé n'est pas un témoin contraignable.*

[...]

*Le caractère persuasif de l'aveu tient au fait qu'il va à l'encontre de l'intérêt de l'accusé. Les gens n'avouent habituellement pas des crimes qu'ils n'ont pas commis (Hodgson, par. 60). Or, les circonstances dans lesquelles l'aveu est obtenu lors d'une opération Monsieur Big peuvent réfuter cette affirmation. Dès lors, pour savoir si l'aveu est digne de foi, il faut d'abord se pencher sur ces circonstances et déterminer dans quelle mesure elles mettent en doute la fiabilité de l'aveu. Au nombre de ces circonstances, mentionnons la durée de l'opération, le nombre d'interactions entre les policiers et l'accusé, la nature de la relation qui s'est tissée entre les agents et l'accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de*

---

<sup>1408</sup> *Ibid* au para 85.

<sup>1409</sup> *Ibid*.

<sup>1410</sup> *Ibid* au para 99.

*l'interrogatoire, ainsi que la personnalité de l'accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale.*

*[...]*

*Après examen des circonstances, le juge doit rechercher dans l'aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte de la mesure dans laquelle l'aveu est détaillé, du fait qu'il mène ou non à la découverte d'autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public (p. ex., l'arme du crime) ou du fait qu'il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l'accusé n'aurait pas connues s'il n'avait pas commis le crime (p. ex., la présence ou l'absence d'objets particuliers sur le lieu du crime). Une preuve de corroboration n'est pas absolument nécessaire, mais lorsqu'elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l'aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l'aveu même ou dans l'ensemble de la preuve<sup>1411</sup>.*

Le juge doit rechercher les éléments de fiabilité dans les circonstances qui ont entouré la confession. Pour rehausser cette fiabilité, il doit en plus identifier dans le dossier tout élément susceptible de corroborer la confession à l'instar de l'approche raisonnée applicable en matière d'admissibilité du oui-dire<sup>1412</sup>. Par exemple, on pourra retenir comme indice de fiabilité supplémentaire, le fait que la confession contient des informations inédites que seul le locuteur pouvait connaître<sup>1413</sup>. L'enregistrement audio-visuel de cette confession permet de rechercher et de mieux apprécier ces indices.

La valeur probante de la confession sera mise en balance avec son effet préjudiciable puisque la confession « *Mr Big* » contient nécessairement des preuves de mauvaise moralité<sup>1414</sup>. Les directives au jury prennent ici toute leur importance<sup>1415</sup>. Enfin, le juge du procès peut également écarter un aveu « *Mr Big* » admissible si son admission « *compromet l'équité du procès* ».

---

<sup>1411</sup> *Ibid* para 100-103.

<sup>1412</sup> *R c Khelawon*, [2006] 2 RCS 787 para 42-46 et 50-56.

<sup>1413</sup> *Perreault c R*, 2015 QCCA 694 para 75-78.

<sup>1414</sup> *R c Hart* supra note 1405 au para 73-77, voir para 74 : « *La preuve de mauvaise moralité inflige un préjudice de deux manières. D'abord, elle cause un « préjudice moral » en entachant la réputation de l'accusé aux yeux des jurés, de sorte qu'ils risquent de s'appuyer sur la prédisposition générale de l'accusé pour conclure qu'il est coupable ou qu'il mérite d'être puni de toute façon (Handy, par. 31). De plus, elle inflige un « préjudice par raisonnement » en ce qu'elle détourne l'attention du jury pour la reporter sur des actes répréhensibles qui n'ont rien à voir avec l'accusation (ibid.). Comme le dit la Cour dans Handy, on ne saurait douter que la preuve de mauvaise moralité peut avoir des « effets pernicieux » (par. 138) ».*

<sup>1415</sup> *Ibid* para 51-55.

Outre des directives portant sur les risques d'une confession « *Mr Big* », il appartient au juge, dans le cas d'un procès avec juge et jury d'instruire le jury sur le fardeau de persuasion, à savoir sur la notion de doute raisonnable. La Cour suprême, conscient des difficultés liées à la définition d'un tel concept, a choisi dans une décision *Lifchus* de l'expliquer et non de le définir<sup>1416</sup>. Selon la Cour, les jurés doivent être en mesure de comprendre la « *charge qui incombe au ministère public* », à savoir son fardeau de persuasion pour éviter notamment les erreurs judiciaires :

*La charge qui incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence. Il est d'une importance fondamentale pour notre système de justice pénale que les jurés comprennent clairement le sens de cette expression. Il s'agit de l'une des principales mesures de protection visant à éviter qu'un innocent soit déclaré coupable. Les affaires Marshall, Morin et Milgaard sont un constant rappel que notre système, malgré toutes les mesures de protection qu'il comporte en faveur de l'accusé, peut néanmoins donner lieu à des erreurs tragiques. L'objectif de la justice pénale doit être la tenue d'un procès équitable. Il ne peut y avoir de procès équitable si les jurés ne comprennent pas clairement le concept de base et fondamentalement important de la norme de preuve que le ministère doit respecter pour obtenir une déclaration de culpabilité<sup>1417</sup>.*

Les directives explicatives devraient être les suivantes :

*Il serait peut-être utile de résumer ce que la définition devrait et ne devrait pas contenir. Les explications suivantes devraient être données:*

- *la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;*
- *le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé;*
- *un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;*
- *il repose plutôt sur la raison et le bon sens;*
- *il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve;*
- *la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole;*
- *il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit acquitter l'accusé.*

---

<sup>1416</sup> *R c Lifchus*, [1997] 3 RCS 320.

<sup>1417</sup> *Ibid* para 13.

37 Par contre, certaines mentions concernant la norme de preuve requise doivent être évitées. Par exemple:

- le fait de décrire l'expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire, qui n'a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;
- le fait d'inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu'ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
- le fait d'assimiler preuve «hors de tout doute raisonnable» à une preuve correspondant à la «certitude morale»;
- le fait de qualifier le mot «doute» par d'autres adjectifs que «raisonnable», par exemple «sérieux», «substantiel» ou «obsédant», qui peuvent induire le jury en erreur;
- le fait de dire aux jurés qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont «sûrs» de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots «hors de tout doute raisonnable»<sup>1418</sup>.

Ces explications révèlent une approche rationaliste de la preuve. Il est notamment demandé aux jurés de faire fi de tout sentiment fondé sur la sympathie et de tout préjugé, des sentiments qui pourraient neutraliser l'abondance de preuves incriminantes ou suppléer à l'insuffisance de preuves. On demande au jury de se fonder seulement et exclusivement sur la preuve soumise à leur attention en s'appuyant sur leur raison. On demande également au juge d'éviter l'emploi de l'expression « certitude morale » dans ses instructions au jury comme expression équivalente au fardeau hors de tout doute raisonnable. Cela mérite un commentaire. On a vu que les juges anglais s'attribuaient une obligation éthique et morale de rechercher la vérité et de parvenir à un verdict en leur âme et conscience et attribuaient aux jurés anglais la même obligation éthique, certains disaient qu'elle était d'essence religieuse. La Cour suprême canadienne commande aux jurés, des profanes, d'être de purs êtres rationnels et raisonnables. La « certitude morale » devient une expression sujette à caution. Il ne faut plus inciter les jurés à juger en leur âme et conscience de façon explicite. L'acte de juger est un acte rationnel expurgé de sa dimension morale. En cela, on peut dire que le droit canadien postmoderne paraît avoir ou a dorénavant une approche rationaliste de la preuve.

L'expression « intime conviction » pour décrire le fardeau de persuasion du droit pénal français pour parvenir à un verdict de culpabilité mérite un commentaire au regard de l'expression hors de tout doute raisonnable du droit canadien. On a toujours évité de définir

---

<sup>1418</sup> *Ibid* para 36-37.

l'expression « intime conviction » en droit français, dans un régime de liberté de preuves et dans un système où les juges font figure d'autorité lorsqu'ils jugent avec un jury. Mais cette expression ne semble pas très éloignée de la « certitude morale » que le droit canadien vient d'éradier de son vocabulaire pour décrire le fardeau hors de tout doute raisonnable. L'expression française est peut-être moins explicitement chargée de contenu moral mais renvoie, d'après la doctrine, au degré de persuasion que les juges et jurés doivent atteindre pour accomplir un « acte responsable », celui de juger et de parvenir à un verdict de culpabilité. En droit pénal français, la morale est recyclée dans une éthique de responsabilité, une manière de séculariser un jugement pénal, autrefois un jugement d'essence Divine. En droit canadien, la morale intime des jurés est devenue synonyme de danger d'irrationalité de leur part; le juge doit les diriger pour qu'il n'utilise que leur raison, la conviction morale est devenue suspecte chez le profane. En cela, les juges professionnels dans les deux systèmes contrôlent la vérité et la justice et font preuve d'autorité.

Revenons au sujet de la confession à titre de preuve dans le droit pénal canadien. La confession, quelle qu'elle soit, doit donc être analysée rationnellement lorsqu'elle devient une preuve dans le procès. Le juré doit se limiter à s'interroger sur le fait de savoir si elle permet de lier l'accusé au crime ce qui revient à se poser la question de savoir si la confession est vraie ou non, réponse qui se fondera, on peut le supposer, davantage sur les indices de fiabilité extrinsèque et intrinsèque de la confession. Cette démarche va au-delà du simple examen du caractère libre et volontaire de la confession. La confession devient une preuve dont on apprécie la force probante et l'impact sur le verdict.

En résumé, toutes ces considérations émanant de la Cour suprême canadienne autour des confessions de l'inculpé et de son droit au silence, depuis la *Charte* de 1982, sont inspirées par la reconnaissance d'une protection générale contre l'auto-incrimination. On peut également constater que, dans ce contexte, la Cour suprême est devenue plus rationaliste ; elle a aussi créé une nouvelle règle de preuve qui s'associe moins à la règle historique des confessions qu'au critère général d'exclusion du ouï-dire comme preuve non fiable. La Cour suprême est maintenant non seulement préoccupée par le caractère libre et volontaire des confessions, mais elle est aussi préoccupée par le risque de recevoir en preuve de fausses confessions, une préoccupation que John Henry Wigmore avait déjà à l'esprit. Le caractère

fiable ou non fiable d'une confession devient une question d'admissibilité de la preuve selon l'arrêt *Hart*.

## **B) Le droit au silence en droit français**

Précisons qu'il n'existe pas en droit français un principe de non-incrimination comme il est entendu en droit canadien, à savoir comme étant à la fois un principe interdisant de contraindre l'accusé à témoigner sous serment contre lui-même dans son propre procès<sup>1419</sup> et une protection contre l'utilisation d'un témoignage antérieur pour incriminer son locuteur ultérieurement dans son propre procès<sup>1420</sup>.

Pour répondre aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur français, par une loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et la protection des victimes<sup>1421</sup>, a rappelé le droit pour toute personne suspectée ou poursuivie d'être informée des charges qui pèsent contre elle<sup>1422</sup>. Elle a aussi droit à un avocat. De la même manière et toujours pour se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur français a introduit le droit au silence au bénéfice de toute personne impliquée dans une procédure. Ce droit au silence consiste en un droit de se taire, compris comme le droit de ne pas répondre aux questions des enquêteurs, du juge d'instruction ou du juge<sup>1423</sup>. Ce droit au silence existe en effet à tous les stades de la procédure (garde à vue, phase d'instruction et lors du procès) en vertu d'une loi du 27 mai 2014<sup>1424</sup>.

Une personne placée en garde à vue, en vertu de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, doit être immédiatement informée de son placement en garde à vue et de sa durée, y compris des prolongations dont elle peut faire l'objet<sup>1425</sup>. L'officier de police judiciaire doit

---

<sup>1419</sup> Art 11c) de la *Charte canadienne*.

<sup>1420</sup> Art 13 de la *Charte canadienne* et art 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5.

<sup>1421</sup> *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, JO, 16 juin 2000, 9038, texte n° 1.

<sup>1422</sup> Art préliminaire, §3 C proc pén fr.

<sup>1423</sup> Art 63-1 ancien, C proc pén fr.

<sup>1424</sup> *Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (I)*, JO, 28 mai 2014, 8864, texte n° 2.

<sup>1425</sup> La durée de la garde à vue ne peut excéder 24 heures mais elle peut être prorogée sur autorisation écrite et motivée du procureur de la république d'un autre délai de 24 heures (art 63-II, al 1 C pro pén fr). Exceptionnellement, en matière de criminalité et de délinquance organisées, deux tranches de 24 heures peuvent

également informer la personne gardée à vue de la qualification, de la date et du lieu présumé de l'infraction dont elle est soupçonnée. Il doit aussi informer la personne gardée à vue de son droit d'être assistée par un avocat et enfin de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. Un avocat peut assister la personne gardée à vue pendant toute la durée de cette mesure. L'avocat qui assiste le gardé à vue ne peut intervenir directement lors de l'interrogatoire. Toutefois, il peut présenter des observations écrites à la fin de l'interrogatoire et consigner par écrit les questions refusées par l'officier de police judiciaire à la suite de ses demandes<sup>1426</sup>. Ces notes sont insérées dans le dossier de procédure. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précise qu'un jury ne peut tirer une conclusion en défaveur de l'accusé en raison de l'exercice de son droit au silence<sup>1427</sup>.

Compte tenu du principe de l'intime conviction qui reste un corollaire fondamental de la libre appréciation des preuves, nous voyons mal comment un jury français peut s'abstenir de tirer des inférences défavorables du silence de l'inculpé et ce, malgré la consécration du droit au silence. Comment alors comprendre ce nouveau droit au silence dans la tradition inquisitoire française? À notre avis, le droit de se taire doit être envisagé comme une extension du droit de parler en n'étant pas lié par le serment, un droit à la parole libre et déliée qui comprendrait le droit de se taire. Dans la tradition inquisitoire, on postule que l'accusé surveille ses propres intérêts dans la procédure d'où sa parole libre et non assermentée, d'où son silence dorénavant. Il dispose donc d'un droit de ne pas dire la vérité puisqu'il n'a pas à prêter serment lors de sa garde à vue ou lors de son audition devant le juge d'instruction. Il a même le droit de mentir à l'audience s'il décide de témoigner. Il ne risque aucune conséquence juridique pouvant résulter de ses mensonges.

Au XIX<sup>ième</sup> siècle, un juge américain considérait que le silence du défendeur « will and inevitably must create a presumption against him, even if every page of a statute-book

---

être ajoutées au délai de droit commun. La garde à vue peut donc durer jusqu'à 96 heures (art 706-88 al 1 et 6 C pro pén fr). Enfin en matière de terrorisme, à ce délai de quatre jours, le juge de la liberté et de la détention peut ajouter deux tranches supplémentaire de 24 heures pour une durée totale de 6 jours (art 706-88-1 C proc pén fr).

<sup>1426</sup> Art 63-4-3 C proc pén fr.

<sup>1427</sup> *Condron c Royaume-Uni* (2000), 2000-V Recueil des arrêts et décisions 31 (CEDH).

contained a provision that it should not »<sup>1428</sup>. Dans la tradition de *common law* canadienne, les avocats de la défense sont bien au fait qu'une inférence de culpabilité peut découler du silence de l'accusé. D'ailleurs un bon avocat de la défense sait que cette inférence peut être irrésistible pour le jury même si le juge et la poursuite ne peuvent explicitement inviter le jury à tirer cette inférence défavorable du silence de l'accusé. Par conséquent, si cette inférence devient irrésistible de l'avis du bon avocat de la défense, il va conseiller à l'accusé de témoigner dans sa propre cause. Lui seul paraît en mesure de fournir une explication disculpatoire susceptible de susciter un doute raisonnable et de contrer cette inférence de culpabilité qui découle de la preuve incriminante non contredite. Rester silencieux n'est pas toujours un bon conseil. Ne pas commenter le silence de l'accusé au Canada comme en France, n'a jamais empêché de tirer des inférences défavorables de la part du jury dans certaines circonstances. Mentionnons ici que le droit anglais avec le *Criminal Justice and Public Order Act 1994* permet, sous certaines conditions, l'admissibilité en preuve du silence de l'accusé exercé lors de l'interrogatoire policier ou lors du procès à des fins de culpabilité<sup>1429</sup>.

Le droit pour l'accusé de surveiller ses intérêts dans la procédure pénale française en n'étant pas assermenté, serait-ce finalement une façon toute inquisitoire de le protéger contre l'auto-incrimination? Le statut de l'accusé dans la procédure accusatoire ou dans la procédure inquisitoire diffère historiquement par leur gestion distincte du serment de l'accusé. En droit anglais et canadien, un accusé est devenu incontraignable. Qu'il choisisse de témoigner assermenté ou qu'il ne témoigne pas, il ne peut mentir. En droit français, un accusé qui témoigne est non assermenté. Il peut dire sa vérité, mentir et se taire. Prendre solennellement Dieu ou l'autorité constituée à témoin, reste une garantie de « *dire la vérité* » ou impose une obligation de vérité. Ce vieux fond religieux (et solennel) du serment est encore très tenace dans les traditions inquisitoire et accusatoire postmodernes.

---

<sup>1428</sup> Seth Ames, « Testimony of Persons Accused of Crimes » (1867) 1 Am Law Rev 443 à la p 445, cité par Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, *supra* note 11 à la p 204.

<sup>1429</sup> (R-U), 1994, c 33. Voir les articles 34 à 39. Nous renvoyons sur cette question à Sylvain Leboeuf, *Le rôle du droit au silence de l'accusé en droit comparé supra* note 1401, pp 209-281.



## §2. Le maintien de l'obligation de vérité par l'aveu malgré l'existence d'un droit au silence : les spectres de la fausse confession et de l'erreur judiciaire

Comme le mentionne la Cour suprême du Canada, le droit au silence ne signifie pas que « *quelqu'un a le droit de ne pas se faire adresser la parole par les autorités de l'État* »<sup>1430</sup>. La Cour ajoute :

*On ne saurait douter de l'importance que l'interrogatoire revêt dans le travail d'enquête des policiers. On comprendra aisément qu'il serait difficile pour la police d'enquêter sur un crime sans poser de questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d'avoir commis le crime à l'origine de l'enquête ne fait pas exception. Du reste, s'il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l'épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l'importance de l'interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles*<sup>1431</sup>.

Depuis le XX<sup>ième</sup> siècle, tous les corps de police ont développé des méthodes « professionnelles » et « scientifiques » d'obtenir des aveux. Donnons quelques exemples de ces techniques d'interrogatoire qui ont notamment fait l'objet de discussions ou de critiques par les tribunaux. Au début du XX<sup>ième</sup> siècle, la police américaine avait développé et pratiquait une méthode d'interrogatoire dite « *the third degree method* »<sup>1432</sup>. Elle consistait à interroger le suspect de manière musclée en exerçant une pression psychologique intense et même physique sur lui<sup>1433</sup>. Ce procédé serait apparu lors de la guerre anglo-américaine de 1812 et de la guerre de Sécession (1861-1865)<sup>1434</sup>. Bien évidemment, cette méthode d'interrogatoire a été dénoncée en raison des fausses confessions obtenues et des erreurs judiciaires auxquelles elle a pu conduire<sup>1435</sup>. Mais elle a duré et fait son temps; on en avait besoin en ces temps de guerres. Autre époque, même besoin, même stratégie, pourrait-on dire. Le retour aux interrogatoires musclés qui va jusqu'à la torture si nécessaire est tout à fait postmoderne. Les Chartes ou documents internationaux deviennent encombrants s'il s'agit de combattre le

---

<sup>1430</sup> *R c Singh*, 2007 CSC 48 au para 28.

<sup>1431</sup> *Ibid.*

<sup>1432</sup> Jerome Frank, *Courts on Trial*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1949 à la p 100.

<sup>1433</sup> Brian R Gallini, « Police "Science" in the Interrogation Room: Seventy Years of Pseudo-Psychological Interrogation Methods to Obtain Inadmissible Confessions » (2010) 61:3 *Hastings LJ* 529 à la p 546.

<sup>1434</sup> Thomas et Leo, *Confessions*, *supra* note 95 à la p 112.

<sup>1435</sup> Steven Smith, Veronica Stinson et Marc Patry, « Confession Evidence in Canada : Psychological Issues and Legal Landscapes » (2012) 18:3 *Psychol Crime Law* 317 aux pp 322-323.

terrorisme de l'heure. Nombreuses sont les démocraties qui ont fait des lois d'exception et modifié leur procédure d'enquête et de détention afin de faciliter le travail des enquêteurs dans l'obtention d'aveux de présumés terroristes. On peut attester de la réapparition de la pratique de la torture depuis le 11 septembre 2001 aux Etats-Unis. Officiellement, les Ministères de la Justice et de la Défense ont justifié et expliqué en détails les méthodes de torture auxquelles les enquêteurs pouvaient avoir recours et ont donné leur aval à ces pratiques cruelles et qui ont toujours donné lieu, depuis toujours, à des erreurs judiciaires<sup>1436</sup>. Ces pratiques démontrent qu'il est toujours possible de revenir à la « *vérité du corps supplicié* ». Le passé n'est pas garant de l'avenir en matière d'aveux sous la torture. Il y a toujours eu un droit d'exception pour la cause d'exception du jour.

Toutes les démocraties occidentales ont néanmoins eu recours à des techniques d'interrogatoires musclées tout au long du XX<sup>ième</sup> siècle pour requérir des aveux dans les affaires criminelles ordinaires. Avec les nouvelles garanties énoncées dans des Chartes ou autres instruments internationaux, les corps policiers de France comme du Canada ont dû se doter de règles et de pratiques professionnelles et scientifiques avec lesquelles ils ont voulu paraître préserver le droit au silence du suspect et assurer l'efficacité de leurs enquêtes policières. Il faut chercher et obtenir des aveux dans l'administration de la justice pénale d'aujourd'hui. Les aveux restent utiles mais il faut que leur obtention et leur réception en preuve paraissent mieux. Parmi ces règles réputées de conduite policière convenable, figure aujourd'hui la lecture des droits que les policiers font aux suspects avant de procéder à l'interrogatoire. Cette lecture intervient généralement lorsque le suspect fait l'objet d'une détention (ou d'une garde à vue) ou encore d'une arrestation. Le suspect est informé des raisons pour lesquelles il fait l'objet d'une telle mesure. On l'avertit aussi de son droit au silence et de son droit à l'avocat<sup>1437</sup>.

---

<sup>1436</sup> Dana Carver Boehm, « Waterboarding, Counter-resistance, and the Law of Torture: Articulating the Legal Underpinnings of U.S. Interrogation Policy » (2009) 41 U Tol L Rev 1.

<sup>1437</sup> Smith, Stinson et Patry *supra* note 1435 à la p 320. Voir pour le Canada les alinéas a) et b) de l'article 10 de la *Charte canadienne*, pour la France l'article 64-1 du C proc pén fr, pour les Etats-Unis le *Miranda warning* issu de l'arrêt *Miranda v Arizona*, 384 US 436 (1966) de la Cour suprême des Etats-Unis.

En dépit de ces avertissements obligatoires qui ne sont pas toujours clairement compris par les justiciables<sup>1438</sup> et qui donnent tout de même des aveux, les enquêteurs ont continué de parfaire leurs techniques d'interrogatoires dans un contexte de Charte ou de Convention européenne des droits de l'homme. Au Canada par exemple, les enquêteurs de police ont fait usage de plusieurs stratégies d'interrogatoire susceptibles de créer une pression psychologique sur les suspects afin qu'ils avouent. Ils ont mis en place des ruses, des pièges, fait usage du mensonge, employé des menaces plus insidieuses et ont eu recours à plusieurs sortes de promesses, le tout aux fins d'obtenir des aveux qui passeraient le test de recevabilité des tribunaux. Dans la décision *R c Oickle*<sup>1439</sup>, la Cour suprême va jusqu'à préciser aux enquêteurs comment réussir leurs interrogatoires pour obtenir le résultat escompté. À l'instar d'un Manuel d'inquisiteur, elle leur dit ce qu'ils sont en droit de faire et ce qu'ils ne peuvent pas faire<sup>1440</sup>. Bref, la Cour admet le principe que l'interrogatoire policier puisse être corsé jusqu'à la limite de la coercition, certains diront jusqu'au-delà de la coercition dénoncée par l'historique règle des confessions. En d'autres mots, la Cour reste très préoccupée par le succès des enquêtes policières si la conduite policière ne leur apparaît pas trop grossière et franchement choquante. Il y a un sauf conduit pour les aveux habilement et professionnellement obtenus.

Toutes ces règles et autres garanties prétendent prévenir les fausses confessions et les erreurs judiciaires qui peuvent en découler. En matière d'aveu, comme le rappelle d'ailleurs la Cour suprême du Canada, les études montrent que la grande majorité des personnes « *ont du mal à croire qu'une personne puisse faire une fausse confession* »<sup>1441</sup>. Dans sa décision *Oickle*, la Cour rappelle la nombreuse littérature qui s'est penchée sur le sujet des fausses confessions<sup>1442</sup>. Il s'agit d'ailleurs des mêmes ouvrages et articles recensés par les auteurs

---

<sup>1438</sup> Smith, Stinson et Patry *supra* note 1435 à la p 312. Voir aussi Timothy Moore « "You can talk if you want to": Is the Police Caution on the "Right to Silence" Understandable? » (2007) 51 C.R. (6th) 233, p 9.

<sup>1439</sup> *R c Oickle*, [2000] 2 RCS 3 *supra* note 1406.

<sup>1440</sup> *Ibid* aux paras 48-57.

<sup>1441</sup> *Ibid*, para 34. La Cour s'appuie sur l'étude suivante Saul M Kassin et Lawrence S Wrightsman, «Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts» (1981), 11 J Applied Soc Psychol 489

<sup>1442</sup> *Ibid*, para 35 « *Toutefois, cette intuition n'est pas toujours fondée. Il existe une abondante littérature documentant des centaines de cas de confessions dont la fausseté a été établie par une preuve génétique, par la confession ultérieure du véritable auteur du crime ou d'autres sources indépendantes de preuve de cette nature. Voir, par exemple, R. A. Leo et R. J. Ofshe, «The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation» (1998), 88 J. Crim. L. & Criminology 429 (ci-après Leo & Ofshe (1998)); R. J. Ofshe et R. A. Leo, «The Social Psychology of Police Interrogation: The*

français qui s'intéressent à la question des faux aveux<sup>1443</sup>. Phénomène prétendument rares, les faux aveux existent. La Cour suprême du Canada précise à cet égard que ce risque même infime doit être pris en considération :

*L'une des préoccupations dominantes du système de justice pénale est d'éviter qu'une personne innocente soit déclarée coupable: voir, par exemple, R. c. Mills, 1999 CanLII 63(CSC), [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71; R. c. Leipert, 1997 CanLII 367 (CSC), [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 4. Compte tenu du rôle important que jouent les fausses confessions lorsque des innocents sont déclarés coupables, la règle des confessions doit tenir compte des raisons pour lesquelles de fausses confessions sont faites. Sans suggérer que toute confession faisant intervenir les éléments dont je vais parler ci-après devrait automatiquement être écartée, je vais m'efforcer de bien situer le contexte de la synthèse de la règle des confessions que je fais dans la prochaine section<sup>1444</sup>.*

La Cour suprême du Canada affirme s'être fondée sur les études scientifiques pour établir la règle moderne des confessions<sup>1445</sup>. En prenant en compte ces études, la Cour a conscience de l'impact qu'une confession admise en preuve peut avoir sur le verdict. Cette préoccupation de l'erreur judiciaire fondée sur des fausses confessions, on la retrouve également dans une décision *États-Unis c. Burns* de 2001. Il s'agit d'une affaire d'extradition de nationaux canadiens vers les États-Unis pour qu'ils soient jugés pour trois chefs de meurtre

---

*Theory and Classification of True and False Confessions» (1997), 16 Stud. L. Pol. & Soc. 189 (ci-après Ofshe & Leo (1997)); R. J. Ofshe et R. A. Leo, «The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action» (1997), 74 Denv. U. L. Rev. 979 (ci-après Ofshe & Leo (1997a)); W. S. White, «False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions» (1997), 32 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 105; G. H. Gudjonsson et J. A. C. MacKeith, «A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type» (1990), 30 Med. Sci. & L. 329 (ci-après Gudjonsson & MacKeith (1990)); G. H. Gudjonsson et J. A. C. MacKeith, «Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects» (1988), 28 Med. Sci. & L. 187 (ci-après Gudjonsson & MacKeith (1988)); H. A. Bedau et M. L. Radelet, «Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases» (1987), 40 Stan. L. Rev. 21 ».*

<sup>1443</sup> Patrick le Bihan et Michel Bénézech, « Psychologie des faux aveux : données classiques et contemporaines » (2013) *Annales Médico-Psychologiques* 171, pp 468-475.

<sup>1444</sup> *R c Oickle*, [2000] 2 RCS 3 *supra* note 1406 para 36.

<sup>1445</sup> *Ibid* para 32 : « Comme il a été mentionné, notre Cour n'a pas examiné récemment la portée précise de la règle des confessions. Nous avons plutôt précisé plusieurs éléments de la règle, sans jamais toutefois les intégrer en un tout cohérent. J'estime qu'il est important de reformuler la règle, et ce pour deux raisons. La première est la diversité des approches qui continuent d'être suivies, comme en témoignent les décisions des juridictions inférieures en l'espèce. La deuxième raison, qui est peut-être aussi la plus importante, est notre meilleure compréhension du problème des fausses confessions. Comme je vais l'expliquer plus loin, la règle des confessions s'attache à la question du caractère volontaire, considérée au sens large. Une des principales raisons de cette préoccupation est le fait que les confessions non volontaires risquent davantage que les autres de ne pas être fiables. La règle des confessions devrait tenir compte des techniques d'interrogatoire qui produisent généralement de fausses confessions, afin d'éviter les erreurs judiciaires en découlant ».

avec circonstances aggravantes et entraînant la mort. La Cour suprême a annulé l'arrêté d'extradition du Ministre canadien en raison du fait que ce dernier n'avait pas pris les assurances nécessaires quant à la non-application de la peine capitale aux criminels présumés. La Cour suprême s'appuie dans sa décision et ce, dès le premier paragraphe, sur le risque d'erreur judiciaire. On pourrait même soutenir que l'existence d'un risque d'erreur judiciaire ait présidé au raisonnement des juges dans cette décision :

*Il faut accepter la possibilité que l'application d'un système juridique puisse entraîner des erreurs. La caractéristique particulière de la peine capitale est que, s'il y a erreur, celle-ci ne peut être corrigée. Au cours des dernières années, grâce en partie aux progrès réalisés en médecine légale, notamment dans le domaine des analyses génétiques, les tribunaux et les gouvernements, tant au Canada qu'à l'étranger, ont dans un certain nombre de cas reconnu que des personnes avaient été déclarées à tort coupables de meurtre, malgré toutes les garanties rigoureuses qui ont été mises en place pour protéger les innocents. De tels cas sont rares au Canada, mais si la peine de mort avait existé, des personnes innocentes auraient pu être mises à mort par l'État. Les noms Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow et Parsons appellent à la prudence et à la circonspection dans les affaires de meurtre. Des déclarations de culpabilité erronées ont également été mises au jour à l'étranger, y compris dans des États des États-Unis où la peine de mort est encore prononcée et appliquée<sup>1446</sup>.*

Dans une autre décision *Sinclair*, portant sur l'interrogatoire, le droit au silence et les confessions, le juge Binnie, dissident, affiche également la même préoccupation quant au risque d'erreur judiciaire lié à une fausse confession :

*Il convient de rappeler que des personnes détenues ou arrêtées peuvent être parfaitement innocentes des faits qu'on leur reproche. Le peloton grandissant des victimes d'erreurs judiciaires au Canada — au nombre desquelles figurent notamment celles qui portent les noms maintenant familiers de Donald Marshall, David Milgaard, Guy Paul Morin, Thomas Sophonow, Ronald Dalton, Gregory Parsons et Randy Druken — témoigne des dangers d'une vision policière étreinte et de l'injustice des enquêtes policières qui en découle. Voir *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes*, le très honorable Antonio Lamer (2006), p. 171-173. Convaincue (à tort) de la culpabilité du détenu, la police prendra tout le temps nécessaire et déploiera toute l'ingéniosité qu'il faut pour venir à bout de la résistance de l'individu qu'elle sait coupable. Comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38 (*CanLII*), [2000]*

---

<sup>1446</sup> *États-Unis c Burns*, [2001] 1 RCS 283 par 1. La Cour cite même les affaires, Marshall, Milgaard et Morin, erreurs judiciaires célèbres du système de justice pénal canadien dans lesquelles la preuve s'appuyait notamment sur de fausses confessions.

*2 R.C.S. 3, les cas où des personnes innocentes sont amenées à faire de faux aveux sont beaucoup plus fréquents que pourraient le croire ceux qui ne sont pas au fait du phénomène (par. 34[45])<sup>1447</sup>.*

Mais, malgré l'intérêt porté à la question des fausses confessions et de l'erreur judiciaire, la règle canadienne des confessions découlant de l'arrêt *Oickle* privilégie une approche en faveur de la recevabilité de l'aveu au détriment du droit au silence du suspect. La pertinence et la fiabilité apparente de la confession à la manifestation de la vérité demeurent sans le dire un critère prépondérant. À l'instar de la justice française, il demeure difficile pour la justice canadienne de se passer d'une confession.

## **Section II. Aveu et l'efficacité procédurale**

La préoccupation d'efficacité du système pénal a également donné lieu au développement d'une science au service des interrogatoires d'enquête et garantissant le succès des aveux ou des confessions comme preuve admissible ou fiable dans la procédure pénale. C'est notre premier sujet (§1). Les systèmes occidentaux de justice pénale favorisent le développement de procédures simples, rapides et expéditives. Nous voyons dans un second temps l'aveu qui s'exprime sous forme d'un plaidoyer de culpabilité qui devient l'enjeu central d'une procédure pénale efficace (§2).

### **§1. Les recours à une science de l'aveu**

La psychologie et la psychanalyse se sont intéressées à l'aveu non pas comme moyen de preuve mais comme régime de véridiction (à son contenu de vérité) de sorte qu'il est aujourd'hui possible de parler d'une psychologie de l'aveu. On dispose de nouvelles connaissances sur l'aveu et sur le sujet avouant qui ont des répercussions sur la manière d'obtenir un aveu juridique et sur la manière de soutirer sa vérité à l'avouant (A). D'autres sciences, comme la médecine ou la biologie, ont également essayé de vérifier ce qui se passait dans le cerveau de l'individu lors d'interrogatoires consistant à produire des aveux. Ces investigations génèrent de nouveaux débats dans la procédure pénale sur les conditions de recevabilité de la preuve scientifique qui a trait à l'état d'esprit du déclarant au moment de ses

---

<sup>1447</sup> *R c Sinclair*, [2010] 2 RCS 310 para 90.

aveux ou de sa confession ou qui a trait à la véritable vérité de son soi. Ces preuves « scientifiques » peuvent-elles reconforter l'idée que les confessions ou les aveux sont fiables (B)?

### A) La psychologie des confessions

De nos jours, l'appréciation de la véracité de l'aveu en droit pénal contemporain est fortement influencée par de nouvelles connaissances scientifiques émanant des sciences cognitives, en particulier de la psychologie, de la psychanalyse et de la psychiatrie qui permettent de mieux comprendre la dynamique de l'aveu en matière criminelle. La psychanalyse en produisant de nouvelles connaissances sur le sujet avouant et sur sa subjectivité, a ouvert les portes à de nouvelles pratiques de vérité qui s'appuient sur les sciences pour produire des aveux. Nous examinons d'abord l'apport de la psychanalyse (1) et d'autres méthodes qui participent à la création d'une véritable psychologie des confessions (2).

#### 1) La « vérité » psychanalytique

Nous avons vu comment les modèles religieux de vérité, issus de la confession auriculaire et plus largement des pratiques pénitentielles, avaient influencé les régimes séculiers de véridiction dans l'ordre juridique occidental. Comme le fait remarquer Peter Brooks, les pratiques religieuses de vérité sont également aux origines de la psychanalyse<sup>1448</sup>. Selon cet auteur: « *[t]he psychoanalytic model of confessional discourse no doubt offers our most sophisticated contemporary version of what it means to speak, against one's conscious intentions, a truth whose value is estimated by its difficulty* »<sup>1449</sup>.

Mais si l'on parle d'un point d'origine commun, le modèle psychanalytique de l'aveu ou de la confession se distingue, à bien des égards, de la confession religieuse et de l'aveu juridique. Les institutions religieuses et juridiques de l'aveu consistent à énoncer une vérité que le locuteur connaît. La psychanalyse de l'aveu porte au contraire sur une part d'inconnu en tant qu'« *analyse du psychisme qui comprend une dimension théorique et une dimension*

---

<sup>1448</sup> Brooks, *Troubling Confessions*, supra note 25 à la p 116.

<sup>1449</sup> *Ibid.*

*pratique* »<sup>1450</sup>. Avec Sigmund Freud, la psychanalyse invente un nouveau sujet, le sujet psychanalytique, qui dépasse le *cogito* de Descartes. Le philosophe du XVII<sup>ème</sup> siècle avait proposé l'idée d'une conscience de soi dans son : je pense donc je suis. Avec la psychanalyse, il ne suffit plus de se connaître. Il faut d'une part, accepter le fait qu'on se trompe sur soi et qu'on se trompe tout court et d'autre part, qu'il existe tout un pan de notre pensée qui nous échappe. Cette partie inconnue de soi relève de l'inconscient. La psychanalyse constitue alors un processus qui permet d'investiguer « *les processus mentaux* » inaccessibles de l'être humain. Elle est avant tout une méthode thérapeutique qui permet de recueillir des informations sur le sujet, souvent inscrites dans sa mémoire et de les interpréter aux fins de traiter les névroses du sujet<sup>1451</sup>. La psychanalyse a deux objets principaux d'étude : la mémoire du sujet et la thérapie par une meilleure connaissance du soi inconnu. Elle poursuit également deux objectifs : faire en sorte que le sujet se remémore et qu'il se transforme par la psychanalyse. Le modèle psychanalytique comme l'écrit Adela Abella « *met en tension la remémoration et les modifications du Moi, le contenu et les processus de transformation de la cure* »<sup>1452</sup>.

Cette méthode curative recherche un processus de transformation du « Moi », c'est-à-dire la partie la plus consciente de la personnalité de l'être humain mais qui comporte néanmoins une part inconsciente. Le « Moi » est surdéterminé par le « Surmoi » qui regroupe les interdits (ce que notre conscience et notre inconscient nous disent de ne pas faire) et par le « Ça », la part la plus secrète de l'être dans lequel figurent les pulsions<sup>1453</sup>. Le « Moi » subit les influences du « Ça » et du « Surmoi » mais aussi de l'environnement extérieur. Mais avant tout, il est l'arbitre des oppositions entre le « Ça » et le « Surmoi ».

Dans l'exercice de remémoration et d'un point de vue méthodologique, la psychanalyse n'est très pas éloignée des régimes de vérité religieuse et en particulier de la

---

<sup>1450</sup> Du Bord, *supra* note 142 à la p 431.

<sup>1451</sup> Sigmund Freud, « Psychanalyse et théorie de la libido » dans *Résultats, idées, problèmes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984 à la p 51 [*Résultats*].

<sup>1452</sup> Abella Adela, « La construction, entre une psychanalyse des contenus et une psychanalyse des processus : transformation ou défense? » (2008) 72:5 Rev Fr Psychanal 1631 à la p 1631.

<sup>1453</sup> Pour une définition du « Moi » voir Sigmund Freud, « Moi, Ça et Surmoi » dans *Nouvelles conférences d'introduction à la psychanalyse*, Paris, Gallimard, 1984 aux pp 99-100.



confession auriculaire. Si on retire le Divin du tableau, car, comme l'écrit Sigmund Freud, « *la situation analytique n'admet pas de tiers* »<sup>1454</sup>, ces deux modèles ont en commun une interaction discursive entre deux acteurs aux fins de faire jaillir une vérité : la vérité du péché pour le modèle religieux, une certaine vérité sur soi pour le modèle psychanalytique.

La confession auriculaire porte cependant sur un péché que le pécheur connaît et qu'il dévoile spontanément à son confesseur afin d'obtenir son salut. Mais comme le souligne Sigmund Freud lui-même répondant à la question de la similarité entre les deux modèles :

*Oui et non, devons-nous répondre. La confession entre bien pour une part dans l'analyse, en quelque sorte comme introduction. Mais elle est très loin de se confondre avec l'essence de l'analyse ou de pouvoir expliquer son action. En confession, le pécheur dit ce qu'il sait ; en analyse, le névropathe doit dire davantage. Aussi bien n'avons-nous jamais entendu prétendre que la confession ait jamais eu le pouvoir de guérir de vrais symptômes pathologiques*<sup>1455</sup>.

Sigmund Freud ajoute que le patient ou le malade doit en dire plus qu'il ne sait<sup>1456</sup>. Même si de concert avec Peter Brooks, nous admettons l'idée que la confession religieuse pousse à en dire beaucoup<sup>1457</sup> et que l'aveu littéraire, à en croire Jean-Jacques Rousseau, a pour objet de tout dire<sup>1458</sup>, le modèle psychanalytique va au-delà de cette vérité sur « soi ». Il consiste en effet à faire ressortir une vérité que le sujet ne connaît pas et qu'il se refuse inconsciemment de connaître. La psychanalyse se distingue donc des autres régimes de vérité qui portent, soit sur une vérité sur « soi » déjà connue, soit sur une vérité plus profonde sur soi, dont on finit par admettre le fait qu'en réalité nous la connaissons, à l'instar du « *connais-toi toi-même* » de Socrate (« *nous savions sans savoir que nous savions* »). La vérité psychanalytique, quant à elle, porte en plus sur les facteurs de résistance qui nous empêche de connaître cette vérité sur soi :

---

<sup>1454</sup> Sigmund Freud, « Psychanalyse et médecine, ou la question de l'analyse profane » dans *Ma vie et la psychanalyse*, traduit de l'allemand par Marie Bonaparte, coll « Idées. Sciences humaines » n° 169, Paris, Gallimard, 1971, 94 à la p 105 [Freud, « Psychanalyse et médecine »].

<sup>1455</sup> *Ibid.*

<sup>1456</sup> *Ibid.*

<sup>1457</sup> Brooks, *Troubling Confessions*, supra note 25 à la p 116.

<sup>1458</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Les Confessions*, supra note 1 p 29 : « *Je veux montrer à mes semblables un homme dans toute la vérité de la nature.* »

*Notre but thérapeutique est maintenant aisé à déterminer. Nous voulons reconstituer le « moi », le délivrer de ses entraves, lui rendre la maîtrise du « ça », perdue pour lui par suite de ses précoces refoulements. Dans ce but seul nous faisons l'analyse, toute notre technique converge vers ce but. Il nous faut rechercher les refoulements anciens, incitant le « moi » à les corriger, grâce à notre aide, et à résoudre ses conflits autrement et mieux qu'en tentant de prendre devant eux la fuite. Comme ces refoulements ont eu lieu de très bonne heure dans l'enfance, le travail analytique nous ramène à ce temps. Les situations ayant amené ces très anciens conflits sont le plus souvent oubliées, le chemin nous y ramenant nous est montré par les symptômes, rêves et associations libres du malade, que nous devons d'ailleurs d'abord interpréter, traduire, ceci parce que, sous l'empire de la psychologie du « ça », elles ont revêtu des formes insolites, heurtant notre raison. Les idées subites, les pensées et souvenirs que le patient ne nous communique pas sans une lutte intérieure nous permettent de supposer qu'ils sont de quelque manière apparentés au « refoulé », ou bien en sont des rejetons. Quand nous incitons le malade à s'élever au-dessus de ses propres résistances et à tout nous communiquer, nous éduquons son « moi » à surmonter ses tendances à prendre la fuite et lui apprenons à supporter l'approche du « refoulé ». Enfin, quand il est parvenu à reproduire dans son souvenir la situation ayant donné lieu au refoulement, son obéissance est brillamment récompensée! La différence des temps est toute en sa faveur : les choses devant lesquelles le « moi » infantile, épouvanté, avait fui, apparaissent souvent au « moi » adulte et fortifié comme un simple jeu d'enfant<sup>1459</sup>.*

Cette recherche de la vérité de l'inconscient passe, avons-nous dit, par une pratique discursive entre le névrosé et le thérapeute, le premier se dévoilant par la parole à ce dernier. Mais à la différence des autres types d'aveu que nous avons rencontrés jusqu'ici à savoir, l'aveu philosophique, religieux ou juridique, le critère de la spontanéité de l'aveu est accessoire pour le thérapeute. Il est même suspect<sup>1460</sup>. Le travail du thérapeute consiste à faire ressortir à travers le modèle de la confession, entendue ici comme une simple pratique discursive, un aveu involontaire. Cet aveu n'a pas à porter sur un péché ou plus largement sur une reconnaissance de culpabilité. Il est plus général et doit permettre en tant que pratique de vérité « *la récupération d'un souvenir perdu, sa remémoration, afin de le réintégrer "dans le grand complexe des associations [où] il prend place à côté des autres incidents pouvant même être en contradiction avec lui [de façon qu'il] se trouve corrigé par d'autres représentations" »*<sup>1461</sup>. L'aveu psychanalytique comporte donc un exercice de mémoire qui va

---

<sup>1459</sup> Freud, « Psychanalyse et médecine », *supra* note 1454, p 126.

<sup>1460</sup> Brooks, *Troubling Confessions*, *supra* note 25 à la p 118.

<sup>1461</sup> Adela, *supra* note 1452 à la p 1631.

permettre de comprendre les résistances qu'oppose le sujet à dévoiler et saisir la vérité sur lui-même.

Adela Abella précise que Sigmund Freud a cependant reconnu une double limite à la psychanalyse. La première porte sur les difficultés de l'exercice de remémoration et la part contributive de l'analyste dans la reconstruction de la mémoire. En effet, il arrive qu'en raison de l'incapacité du patient de se remémorer, ce soit l'analyste qui reconstruit voire même construit cette mémoire. Le second problème « *pose la question des limites intrinsèques de l'analyse* »<sup>1462</sup>. Comment et jusqu'où est-il possible de transformer le Moi du sujet en raison des défenses qu'il oppose?

Ces deux limites conduisent Sigmund Freud à radicaliser sa pensée en prenant en considération qu'il existe chez le sujet un état « *indépendant du reste du Moi et profondément réfractaire à la réalité* »<sup>1463</sup>. Les résistances du patient au « Moi » s'opposent à l'idée même de guérison et éventuellement, au principe même de l'analyse. Sigmund Freud invite donc le thérapeute à faire preuve d'une double vigilance. Il doit savoir identifier et appréhender la forme des résistances de son patient, à savoir les mécanismes de défense qu'oppose le patient dans le processus psychanalytique. L'analyste devra également être capable « *de percevoir l'inconscient en lui-même de façon à éviter de détourner de [sa] propre personne les conséquences et exigences de l'analyse, probablement en les dirigeant sur d'autres* »<sup>1464</sup>.

Le modèle psychanalytique de vérité fait donc face à deux dangers. Le premier, qui s'explique par les difficultés pour le patient à effectuer l'exercice de mémoire que l'on attend de lui. Le second, concerne le savoir-faire même de l'analyste ou de l'expert. Ce dernier participe activement au travail de reconstruction de la mémoire de son patient, mémoire à laquelle il est étranger. Son intervention pourrait susciter des questions quant à la qualité même du résultat produit. Se pose indubitablement la question de savoir si l'analyste a lui-même reconstruit ou suggéré cette vérité mémorielle. Il interprète en effet les mots et les silences de son patient et risque, non seulement de se tromper, mais aussi d'être influencé par

---

<sup>1462</sup> *Ibid* aux pp 1631-1632.

<sup>1463</sup> *Ibid*. Voir aussi Sigmund Freud, « Analyse avec fin et analyse sans fin », dans *Résultats*, *supra* note 1451, t II « (1921-1938) », 231 aux pp 231-268.

<sup>1464</sup> Adela, *supra* note 1452 à la p 1633.

son propre inconscient et par sa vision personnelle de la réalité. Dans l'exercice de remémoration, l'analyste risque de se substituer à son patient pour rétablir une mémoire qui n'est pas celle de ce dernier, tout en lui faisant croire qu'il s'agit de la sienne.

Malgré l'objectif curatif de la psychanalyse, Sigmund Freud considère que les méthodes d'analyse qu'offrent cette science pourraient être utilisées par l'institution judiciaire « afin d'obliger l'accusé à démontrer lui-même, par des signes objectifs, sa culpabilité ou son innocence »<sup>1465</sup>. Il remarque même des similitudes entre le rôle du juge en quête de vérité et celui du thérapeute :

*La tâche du thérapeute est cependant la même que celle du juge d'instruction ; nous devons découvrir ce qui, dans le psychisme, est caché et nous avons inventé dans ce but une série de procédés de détective dont Messieurs les juristes imiteront certes quelques-uns*<sup>1466</sup>.

Il prend soin de distinguer ce qui différencie le criminel du « névropathe » :

*Nous avons déjà indiqué quelle est la différence principale : chez le névropathe, il y a secret pour sa propre conscience ; chez le criminel, il n'y a secret que pour vous ; chez le premier existe une ignorance réelle, bien que pas dans tous les sens que l'on puisse donner au mot ; chez le dernier il n'y a qu'une simulation de l'ignorance. A cela tient une autre différence importante du point de vue pratique. Dans la psychanalyse, le malade nous vient en aide par son effort conscient contre sa résistance, car il s'attend à ce que l'examen lui rapporte un avantage : la guérison ; le criminel, par contre, ne travaille pas avec vous, ce serait travailler à l'encontre de tout son mot. En compensation, dans votre examen, il n'est question pour vous que d'acquérir une conviction objective, tandis que, dans la thérapeutique, il est indispensable que le malade lui-même arrive à acquérir la même conviction. Mais il reste à voir quels seront les obstacles et les modifications à votre technique que vous imposera l'absence de cette collaboration de la part du sujet examiné. C'est là, d'ailleurs, une situation qu'il vous sera impossible de jamais établir dans vos exercices d'école, car le collègue qui assume alors le rôle de prévenu reste, malgré tout, votre collaborateur et vient à votre aide malgré son intention consciente de ne pas se trahir*<sup>1467</sup>.

---

<sup>1465</sup> « La psychanalyse et l'établissement des faits en matière judiciaire par une méthode diagnostique » dans *Essais de psychanalyse appliquée*, traduit de l'allemand par Marie Bonaparte et E Marty, réimpression, coll « Idées. Sciences humaines » n° 263, Paris, Gallimard, 1971, 45 à la p 45.

<sup>1466</sup> *Ibid* à la p 52.

<sup>1467</sup> *Ibid* à la p 53.

La psychologie, mais plus encore la psychanalyse, ont donc permis de nouvelles approches du sujet criminel et surtout une nouvelle façon de comprendre ses paroles ou de ses silences. Chose certaine, la confession psychanalytique donne de nouvelles dimensions au concept de vérité et à celui de mensonge, à celui de résistance à entrevoir la vérité et à celui de mémoire comme faculté nécessaire à la découverte de la vérité. Il n'est pas certain toutefois que cette vérité sur le sujet psychanalytique soit bien comprise lorsque réinsérée dans la procédure pénale. Dans la recherche de la vérité sur l'accusé au travers la procédure pénale, la preuve scientifique qui découle de la psychanalyse peut devenir une arme à double tranchant : cette preuve peut avoir l'effet de supplanter le juge par l'expert dont l'opinion experte emporte le verdict. La preuve scientifique par sa force probante fondée sur des connaissances peut conforter l'aveu en lui prêtant un contenu de véracité juridique inégalé.

Voilà peut-être les prémices d'assises cognitives au droit futur de l'aveu qui mériteraient une autre thèse.

## 2) La psychologie des confessions comme outil d'enquête

Depuis une soixantaine d'années, les corps de police nord-américains et anglais ont fait l'expérience de nouvelles méthodes d'enquête et d'interrogatoire des suspects en particulier, des victimes et des témoins en général<sup>1468</sup>. L'interrogatoire de police constitue un outil d'enquête efficace et indispensable nous rappelle la jurisprudence canadienne:

*Although improper police questioning may in some circumstances infringe the governing [confessions] rule it is essential to bear in mind that the police are unable to investigate crime without putting questions to persons, whether or not such persons are suspected of having committed the crime being investigated. Properly conducted police questioning is a legitimate and effective aid to criminal investigation. . . . On the other hand, statements made as the result of intimidating questions, or questioning which is oppressive and calculated to overcome the freedom of will of the suspect for the purpose of extracting a confession are inadmissible<sup>1469</sup> . . .*

Dans l'arrêt Oickle, la Cour suprême du Canada invite les tribunaux canadiens confrontés à une question portant sur la recevabilité de la confession d'un suspect « *d'avoir à*

---

<sup>1468</sup> Michel St-Yves et Jacques Landry, dirs, *Psychologie des entrevues d'enquête : De la recherche à la pratique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004 [*Entrevues d'enquête*].

<sup>1469</sup> Voir par exemple *R v Precourt* (1976), 18 OR (2d) 714 (CA) à la p 721 cité par l'arrêt Oikle, *supra* note 10.

*l'esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l'accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre* »<sup>1470</sup>.

L'obtention d'aveux répond à l'objectif de vérité poursuivi par le système pénal. Il lui est difficile de s'en priver. Mais les garanties procédurales et d'équité qui entourent la pratique des aveux, font en sorte qu'il faut des aveux irréprochables qui passent tous les tests de recevabilité. Si les sciences cognitives fabriquent de nouveaux savoirs sur l'aveu, elles servent également à parfaire les méthodes dites scientifiques d'entrevue afin de pousser le suspect dans ses retranchements afin qu'il fasse des aveux.

Ainsi, s'agissant de l'interrogatoire du suspect, on peut attester de l'existence de méthodes courantes d'entrevues de suspects pratiquées par les enquêteurs de police en Amérique du Nord et sur le continent européen. Une première utilisée aux Etats-Unis, la Méthode Reid, repose sur le postulat que le suspect est animé par le mensonge (considéré comme un mécanisme de défense). Elle consiste à faire usage d'un « *processus d'entrevue stratégique qui vise à briser les résistances du suspect et à lui permettre d'avouer son crime, la plupart du temps en minimisant la perception des conséquences et en lui permettant de sauver la face* »<sup>1471</sup>. L'enquêteur qui mène l'interrogatoire, curieusement dénommé le « *frappeur* », cherche à identifier tous les signes comportementaux, physiques ou verbaux qui révéleraient les mensonges du suspect<sup>1472</sup>. L'enquêteur épouse la thèse de l'accusation : « *Le but de l'interrogatoire est donc d'atténuer la perception des conséquences d'un aveu tout en augmentant simultanément l'anxiété interne associée à la résistance et au mensonge* »<sup>1473</sup>. Cette méthode se caractérise par la création d'une forte pression psychologique sur le suspect au moment de l'interrogatoire de manière à vaincre ses résistances tout en minimisant les conséquences d'avouer. Plusieurs auteurs considèrent que le recours à la stratégie

---

<sup>1470</sup> Oikle, *supra* note 10 au para 33.

<sup>1471</sup> Michel St-Yves et Jacques Landry, « La pratique de l'interrogatoire de police » dans *Entrevues d'enquête*, *supra* note 1468, 7 à la p 11 [St-Yves et Landry, « Interrogatoire »]. Voir aussi Fred E Inbau et al, *Criminal Interrogation and Confessions*, Burlington (MA), Jones and Bartlett Learning, 2013.

<sup>1472</sup> St-Yves et Landry, « Interrogatoire », *supra* note 1471 aux pp 10-20; Michel St-Yves, « La psychologie de l'aveu », dans *Entrevues d'enquête*, *supra* note 1468, 31 aux pp 39-41.

<sup>1473</sup> St-Yves, « La psychologie de l'aveu », *supra* note 1472 à la p 41.

d'atténuation de la perception des conséquences de son acte chez le suspect, la méthode Reid, donne lieu à une manipulation discutable des suspects et devrait être contrôlé par le droit de la preuve.

L'autre méthode d'interrogatoire en vigueur sur le continent européen, dénommée PEACE, est utilisée notamment par la police britannique. Selon Michel St-Yves et Jacques Landry : « *Ce modèle, enseigné depuis 1992, n'est pas une technique d'interrogatoire mais bien un modèle qui s'applique aussi bien à l'entrevue des victimes, de témoins, que de suspects* »<sup>1474</sup>. Cette technique d'interrogatoire est beaucoup moins oppressive que la technique Reid et préfère mettre en avant l'éthique policière dans la conduite des interrogatoires.

Chacune de ces techniques comportent son lot de critiques. La méthode Reid, semble-t-il la plus facile à apprendre par les enquêteurs, est souvent considérée comme excessive et peut conduire à des erreurs judiciaires<sup>1475</sup>. On reproche par ailleurs à la méthode PEACE le caractère oppressif de sa mise en garde : « *You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence* »<sup>1476</sup>. Cette méthode reçoit un accueil plus favorable que la première<sup>1477</sup>.

En France, il n'existe pas de méthode officielle ou privilégiée d'interrogatoire. Les quelques auteurs qui se sont penchés sur le sujet reconnaissent que l'interrogatoire constitue un entretien d'autorité<sup>1478</sup>. Sophie Clément (juge d'instruction) et Serge Portelli (magistrat du siège : au sein d'une juridiction de jugement) reconnaissent que l'obsession d'aveu peut conduire à un interrogatoire incomplet, voire même perverti « *où tous les 'mauvais instincts' peuvent se donner libre cours : agacement, déception, impression qu'on se moque de*

---

<sup>1474</sup> St-Yves et Landry, « Interrogatoire », *supra* note 1471 à la p 19.

<sup>1475</sup> Gisli H Gudjonsson, *The Psychology of Interrogation, Confessions and Testimony*, Chichester (RU), John Wiley and Sons, 1992.

<sup>1476</sup> *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R -U), 1984, c 60, Code C (Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers), art 10(5)(e).

<sup>1477</sup> St-Yves et Landry, « Interrogatoire », *supra* note 1471 à la p 25.

<sup>1478</sup> Sophie Clément et Serge Portelli, *L'interrogatoire*, Champigneulle (Meurthe-et-Moselle), p 285. On peut reprocher à cet ouvrage son absence d'assise scientifique.

nous »<sup>1479</sup>. L'enquêteur peut donc perdre son sang-froid et s'endurcir. Il risque également de perdre la maîtrise de l'interrogatoire. Ces deux auteurs plaident toutefois pour une discipline de l'interrogatoire. L'ouvrage de Sophie Clément et Serge Portelli nous laisse penser qu'en France la liberté de l'enquêteur semble prévaloir en matière d'interrogatoire de police. Les procédés et techniques utilisés semblent toutefois proches des méthodes REID et PEACE, bien que non mentionnées par les auteurs. En 2001, ils plaidaient toutefois « *l'urgence d'un savoir judiciaire* » sur l'interrogatoire<sup>1480</sup>.

Le législateur français est bien conscient que l'interrogatoire du suspect peut être la source d'excès des autorités de poursuite et conduire à des dysfonctionnements de l'institution judiciaire. Mentionnons ici deux réformes majeures mises en œuvre en ce début de XXI<sup>ème</sup> siècle par le législateur. Par la loi du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*<sup>1481</sup>, il est désormais exigé que les procès-verbaux d'interrogatoire de police ou ceux dressés devant le juge d'instruction mentionnent les questions posées et celles auxquelles il a été répondues<sup>1482</sup>. Avant cette loi, seules les réponses du prévenu étaient retranscrites dans le procès-verbal. Il était donc facile d'extraire de son contexte une déclaration du prévenu et lui faire dire le contraire de son sens initial.

De plus, une loi du 5 mars 2007 oblige les corps de police et de gendarmerie de procéder, en matière criminelle, à l'enregistrement audio-visuel des interrogatoires effectués dans les locaux de police ou de gendarmerie<sup>1483</sup>. Cette même obligation existe en vertu de cette même loi pour les interrogatoires et confrontations réalisés dans le cabinet du juge

---

<sup>1479</sup> *Ibid*, p 113.

<sup>1480</sup> *Ibid*, p 5

<sup>1481</sup> *Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, supra note 1421.

<sup>1482</sup> Art 429 du C pr p : « *Tout procès-verbal ou rapport n'a de valeur probante que s'il est régulier en la forme, si son auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et a rapporté sur une matière de sa compétence ce qu'il a vu, entendu ou constaté personnellement.*

*Tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu ».*

<sup>1483</sup> Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* JO, n°55 du 6 mars 2007, page 4206, texte n° 5. Voir les art 64-1 C pr p : « *Les interrogatoires des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisés dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie exerçant une mission de police judiciaire font l'objet d'un enregistrement audiovisuel* »



d'instruction<sup>1484</sup>. Cette loi de 2007 a été promulguée en réaction au scandale judiciaire dit « Affaire d'Outreau » au cours de laquelle treize personnes ont été injustement accusées de crime d'abus sexuels sur enfants principalement en raison d'une instruction à charge et donc à sens unique<sup>1485</sup>. Le poids accordé par le juge d'instruction aux témoignages d'enfants et à des expertises psychologiques expédiées figure parmi les nombreux dysfonctionnements constatés lors de cette affaire<sup>1486</sup>. La prescription relative à l'enregistrement audio-visuel des interrogatoires permet probablement de donner pleinement à la procédure pénale française son caractère oral. La pratique du procès-verbal conduit nécessairement à un interrogatoire discontinu. Elle oblige d'entrecouper l'interrogatoire pour procéder à la retranscription des questions et déclarations. L'information retranscrite par le greffier est souvent source de distorsion avec les réelles déclarations de la personne interrogée. Il arrive très souvent que les mots prononcés soient remplacés par des synonymes, voire même que les réponses fassent l'objet d'une synthèse qui prétend certes à la fidélité, mais non à l'exactitude<sup>1487</sup>. Le risque est donc de voir dans ces retranscriptions des aveux là où il n'y en a pas.

À côté de ces techniques d'interrogatoire, il existe plusieurs théories qui tentent d'expliquer les raisons qui poussent le suspect à avouer ou au contraire, les motifs qui font en sorte que celui-ci résiste à l'aveu ou à la confession. Nous pouvons citer ici la théorie de Theodor Reik, selon laquelle, le suspect avoue en raison de son désir (ou besoin) d'être puni<sup>1488</sup>. Michel St-Yves mentionne également le modèle d'Horowitz, selon lequel l'auteur explique que le suspect avoue son crime notamment lorsqu'il se sent accusé, en raison de l'hostilité de l'interrogatoire et du sentiment de culpabilité qui l'envahit et enfin, par son besoin de se libérer. Selon le modèle de Sargant, le processus d'aveu est le résultat d'un stress

---

<sup>1484</sup> Art 116-1 C pr p : « *En matière criminelle, les interrogatoires des personnes mises en examen réalisés dans le cabinet du juge d'instruction, y compris l'interrogatoire de première comparution et les confrontations, font l'objet d'un enregistrement audiovisuel* ».

<sup>1485</sup> Antoine Garapon et Denis Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem : leçons d'Outreau*, Paris, Éditions du Seuil, 2006.

<sup>1486</sup> *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, Paris, Assemblée Nationale, 2006.

<sup>1487</sup> Evelyne Serverin and Sylvie Bruxelles, « Enregistrements, procès-verbaux, transcriptions devant la Commission d'enquête : le traitement de l'oral en questions » (2008) 1 *Droit et cultures*, 55, pp 149-180.

<sup>1488</sup> Theodore Reik, *Le besoin d'avouer : Psychanalyse du crime et du châtement*, Paris, Payot, 1973, voir les pp 161-306.

ou de l'anxiété causée par l'interrogatoire. Enfin, citons pour terminer le modèle Behavioral-Cognitif de Gudjonsson en vertu duquel cinq facteurs favorisent la confession, lesquels sont :

*1) les événements sociaux (isolement, pression de la police) ; 2) Les événements émotionnels (la détresse) ; 3) les événements cognitifs (le discours interne) ; 4) les événements situationnels (l'arrestation, la compréhension de la mise en garde, les conseils d'un avocat, la familiarité avec les procédures) ; 5) les événements physiologiques (l'effet d'une substance intoxicante, un état de sevrage)<sup>1489</sup>.*

La pluralité de ces théories sur l'aveu et l'existence de multiples méthodes d'enquête démontrent que l'aveu demeure « *un phénomène dynamique qui s'explique par l'interaction de plusieurs facteurs individuels, sociaux, émotionnels, cognitifs et situationnels* »<sup>1490</sup>. Selon nous, ces nouvelles théories plus « scientifiques » expliquant la dynamique des aveux et confessions ont une double fonction : elles contribuent à la remise en question de certains postulats de vérité sur lesquels le droit de l'aveu repose actuellement et ébranlent les règles de droit actuelles sur la fiabilité de l'aveu à titre de preuve crédible et convaincante. Mais ces théories qui se fondent sur de nouveaux savoirs, offrent de meilleures connaissances sur les motivations de l'avouant et sur l'influence du destinataire de l'aveu sur sa véracité ou son manque de véracité. Ce sont encore des munitions pour développer de nouvelles règles de droit régissant les aveux et les confessions dans le futur.

### **B) L'aveu et les autres méthodes scientifiques d'appréciation de cette preuve**

L'aveu comme moyen de preuve a historiquement servi à rassurer sur l'identité de l'auteur du crime et a permis de mieux connaître le criminel, ses motivations, son état d'esprit et son soi. On a toujours souhaité que l'avouant soit l'auteur du crime et on a toujours espéré par l'aveu connaître sa vérité. On demande aujourd'hui à la science de vérifier si l'on peut se fier à l'aveu lorsque l'avouant prétend que c'est lui ou que ce n'est pas lui l'auteur du crime ou lorsque l'avouant est suffisamment habile dans ses mensonges pour induire son destinataire en erreur.

---

<sup>1489</sup> St-Yves, « La psychologie de l'aveu », *supra* note 1472, p 42 et pp 32-42.

<sup>1490</sup> *Ibid* à la p 49.

Vérité judiciaire et vérité scientifique sont appelées à cohabiter<sup>1491</sup>. Les tribunaux, comme le souligne Jean-Raphaël Demarchi, intègre dans leur décision un « *savoir scientifique* »<sup>1492</sup>. En matière pénale, la preuve par ADN est souvent utilisée pour trouver l'auteur d'homicides ou d'agressions sexuelles<sup>1493</sup>. La science nous apprend aussi que certains avouent des crimes qu'ils n'ont jamais commis. La preuve par ADN a permis d'innocenter des personnes injustement condamnées sur la base de confessions erronées :

*In recent years, a disturbing number of high-profile cases, such as the Central Park jogger case, have surfaced involving innocent people who had confessed and were convicted at trial, only later to be exonerated (Drizin & Leo, 2004; Gudjonsson, 1992, 2003; Kassin, 1997; Kassin & Gudjonsson, 2004; Lassiter, 2004; Leo & Ofshe, 1998). Although the precise incidence rate is not known, research suggests that false confessions and admissions are present in 15-20% of all DNA exonerations (Garrett, 2008; Scheck, Neufeld, & Dwyer, 2000); Moreover, because this sample does not include those false confessions that are disproved before trial, many that result in guilty pleas, those in which DNA evidence is not available, those given to minor crimes that receive no post-conviction scrutiny, and those in juvenile proceedings that contain confidentiality provisions, the cases that are discovered most surely represent the tip of an iceberg*<sup>1494</sup>.

La science peut aussi faciliter l'obtention d'aveu et prévoir un moyen pour vaincre la résistance d'un suspect. Nous pensons ici à l'usage d'un sérum de vérité (pentotal) qui permettrait de faciliter l'exercice de mémoire du suspect et de l'inciter à faire des aveux<sup>1495</sup>. Ce procédé demeure encore peu fiable<sup>1496</sup>. À la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'hypnose avait été introduite dans le contexte judiciaire français, mais les résultats incertains entourant son processus ont suscité des doutes quant à sa fiabilité<sup>1497</sup>. Dans son ensemble, le procès pénal

---

<sup>1491</sup> Jean-Raphaël Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012 à la p 43.

<sup>1492</sup> *Ibid.* Voir aussi Gary M Chayko, *Forensic Evidence in Canada*, Aurora (Ont), Canada Law Book, 1999 et Christine Beck Lissitzyn, *Forensic Evidence in Court : A Case Study Approach*, Durham (CN), Carolina Academic Press, 2008.

<sup>1493</sup> Donald Johnson et al, « Use of Forensic Science in Investigating Crimes of Sexual Violence: Contrasting its Theoretical Potential With Empirical Realities » (2012) 18:2 Violence Against Women 193.

<sup>1494</sup> Saul M Kassin et al, « Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations », (2010) 34:1 Law and Human Behavior 3 à la p 3.

<sup>1495</sup> John M MacDonald, « Truth Serum » (1955) 46:2 J Crim Law Criminol 259 aux pp 259-263.

<sup>1496</sup> *Ibid* et voir aussi Demarchi, *supra* note 1491 à la p 179.

<sup>1497</sup> Voir Cass crim, 12 décembre 2000, (2001) D 1340 et le commentaire de Dominique Mayer et Jean-François Chassaing « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale? » et aussi, Jean-Roch Laurence « Hypnose et mémoire » dans *Entrevues d'enquête*, *supra* note 1468, 221.

français semble assez réceptif au potentiel de la preuve scientifique mais est conscient des risques qu'une telle preuve peut engendrer sur le plan de l'équité procédurale<sup>1498</sup>.

On peut également citer l'utilisation du détecteur de mensonge traditionnel<sup>1499</sup> et ou même la neuroscience comme le nouveau détecteur de mensonge<sup>1500</sup>. Si le détecteur de mensonge traditionnel ne constitue pas une preuve admissible au Canada<sup>1501</sup>, les neurosciences commencent à pénétrer le système pénal<sup>1502</sup>. Le droit canadien, pour le moment, résiste à cette contribution de la science dans l'appréciation de la fiabilité d'un aveu. En droit canadien, sur le détecteur de mensonge, la Cour suprême<sup>1503</sup> a agi avec une grande prudence et a refusé l'admission d'un test de dépistage de mensonges ou de vérité résultant d'un détecteur de mensonges. Il existe une règle qui interdit de rehausser la crédibilité de ses propres témoins (témoignages justificatifs)<sup>1504</sup>. Il existe aussi une règle qui interdit la production d'une déclaration antérieure compatible dans le but de rehausser sa crédibilité personnelle<sup>1505</sup>. C'est de la corroboration personnelle. Le but est d'empêcher l'accusé de tirer des déclarations intéressées de ses témoins ; il serait trop facile de fabriquer ce genre de preuve et elle manquerait de force probante (témoignages justificatifs et « *oath helping* »). La preuve par détecteur de mensonges ne change pas la règle. La preuve serait entièrement intéressée et elle ferait bifurquer le débat sur une question collatérale. La Cour suprême s'est appuyée pour traiter de cette question inédite sur le bon vieux droit de *common law*.

Si science et droit ne cesseront pas de s'affronter dans le futur, le droit de la preuve canadien a beaucoup d'expérience sur les questions de fiabilité des preuves et a souvent été confronté à la science de « pacotilles ». Il appartient encore à la science de faire ses preuves dans la procédure pénale.

---

<sup>1498</sup> Voir sur cette question Demarchi, *supra* note 1491.

<sup>1499</sup> Murray C Cullen et M T Bradley, « Positions of Truthfully Answered Controls on Control Question Tests with the Polygraph » (2004) 36:3 Canadian Journal of Behavioural Science 167.

<sup>1500</sup> Voir Peggy Larriex, « Le droit à l'ère des neurosciences » (2012) 2012:115 Médecine & Droit 106.

<sup>1501</sup> Voir par exemple *R c Béland*, [1987] 2 RCS 398.

<sup>1502</sup> Christian Byk, « Neurosciences et administration de la preuve pénale devant les juridictions des États-Unis » (2011) 2011:106 Médecine & Droit 59; GM Gkotsi, V Moulin et J Gasser « Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française » (2016) 42:3 L'Encéphale 199.

<sup>1503</sup> *R c Béland*, *supra* note 1501.

<sup>1504</sup> *Ibid.*

<sup>1505</sup> *Ibid* voir aussi *R. c. Evans*, [1993] 2 RCS 629; *R c Simpson*, [1988] 1 RCS 3

## §2. Le plaider de culpabilité ou l'aveu en tant qu'acte performatif

L'efficacité du processus pénal implique que les affaires soient non seulement rapidement élucidées mais aussi soient jugées « *en mode simplifié et accéléré* »<sup>1506</sup>. Cette approche cache pour Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Giudicelli un « *nouvel utilitarisme pénal* »<sup>1507</sup>. Il importe désormais de réduire les délais du procès et donc son coût financier. On offre ainsi aux premiers acteurs du processus pénal, à savoir l'accusation et l'accusé, de « négocier » le litige. Cette négociation peut porter sur l'accusation ou encore sur la sentence et même sur les deux à la fois. En échange, l'accusé accepte de plaider coupable. L'aveu tant recherché pour les fins de la vérité, est dans le cadre de cette procédure « négociée » offert par l'accusé. L'aveu devient alors un acte performatif. En l'énonçant, l'accusé accepte une vérité proposée par le Ministère public, un verdict de culpabilité et une condamnation.

Cette pratique du plaider coupable qui existe depuis près d'un siècle en Amérique du Nord<sup>1508</sup> a également inspiré le droit français. Il y a une dizaine d'années, une loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II, a instauré la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité<sup>1509</sup>.

L'aveu permet aujourd'hui de se passer du procès. Cette négociation est généralement menée par des professionnels du droit qui soumettent eux-même la conclusion aux juges. Dans ce processus, l'accusé se contente de répondre aux quelques questions posées par le juge lequel se limite à vérifier que l'accusé a bien compris les conséquences de sa reconnaissance de culpabilité. Cet aveu négocié relaye la parole de l'accusé au second plan. Dans ces circonstances, peut-on toujours parler d'aveu?

---

<sup>1506</sup> Massé, Jean et Giudicelli, *supra* note 1392 à la p 34.

<sup>1507</sup> *Ibid.*

<sup>1508</sup> Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, *supra* note 11; John H Langbein, « Torture and Plea Bargaining » (1978) 46 U Chi L Rev 3; John H Langbein, « Understanding the Short History of Plea Bargaining » (1979) 13 Law & Society Rev 261 aux pp 261-62; Mary E Vogel, « The Social Origins of Plea Bargaining: An Approach to the Empirical Study of Discretionary Leniency? » (2008) 35 J Law Soc 201.

<sup>1509</sup> *Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JO, 10 mars 2004, 4567, texte n° 1. Voir les articles 495-7 et s du C proc pén fr.

Décrivons brièvement les pratiques canadienne et française du plaider de culpabilité (A) et analysons leurs conséquences sur les systèmes respectifs de justice pénale eu égard aux concepts de justice et de vérité (B).

### A) Le plaider de culpabilité au Canada et en France

Sur le principe, les modalités du plaider coupable au Canada (1) et en France (2) ne sont pas très éloignées puisqu'elles impliquent l'existence d'un aveu, pierre angulaire du processus. Elles se distinguent toutefois sur quelques points de procédure. Nous allons voir notamment que le plaider coupable français souhaite conserver, à tout le moins dans le texte, « *les principes directeurs du procès pénal* » en rendant au juge « *certaines de ses prérogatives fondamentales* »<sup>1510</sup>.

#### 1) Le plaider de culpabilité au Canada

En vertu de l'article 606 C. cr. canadien, le prévenu peut à tout moment plaider coupable aux infractions pour lesquelles il est poursuivi. C'est autant le poursuivant ou le prévenu qui a l'initiative d'offrir ou de recourir au plaider de culpabilité. Les parties négocient en secret un accord qui porte autant sur les infractions pour lesquelles le prévenu (ou l'accusé) reconnaît sa responsabilité que sur la peine. Le recours au plaider de culpabilité est possible même pour les mineurs adolescents<sup>1511</sup>. Le juge, en vertu de l'article précité, doit vérifier que « *le prévenu fait volontairement le plaider* »; « *en le faisant, il admet les éléments essentiels de l'infraction en cause* » et qu'il « *comprend la nature et les conséquences de sa décision* ». Le juge doit également vérifier que le prévenu « *sait que le tribunal n'est lié par aucun accord conclu entre lui et le poursuivant* »<sup>1512</sup>. Le juge ne pourra

---

<sup>1510</sup> François Deprez « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier (1<sup>er</sup> octobre 2004 – 1<sup>er</sup> avril 2006) » (2006) Archives de politique criminelle n<sup>o</sup> 28, pp 109-134, p 114.

<sup>1511</sup> Le juge doit toutefois notamment s'assurer que l'adolescent en vertu des dispositions des articles 32 et 36 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (LC 2002, ch 1) que le mineur comprend bien les conséquences de son acte et qu'ils disposent de toutes les informations nécessaires à cet effet.

<sup>1512</sup> Voir aussi *R c Taillefer* [2003] 3 RCS 307, para 85 : « [...] Notre Cour n'a cependant pas estimé approprié de définir de façon exhaustive les motifs capables de justifier le retrait d'un plaider de culpabilité. Toutefois, dans l'arrêt *R. c. T. (R.)* (1992), 1992 CanLII 2834 (ON CA), 10 O.R. (3d) 514, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a rappelé les conditions de validité d'un plaider de culpabilité dans les termes suivants, en soulignant qu'il doit être libre, non équivoque et fondé sur une information adéquate quant à la nature des

écarter la suggestion commune des parties si « *elle est déraisonnable, contraire à l'intérêt public ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice* »<sup>1513</sup>.

Généralement le prévenu est assisté par un avocat mais il peut renoncer à ce droit. Le juge doit faire preuve dans cette situation d'une vigilance accrue et vérifier davantage la compréhension par le prévenu des conséquences que son plaidoyer emporte. La victime de certaines infractions (actes criminels passibles d'un emprisonnement de cinq ans et plus) doit être informée par la Couronne de l'acceptation par le juge d'un plaidoyer<sup>1514</sup>. Enfin, il est possible dans certaines circonstances de procéder au retrait de son plaidoyer de culpabilité soit avant le prononcé de la sentence, soit en appel après le prononcé de la sentence<sup>1515</sup>.

## 2) La procédure française du plaider coupable

La France est l'un des derniers pays européens à avoir introduit dans son droit la procédure du plaider coupable appelée en l'occurrence « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » (CRPC). Cette résistance peut s'expliquer par l'importance du procès pénal dans la tradition juridique française nécessaire à la manifestation de la vérité<sup>1516</sup>. À plusieurs égards, la procédure de CRPC nous semble plus protectrice des intérêts du prévenu que le traditionnel plaidoyer de culpabilité de *common law* illustré par le droit canadien. Cette procédure de CRPC n'est en effet pas ouverte aux mineurs<sup>1517</sup>. Elle n'est possible que pour certains délits correctionnels passibles d'une peine d'emprisonnement de

---

*accusations portées contre le prévenu et aux conséquences du plaidoyer de culpabilité pour celui-ci à (à la p. 519) :*

*To constitute a valid guilty plea, the plea must be voluntary and unequivocal. The plea must also be informed, that is the accused must be aware of the nature of the allegations made against him, the effect of his plea, and the consequence of his plea ».*

<sup>1513</sup> Voir aussi *Poulain c R* 2010 QCCA 1854 para 10 : « *Bien que le juge ne soit pas lié par la suggestion commune des parties, il ne peut l'écarter sauf si elle est déraisonnable, contraire à l'intérêt public ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En outre, il doit informer les avocats de sa réticence à l'égard de leur suggestion et leur donner l'occasion d'y répondre* ».

<sup>1514</sup> Art 606 (4.1) (4.2) (4.3) C cr.

<sup>1515</sup> Voir par exemple *Lopez Vivero c R* 2009 QCCA 2351

<sup>1516</sup> François Deprez « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier (1<sup>er</sup> octobre 2004 – 1<sup>er</sup> avril 2006) » (2006) Archives de politique criminelle n<sup>o</sup> 28, pp 109-134, p 110 qui cite Bruno Montanari « La faute et l'accusation : réflexions sur la vérité dans le procès » (1997) Revue internationale de droit pénal n<sup>o</sup> 68 p 44.

<sup>1517</sup> Art 495-16 C pr pén fr.

cinq ans et moins et/ou d'une amende et exclue pour les crimes<sup>1518</sup>. En règle générale, c'est le Ministère public qui prend l'initiative de rechercher un plaidoyer de culpabilité à l'issue de l'enquête<sup>1519</sup>. Le prévenu ou son avocat peut toutefois lui en faire la demande. À cet effet, il doit s'adresser au procureur de la République par lettre recommandée aux termes de laquelle il reconnaît sa culpabilité et sollicite l'application de la procédure de CRPC. Mais dans tous les cas, c'est le procureur de la République qui décide de proposer un accord qui porte sur une proposition de peine dans le cadre d'une rencontre qui n'est pas publique. Il conserve ainsi l'initiative des poursuites et la maîtrise de l'accusation. Le prévenu peut éventuellement disposer d'un délai de dix jours pour répondre à l'offre<sup>1520</sup>. On parle dans la doctrine de contrat d'adhésion<sup>1521</sup> mais, il semblerait toutefois qu'une négociation sur la peine soit possible. En revanche, les faits ne peuvent faire l'objet de discussion<sup>1522</sup>. Notons ici que le prévenu ne peut renoncer à son droit d'être assisté par un avocat lorsqu'il doit se prononcer sur l'offre<sup>1523</sup>. La peine de prison proposée ne peut excéder la moitié de la peine encourue et en tout état de cause, elle ne peut dépasser un an ferme<sup>1524</sup>. Lorsque l'offre est acceptée, le procureur de la République saisit le tribunal compétent d'une requête en homologation<sup>1525</sup>. Le tribunal vérifie l'aveu du prévenu et l'acceptation par celui-ci de la peine contenue dans l'accord. Il contrôle également le bien-fondé de la peine eu égard aux circonstances de

---

<sup>1518</sup> Art 495-7 C pr pén fr « *Pour tous les délits, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application de l'article 393 du présent code, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés* ».

<sup>1519</sup> Jean Pradel « Le plaider coupable, confrontation des droits américains, italien et français » (2005) *Revue Internationale de Droit Comparé* Vol 57 n° 2 473, p 480.

<sup>1520</sup> Art 495-8 C pr pén fr.

<sup>1521</sup> Jean Pradel « Le plaider coupable, confrontation des droits américains, italien et français » *supra* note 1508 p 480.

<sup>1522</sup> François Deprez « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier (1<sup>er</sup> octobre 2004 – 1<sup>er</sup> avril 2006) » *supra* note 1503, p 114.

<sup>1523</sup> Art 495-8 C pr pén fr.

<sup>1524</sup> *Ibid.*

<sup>1525</sup> Art 495-9 C pr pén fr.



l'affaire et à la personnalité du contrevenant<sup>1526</sup>. En réalité, c'est la peine proposée qui fait l'objet de l'homologation.

Dans une décision du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a précisé la mission du juge devant homologuer l'accord :

*107. Considérant, en premier lieu, que, si la peine est proposée par le parquet et acceptée par l'intéressé, seul le président du tribunal de grande instance peut homologuer cette proposition ; qu'il lui appartient à cet effet de vérifier la qualification juridique des faits et de s'interroger sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ; qu'il pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ; qu'il ressort de l'économie générale des dispositions contestées que le président du tribunal de grande instance pourra également refuser d'homologuer la peine proposée si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ;*

[...]

*111. Considérant, en outre, que le juge du siège n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée ; qu'il lui appartient de s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers ; que, s'il rend une ordonnance d'homologation, il devra relever que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte en connaissance de cause la ou les peines proposées par le procureur de la République ; que le juge devra donc vérifier non seulement la réalité du consentement de la personne mais également sa sincérité ; qu'enfin, en cas de refus d'homologation, l'article 495-14 nouveau du code de procédure pénale prévoit que le procès-verbal de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement et que ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure<sup>1527</sup>.*

Le Conseil constitutionnel invite le juge à vérifier le contenu de l'aveu. Il l'oblige à tenir compte de la déclaration de la victime qui pourra éventuellement avoir une incidence sur la peine mais non, semble-t-il, sur les faits. Le juge va écouter les parties et interroger les

---

<sup>1526</sup> Art 495-11 C pr pén fr.

<sup>1527</sup> CC Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, JO 10 mars 2004 p 4637.

parties. Notons ici que la présence du procureur de la République n'est pas obligatoire lors de cette phase d'homologation<sup>1528</sup>. C'est bien la preuve qu'il n'est pas question de revenir sur les faits et que la vérification de la sincérité de l'aveu du prévenu relève du superflu. Les débats portent d'ailleurs uniquement sur le bien-fondé de la peine.

En cas de refus d'homologation par le tribunal ou de rejet de l'offre par le prévenu, le procureur de la République saisit le tribunal correctionnel compétent ou décide de l'ouverture d'une information<sup>1529</sup>. Il ne pourra pas cependant utiliser l'aveu formulé par le prévenu dans le cadre de la CRPC devant la juridiction d'instruction ou de jugement<sup>1530</sup>.

La victime identifiée est invitée à comparaître à l'audience d'homologation accompagnée le cas échéant de son avocat « *pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice* »<sup>1531</sup>. L'ordonnance d'homologation qui doit être motivée vaut jugement de condamnation. L'audience d'homologation est publique. Enfin, la décision d'homologation est susceptible d'appel<sup>1532</sup>.

## **B) La procédure du plaidoyer de culpabilité au regard des concepts de justice et de vérité**

Affirmons dès à présent que la quête de vérité à laquelle répond le procès pénal est, avec la procédure du plaidoyer de culpabilité, totalement remise en cause. Vérité négociée en secret pour le système de justice pénal canadien ou vérité factuelle non débattue pour le système français, on peut y voir une forme de régression de l'objectif de vérité du processus pénal. La véracité de l'aveu importe peu, seule son existence compte. Il ne peut en être autrement. Lorsqu'on négocie la vérité comme en droit canadien, chacune des parties acceptent de passer par le jeu des concessions et contre-propositions, tel un marchandage. On peut y voir ici une autre forme du jeu de vérités initié par les rhéteurs grecs. Les parties

---

<sup>1528</sup> Art 495-9 al 2 C pr pén fr.

<sup>1529</sup> Art 495-12 C pr pén fr.

<sup>1530</sup> Art 495-14 al 2 C pr pén fr : « *Lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure* ».

<sup>1531</sup> Art 495-13 C pr pén fr.

<sup>1532</sup> Art 495-11 C pr pén fr.

« homologuent »<sup>1533</sup> avec l'aveu une vérité, celle proposée par l'autorité de poursuite et négociée par la suite par les parties et non, la vérité du procès.

Quant à la vérité proposée par le procureur de la République dans le système français de justice pénale, soit le prévenu y adhère, soit il refuse. Si c'est le procureur de la République qui prend l'initiative de la CRPC, la vérité proposée repose sur les résultats de l'enquête de police. La vérité à ce stade n'a jamais été débattue ou très peu. Refuser cette vérité conduit au procès et donc à débattre de la vérité. Comme l'écrit François Deprez, « avec la CRPC, la vérité en elle-même n'a plus d'intérêt, seul compte l'usage que l'on fait d'un aveu, à savoir le quantum de la peine »<sup>1534</sup>.

Sur le plan de la justice, dans la tradition accusatoire, le caractère secret de la négociation des faits et de la peine entre le Ministère public et le prévenu ou l'accusé donne l'image d'une justice « escamotée ». Rappelons que 10% des procédures pénales donnent lieu à un procès et que le reste des affaires pénales est réglé par le plaidoyer de culpabilité. La victime, le parent pauvre de la procédure, est totalement écartée du processus de négociation. Peut-on vraiment parler de négociation? Des auteurs de tradition de *common law* ont montré que des innocents préféreraient recourir au plaidoyer de culpabilité et capituler que courir le risque d'un procès et donc d'une peine plus élevée<sup>1535</sup>. L'aveu revêt clairement un aspect prospectif et performatif. Il porte sur l'avenir. La reconstitution d'une vérité passée par la confrontation et le débat importe moins. L'aveu consiste à valider le discours de la poursuite quitte à l'amender légèrement. L'aveu constitue un rempart contre un risque futur et aléatoire incarné par le procès. Finalement, cette procédure du plaider coupable demeure fidèle au procès accusatoire. Elle se comprend davantage que dans un système inquisitoire. Au début du procès ne demande-t-on pas à l'accusé comment va-t-il plaider? L'article 606 du C cr canadien dispose en effet : « L'accusé appelé à plaider peut s'avouer coupable ou nier sa culpabilité ou présenter les seuls moyens de défense spéciaux qu'autorise la présente partie ». La réponse de

---

<sup>1533</sup> Du grec « ομολεγω » supra Section I Chapitre I Titre I de la Partie I.

<sup>1534</sup> François Deprez « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier (1<sup>er</sup> octobre 2004 – 1<sup>er</sup> avril 2006) » supra note 1503, p 110.

<sup>1535</sup> Stephen J. Schulhofer « Criminal Justice Discretion as a Regulatory System » (1988) 17 Journal of Legal Studies 43; voir aussi Stephen J. Schulhofer « Plea Bargaining as a Disaster » (1992) The Yale Law Journal, Vol 101 (8), 1979–2009.

l'accusé, quelle qu'elle soit, est performative. De plus, la question qui lui est posée finalement ne se résume-t-elle pas à celle de savoir s'il adhère ou non à la thèse de la poursuite, soit celle du pouvoir?

L'introduction de la procédure du CRPC dans le système français de justice pénale apparaît plus surprenant. La recherche de la vérité constitue l'essence même du processus pénal. Nous avons vu que l'aveu n'a jamais été compris comme un acte performatif. Il a besoin d'être discuté, analysé et même compris au même titre que toutes les autres preuves et de surcroît à toutes les étapes du processus pénal (garde à vue, instruction et procès). La loi du 9 mars 2004 instaurant la CRPC ouvre une brèche dans la tradition française inquisitoire. On demande au prévenu d'adhérer à la thèse de la poursuite sans pouvoir la discuter, alors que la tradition inquisitoire, ne serait-ce par l'institution du juge d'instruction, consiste à débattre de toutes les thèses. Le débat ici ne porte que sur la peine. Certes, la loi souhaite en apparence conserver au stade de l'homologation les principes directeurs du procès pénal et préserver au juge ses pouvoirs traditionnels. Mais la pratique montre que le juge évite de remettre en cause le travail du Ministère public<sup>1536</sup>. Le procès demeure toutefois la voie privilégiée pour résoudre les affaires pénales. Mais, l'aveu pragmatique et entendu comme un acte performatif a fait son entrée dans le système français de justice pénale et semble-t-il pour longtemps.

## **Conclusion sur le Chapitre II**

Dans ce chapitre nous avons montré comment le droit canadien des confessions aborde désormais une posture rationaliste inspirée de l'approche préconisée par John Henry Wigmore. La fiabilité de la confession s'attache davantage à appréhender l'ensemble des circonstances qui ont entouré son énonciation et qui permettent de déterminer si la confession est vraie ou fausse, prétendument pour prévenir l'erreur judiciaire. La règle du caractère libre et volontaire de la confession bien que toujours présente ne préside plus, à elle seule, à la véracité de l'aveu. Rappelons que cette règle a été influencée par une théologie morale calviniste et a priorisé l'intérêt des juges; le jury devant assumer la responsabilité d'apprécier la véracité de l'aveu

---

<sup>1536</sup> François Deprez « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier (1<sup>er</sup> octobre 2004 – 1<sup>er</sup> avril 2006) » *supra* note 1503 p 116. Le Ministère de la justice avance des taux d'homologation de près de 95 %!

fondée sur le postulat du caractère libre et volontaire de son énonciation. Nous avons vu que la fin de la féodalité et du servage pouvait aussi expliquer aussi cette règle traditionnelle des confessions. La confession est en effet perçue dans la tradition accusatoire comme fondée sur cette liberté individuelle nouvelle acquise sur le continent et outre-manche. L'approche rationaliste du droit des confessions, notamment illustrée par la règle postmoderne des confessions résultant de l'arrêt *Oickle* et de la nouvelle règle de preuve concernant les confessions « *Mr Big* », nous portent à croire que c'est le critère de la fiabilité de la confession qui préside désormais à son admissibilité. Bien évidemment, cette approche s'inscrit dans le paradigme global de la protection générale contre l'auto-incrimination, qui ne doit cependant pas empêcher le pouvoir de maintenir une obligation de vérité pesant sur le suspect. Le besoin d'aveu dans le système de justice pénale canadien, malgré un droit au silence historiquement ancré dans la procédure, constitue désormais une réalité.

Le droit français de l'aveu malgré le nouveau garantisme procédural dont il est nouvellement l'objet, avec l'introduction du droit au silence, demeure fidèle à son histoire. Il demeure une preuve importante, voire indispensable, mais non décisive. En revanche, l'introduction de la procédure de CRPC fait de l'aveu un acte performatif. Il déroge ainsi à son histoire et à sa spécificité historique qui a commencé depuis la Révolution française. Le pragmatisme pénal a désormais pénétré le système français de justice pénale. L'aveu valide, sans débat, le récit officiel des autorités de poursuite et devient l'instrument privilégié de la dynamique « savoir-pouvoir » en dehors de tout jeu de vérité.

# Conclusion générale

## La question de l'avenir de l'aveu

Nous avons essayé de montrer dans cette brève histoire de l'aveu comment ce concept polysémique est devenu dans les systèmes de justice pénale occidentaux de tradition inquisitoire et accusatoire, la preuve juridique la plus recherchée. C'est devenu une pièce autonome de procédure. Fortement imprégné de son sens religieux (1), l'aveu est devenu, pour reprendre l'expression de Michel Foucault, un régime de vérité. Il permet à un individu de « dire le vrai », d'être lié par cette vérité et d'en accepter les conséquences. Il remplit à cet égard au moins trois fonctions (2). Cette vérité énoncée permet aussi d'établir une vérité sur le locuteur lui-même. Avec l'aveu, le locuteur prend conscience de sa subjectivité. La verbalisation de cette subjectivité à un autre constitue l'essence même de l'aveu. Les fonctions multiples de l'aveu en ont fait un outil indispensable du processus pénal. L'institution judiciaire ne saurait s'en passer et ce, même si elle a conscience des imperfections de cette preuve.

Se pose alors la question de son avenir. Ancrée dans une relation verticale de vérité et de pouvoir depuis les origines de l'histoire occidentale, est-il possible d'envisager son futur? Il nous semble difficile de répondre à cette question. Son historicité laisse, selon nous, présager une continuité historique de l'aveu, animé aussi par un besoin d'aveu et par un besoin d'avouer (3).

### 1) L'ADN moral de l'aveu juridique

Nous avons distingué deux phases dans l'histoire de l'aveu dans les traditions juridiques occidentales. La première est née avec la chrétienté et a permis l'émergence d'un aveu que nous avons qualifié de moral compte tenu de ses origines philosophico-religieuses. En s'emparant de l'aveu à partir du III<sup>ème</sup> siècle, l'institution religieuse a contribué à étendre

le domaine de ce qui est « confessable » en partant des actes extérieurs individuels pour atteindre et y inclure les pensées intérieures et donc les intentions de l'avouant<sup>1537</sup>. Cette extension du contenu de l'aveu s'est réalisée à travers un processus de « juridification », à savoir la mise en place de règles de fond et de procédure entourant l'obtention et la réception des aveux. Ces règles créent des obligations assorties de sanctions et s'appliquent dans le cadre d'un rapport d'autorité entre le confessant et le confesseur. Les pratiques de soi ou pratiques de vérité sur soi, comme les pratiques pénitentielles que nous avons analysées dans la première partie de cette thèse, illustrent l'existence de modèles religieux de vérité « juridifiés ». Elles donnent même naissance à un « sujet obéissant » vers le XII<sup>ème</sup> siècle. L'institution religieuse de l'aveu a de facto préparé le terrain afin que l'aveu pénètre le droit séculier et l'institution judiciaire en tant que preuve autonome et régime de vérité. L'aveu entre en effet, à partir du XII<sup>ème</sup>-XIII<sup>ème</sup> siècle, dans une seconde phase que nous avons définie comme celle de l'aveu juridique. L'imprégnation du discours religieux dans le droit de l'aveu (ou de l'aveu juridique) qui a eu cours dès le II<sup>ème</sup> siècle sur le continent européen avec la morale chrétienne et renouvelée au XVII<sup>ème</sup> siècle en Angleterre avec la théologie morale calviniste, se reflète encore aujourd'hui dans l'histoire de l'organisation procédurale des deux traditions juridiques étudiées et transcende même leurs différences. Malgré la sécularisation des systèmes judiciaires et une recherche de la vérité selon une approche rationnelle, la conception de l'aveu dans les religions dominantes de l'Occident préside toujours aux fondements de l'aveu en droit, à son traitement juridique et judiciaire, à l'appréciation de son contenu et de sa fiabilité ainsi qu'à la détermination de ses effets sur l'issue de la procédure. L'aveu constitue aujourd'hui un outil multifonctionnel de vérité et un acte performatif de justice.

## **2) La triple fonction de l'aveu**

L'histoire de l'aveu, qu'il soit moral ou juridique, qu'il s'inscrive dans un modèle inquisitoire ou accusatoire de recherche de la vérité, illustre que depuis l'Antiquité, il s'inscrit dans une relation verticale de pouvoir entre un sujet et une autorité. L'autorité, religieuse ou

---

<sup>1537</sup> Hahn *supra* note 30 à la p 54.

laïque, fait peser sur le sujet une obligation de vérité, une pression, comme l'a montré Michel Foucault, afin de discipliner ou de soumettre le sujet avouant ou de le rendre docile. Le pouvoir religieux ou temporel (comme le pouvoir judiciaire) par les techniques de vérité qu'elles imposent, soit dans le cadre de pratiques pénitentielles pour les unes, soit dans le cadre de techniques d'enquête pénale pour les autres, laissent tout de même apparaître que l'individu demeure maître de sa propre herméneutique. C'est un paradoxe que nous avons tenté de montrer que l'aveu était aussi un processus à travers lequel le sujet prend conscience de son soi et devient le créateur de son identité individuelle moderne.

Mais dans l'aveu pénal, pour poursuivre l'idée de Michel Foucault, le sujet renonce à lui en avouant. Cette renonciation ou ce sacrifice sert principalement la vérité du pouvoir, une vérité ou un début de vérité que le pouvoir reconstruit sur la bases des informations qu'il a recueillies ou encore une vérité incomplète que le pouvoir veut combler. Avec l'aveu, l'autorité acquiert un savoir sur le sujet, un savoir qui établit ou confirme cette vérité recherchée. Pour résumer, selon la pensée foucauldienne, l'aveu fait le lien entre l'individu, en tant que sujet jusque là libre, et le pouvoir. Ce lien s'établit grâce à un double processus d'objectivation et de subjectivation. L'individu en tant que sujet devient un objet dans le cadre d'une « *pratique divisante* » : « *le sujet est soit divisé à l'intérieur de lui-même, soit divisé des autres* »<sup>1538</sup>. Le pouvoir classe le sujet dans une catégorie. L'individu dans cette catégorie devient donc l'objet du pouvoir. Dans un cadre pénal, cette objectivation se traduit par le fait que le sujet devient un « *criminel [ou reste] un "gentil garçon"* »<sup>1539</sup>. Le processus de subjectivation constitue la manière dont l'individu devient ou « se transforme » en sujet criminel et, pour les fins de notre propos, en sujet de vérité. L'individu, par l'aveu pénal, devient, par l'intervention du pouvoir, un sujet disant la vérité. Dans un cadre pénal, nous avons vu que cette vérité énoncée par le suspect ou par l'accusé permet au juge, selon Michel Foucault, de faire un lien entre le locuteur et l'infraction en le considérant comme son auteur. L'aveu produit donc une vérité. L'aveu permet aussi de fonder la décision du juge de punir

---

<sup>1538</sup> Michel Foucault, « Le sujet et le pouvoir » dans François Ewald et Daniel Defert, dir, *Dits et écrits*, t 2 « 1954-1975 », Paris, Gallimard, 2001, 1041 à la p 1042.

<sup>1539</sup> *Ibid.* Comme autre division possible, Michel Foucault mentionne « le partage entre le fou et l'homme sain d'esprit, le malade et l'individu en bonne santé [...] ».



l'auteur de l'aveu si celui-ci est déclaré criminellement responsable. L'aveu a donc un effet fonctionnel. Enfin, l'aveu permet de transformer le sujet. En se reconnaissant coupable, le sujet autorise le pouvoir judiciaire de le transformer en sujet coupable. L'accusé change de catégorie juridique, il n'est plus un sujet libre, le pouvoir peut lui enlever sa liberté. De sujet avouant un crime, il devient un sujet criminel. Cette transformation par l'aveu permet également au sujet criminel d'accepter sa sanction ou sa perte de liberté et de rester docile dans tout ce processus de transformation. Nous voyons alors comment il semble difficile pour les systèmes de justice pénale démocratiques contemporains de se passer de l'aveu.

L'aveu : quel avenir nous réserve-t-il?

### **3) L'avenir de l'aveu**

Même l'aveu postmoderne dans les démocraties consacrant les droits individuels dans ses normes fondamentales n'a pas su se départir de ce modèle vertical de vérité, fondé sur une relation savoir-pouvoir en matière de justice. Même en étant optimiste et en disant que la doctrine du procès équitable contient un potentiel de renouvellement de la procédure pénale, nous n'en sommes pas là. L'heure est aux tensions, aux oppositions, aux incohérences et aux contradictions dans les systèmes pénaux contemporains. L'aveu postmoderne exprime en condensé toutes ces tensions et ses contradictions dans les systèmes pénaux contemporains qu'ils soient accusatoires, inquisitoires ou mixtes. Un nouveau modèle de procès équitable pourrait-il rompre avec le modèle vertical de vérité qui s'exprime depuis l'Antiquité? Une réponse positive révélerait, selon nous, une forme de naïveté. Mais initiions tout de même un commencement de réflexion.

À notre avis, il ne s'agirait pas de trouver un simple compromis entre une tradition inquisitoire et une tradition accusatoire autour de valeurs communes pour renouveler la procédure pénale. Efficacité et équité constituent les mêmes enjeux des systèmes contemporains. Il nous paraît plus avisé de suggérer non pas la mixité des systèmes (même si ce n'est pas une mauvaise idée) mais de redonner la parole aux principaux acteurs d'un litige

pénal, notamment à la victime et à l'accusé. La tradition inquisitoire<sup>1540</sup> et même la Cour pénale internationale<sup>1541</sup> permettent déjà l'intervention des victimes dans le processus de répression des crimes. L'aveu pourrait, en préservant impérativement son aspect narratif, s'inscrire non plus dans une relation verticale de pouvoir mais dans une relation horizontale entre le contrevenant et sa victime. La procédure renouvelée devrait avoir comme objectif une vérité complète, multiple et complexe et un objectif de justice-réconciliation plutôt qu'un objectif de justice-rétribution-exclusion.

Les nombreuses commissions de type *Vérité et Réconciliation* mises en œuvre en Afrique (Afrique du sud, Togo, Burundi, Sierra Leone...) <sup>1542</sup>, en Amérique du Sud (Argentine, Brésil, Chili...) <sup>1543</sup> ou encore au Canada (autochtones), ont permis de mettre en place en début du XXI<sup>ème</sup> des modèles nationaux et collectifs de réconciliation autour d'un discours de vérité<sup>1544</sup>. Chacune de ces commissions obéit à un mandat différent notamment, quant à la sanction individuelle et à l'amnistie des principaux responsables, mais elles ont toutes attribué à l'aveu une place centrale dans leur modus operandi. En plus de répondre à une vérité judiciaire, l'aveu ou plus exactement les aveux collectifs permettent, dans le cadre de ces commissions *Vérité et Réconciliation*, d'établir une vérité historico-politique qui dépasse généralement la mission de vérité et de justice d'un juge judiciaire. On évoque alors l'obtention d'une « vérité commune » censée corriger une pathologie de la mémoire historique et collective d'un groupe ou d'un peuple en espérant de cette façon un rétablissement de la paix, un exercice qui devient une condition préalable au rétablissement de la justice pénale. Le prix à payer consiste souvent à renoncer temporairement à la justice au plan individuel, celle

---

<sup>1540</sup> Marie-José Boulay, « La victime dans le procès », *AJ Pénal*, 2008, p 352; Robert Cario, Denis Salas (dir.), *Œuvre de Justice et victimes*, Volume 1, Paris, L' Harmattan, 2001.

<sup>1541</sup> Alain-Guy Tachou Sipowo « Les aspects procéduraires de la participation des victimes à la répression des crimes internationaux » (2009) 50:3-4 Cahiers de droit 691-734; Robert Cario, « Les droits des victimes devant la CPI », *AJ Pénal*, 2007 p 261.

<sup>1542</sup> John Perry, *African Truth Commissions and Transitional Justice*, Lanham (Maryland), Lexington Books, 2015.

<sup>1543</sup> Arnaud Martin, *La mémoire et le pardon : les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique latine*, Chicoutimi : Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2012.

<sup>1544</sup> Sara Liwerant « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale - When International Criminal Justice Captures « National Reconciliation » (2009) 56 Droit et Cultures 147-175; Mohammed Ayat « Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation » (2007) Vol 7:2-3 International Criminal Law Review, 391-424.

qui s'administre dans l'enceinte judiciaire et qui s'occupe des injustices à l'échelle individuelle. Cette vérité historico-politique mise en opération dans des commissions de vérité-réconciliation ou cette expectative collective de vérité par les victimes de crimes contre l'humanité qui ont subi des injustices et des exactions de masse, pour le moment, laissent subsister le modèle vertical de vérité-justice ou de savoir-pouvoir. La punition individuelle qui résulterait de la mise en œuvre de milliers de procès individuels contre des accusés de crimes, dans le contexte de crimes de masse ou de crimes de guerre ou contre l'humanité, est généralement ingérable et impossible. Pour le moment, l'impunité ou l'immunité des coupables individuels devient la monnaie d'échange pour obtenir leurs aveux, la « vérité commune » que l'on veut absolument obtenir dans le cadre de commissions vérité-réconciliation.

Vérité et justice semble être dans une relation de rupture ou de divorce dans un tel contexte. Vérité et paix constitue le seul couple que l'on souhaite sauver par ces commissions.

Beaucoup de questions complexes sont non résolues lorsqu'il est question de changer la procédure pénale d'un pays ou d'opter pour une commission de vérité-réconciliation: celle du troc entre vérité et justice, celle de la compatibilité entre la sanction et le pardon<sup>1545</sup>, celle qui porte sur l'existence même d'un droit au pardon<sup>1546</sup>, celle qui concerne la possibilité de se réconcilier et donc de rendre justice sans châtement<sup>1547</sup>... En bref, autant d'interrogations auxquelles il est difficile d'apporter une réponse satisfaisante dans l'état actuel des incohérences des systèmes pénaux contemporains ou dans celui de cette dichotomie entre justice et vérité dans des pays dévastés par les crimes de masse.

Rappelons ici qu'avec le droit juif, lui aussi un droit antique mais toujours en vigueur de nos jours dans l'ordre religieux juif, l'aveu n'avait pas sa place dans une enceinte judiciaire. Le péché ou la faute contenu dans l'aveu ne devait concerner que son énonciateur et Dieu, seul en mesure de l'apprécier et de le juger. L'authenticité de l'acte de repentance du juif religieux subsume la recherche de la vérité dans son procès pénal. Peut-être que le droit

---

<sup>1545</sup> Pour une réflexion plus globale sur cette question voir Paul Ricoeur, *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995.

<sup>1546</sup> *Ibid.*

<sup>1547</sup> Étienne Jaudel, *Justice sans châtement, Les commissions Vérité-Réconciliation*, Paris, Odile Jacob, 2009

juif avait aussi vu dans l'aveu du juif fautif l'exemple même d'une preuve imparfaite, le locuteur ne dévoilant qu'une partie de la vérité pour se protéger lui-même d'une sanction plus lourde tout en l'assortissant de faux remords. Dans nos civilisations occidentales contemporaines, l'État laïc a peu de chances de faire revivre ces sages considérations devenues ésotériques et propres au droit juif.

En bref, il semble difficile pour les systèmes occidentaux contemporains et démocratiques de rompre avec 3000 ans d'histoire avec l'aveu. L'aveu est une preuve bien imparfaite mais elle a la vie dure. L'aveu restera au cœur des futurs débats sur le patrimoine des valeurs de l'humanité constitué de la vérité, de la justice et de la paix, faut-il prédire.

# Table de la législation

## I – Législation interne

*Charte canadienne des droits et des libertés*, partie I de *La loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

*Charte québécoise des droits et libertés*, RLRQ, c C-12.

*Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

*Loi sur l'identification des criminels*, LRC 1985, c I-1.

*Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5.

## II – Législation externe

### A) États-Unis

US Const.

### B) France

*Code d'instruction criminelle*.

*Code de procédure pénale*.

*Code des délits et des peines*, dans *Lois de la République française : An IV*, en ligne :

<[www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56729589/f4.image.r=Le%20Code%20des%20délits%20et%20des%20peines%20du%203%20brumaire%20an%20IV](http://www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56729589/f4.image.r=Le%20Code%20des%20délits%20et%20des%20peines%20du%203%20brumaire%20an%20IV)>.

*Code pénal français*.

*Loi du 5 mars 1803 promulguée le 15 mars 1803*, décrétée le 14 ventôse an xi.

*Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957*, JO, 8 janvier 1958, 258.

*Loi n° 93-1013 du 24 août 1993*, JO, 25 août 1993, 11991.

*Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, JO, 16 juin 2000, 9038.

*Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, JO, 10 mars 2004, 4567.

*Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1), JO, 28 mai 2014, 8864.*

### **C) Royaume-Uni**

*An Act for Regulating of Trials in Cases of Treason and Misprision of Treason (R-U), (1696), 7 Will III, c 4.*

*Criminal Evidence Act, (1898), 61 & 62 Vict, c 6.*

*Marian Bail Statute (R-U), (1554-1555), 1 & 2 Phil & Mar, c 13.*

*Marian Committal Statute (R-U), (1555), 2 & 3 Phil & Mar, c 10.*

*Police and Criminal Evidence Act (R-U), 1984, c 60.*

*Treason Act, 1547, 1 Ed 6 c 12.*

### **III – Convention régionale**

*Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, à la p 233 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).*

# Table de la jurisprudence

## I – Jurisprudence interne

*Canada (Procureur général) c Obadia* (1998), 20 CR (5th) 162.

*Dubois c La Reine*, [1985] 2 RCS 350.

*R c Béland*, [1987] 2 RCS 398.

*R c Cleghorn*, [1995] 3 RCS 175.

*R c Dosanjh*, 2006 BCPC 449.

*R c Hart*, 2014 CSC 52.

*R c Hebert*, [1990] 2 RCS 151.

*R c Noble*, [1997] 1 RCS 874.

*R c Oickle*, 2000 CSC 38.

*R c P (MB)*, [1994] 1 RCS 555.

*R v Precourt* (1976), 18 OR (2d) 714 (CA).

*R c S (RJ)*, [1995] 1 RCS 451.

*R c Singh*, 2007 CSC 48.

*R c Turcotte*, 2005 CSC 50.

*Rothman c R*, [1981] 1 RCS 640.

## II – Jurisprudence externe

### A) États-Unis

*Bram c United States*, 168 US 532 (1897).

*Garrity v New Jersey*, 385 US 493 (1967).

*McNeil v Wisconsin*, 500 US 171 (1991).

*Miranda v Arizona*, 384 US 436 (1966).

*United States v Wade*, 388 US 218 (1967).

### B) France

Cass crim, 24 août 1882, (1882) Bull crim n° 218.

Cass ch réunies, 31 janvier 1888, (1889) Sirey 1 241.

Cass crim, 21 janv 1909, (1909) Bull crim n° 30.

Cass crim, 12 décembre 2000, (2001) D 1340.

Cass crim, 3 avril 2013, (2013) Bull crim n° 12-88.428.

### **C) Royaume-Uni**

*Rex v Warickshall*, (1783) 1 Leach C L 263.

### **D) Europe**

*Condron c Royaume-Uni* (2000), 2000-V Recueil des arrêts et décisions 31 (CEDH).



# Bibliographie

## I – Monographies

- Abélard. *Lamentations : Histoire de mes malheurs : Correspondance avec Héloïse*, traduit par Paul Zumthor, Paris, Actes Sud, 2008.
- Abensour, Miguel et Catherine Chalié. *Emmanuel Lévinas*, Paris, Herne, 1991.
- Agus, Jacob-Bernard. *L'évolution de la pensée juive, des temps bibliques au début de l'ère moderne*, Paris, Payot, 1961.
- Albertz, Rainer. *A History of Israelite Religion in the Old Testament Period*, Louisville (KY), Westminster John Knox Press, 1994.
- Allhoff, Fritz. *Terrorism, Ticking Time-Bombs, and Torture: A Philosophical Analysis*, Chicago et Londres, Chicago University Press, 2012.
- Andocide. *Discours*, traduit par Georges Dalmeida, Paris, Belles Lettres, 1930.
- Arcaute-Descazeaux, Marie-José. *L'aveu : Essai d'une contribution à l'étude pénale de la justice négociée, thèse de doctorat*, Université des sciences sociales de Toulouse I, 1998 [non publiée].
- Aristote. *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004.
- Aristote. *Rhétorique*, Paris, Livre de poche, 1991.
- Astaing, Antoine. *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle), audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
- Attali, Jacques. *Les juifs, le monde et l'argent*, Paris, Fayard, 2002.
- Attali, Jacques. *Raison et foi, Avveroès, Maïmonide et Thomas d'Aquin*, Paris, Bibliothèque Nationale de France, 1994.
- Aurèle, Marc. *Pensées*, traduit par A I Trannoy, Paris, Belles Lettres, 1964.
- Avot, Pirkei. *Ethics of the Fathers*, Brooklyn (NY), Kehot, 2009.
- Badinter, Robert. *L'abolition*, Paris, Fayard, 2000.
- Balard, Michel, Jean-Philippe Genet et Michel Rouche. *Le Moyen-Âge en Occident*, Paris, Hachette, 2003.

- Banon, David. *Le Midrash*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- Bartlett, Robert. *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- Bauman, Richard A. *Crime and Punishment in the Ancient Rome*, London (NY), Routledge, 2009.
- Beattie, J M. *Crime and the Courts in England 1660-1800*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1986.
- Beaumanoir, Philippe de Remi sire de. *Coutume de Beauvaisis*, Paris, A & J Picard, 1970-1971.
- Beaune, Colette. *Éducation et cultures : du début du XIIIe siècle au milieu du XVe siècle*, Paris, SEDES, 1999.
- Beccaria, Cesare. *Traité des délits et des peines*, préface, traduction et notes de Philippe Audege, Paris, Rivages Poche Petite Bibliothèque, 2014.
- Béliveau, Pierre et Jean Pradel. *La justice pénale dans les droits canadiens et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.
- Bentham, Jeremy. *A treatise on judicial evidence*, London, Paget, 1825.
- Bentham, Jeremy. *Rationale of Judiciale Evidence*, Londres, Hunt and Clarke, 1827.
- Berman, Harold J. *Droit et Révolution : L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Paris, Fayard, 2010.
- Berman, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1983.
- Biarne, Jacques. *Les origines du monachisme en Occident*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris IV, 1990.
- Billoré, Maïté, Isabelle Mathieu et Carole Avignon. *La justice dans la France médiévale : VIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Armand Collin, 2012.
- Biraben, Jean-Noël. *Les hommes et la peste en France et dans les pays européens et méditerranéen*, Paris, Mouton, 1975.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries of the Laws of England*, 8<sup>e</sup> éd, vol 4, Oxford, Clarendon Press, 1778.

- Blackstone, Sir William. *Commentaries of the Laws of England*, Philadelphia, JB Lippincott, 1876.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- Bloch, Marc. *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1968.
- Boecker, Hans Jochen. *Law and the Administration of Justice in the Old Testament and Ancient East*, Minneapolis (MN), Augsburg Fortress, 1980.
- Bois, Guy. *La grande dépression médiévale, XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles : Le précédent d'une crise systémique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- Bonner, Robert J et Gertrude Smith. *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, New York, Greenwood Press, 1968.
- Bonner, Robert J. *Evidence in Athenian Courts*, Chicago, University of Chicago Press, 1905.
- Bonner, Robert J. *Lawyers and Litigants in Ancient Greece: The Genesis of Legal Profession*, Chicago, Illinois University Press, 1927.
- Bornier, Philippe. *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV avec celles des rois prédécesseurs*, Paris, Les Associez, 1681.
- Boudon, Raymond. *La rationalité*, Paris, PUF, 2009.
- Boulanger, André. *Le salut dans l'orphisme*, Paris, Gabalda, 1940.
- Bourgoin-Castonguay, Simon. *Entre histoire et vérité, Paul Ricoeur et Michel Foucault, généalogie du sujet, herméneutique de soi et anthropologie*, thèse de doctorat, Université Paris-Créteil et Université Laval, 2014.
- Bourque, Abbé Emmanuel. *Histoire de la pénitence-Sacrement*, Québec, Faculté de théologie de l'Université Laval, 1947.
- Bouteiller, Jean. *Somme Rural, ou le grand coutumier de pratique civil ou canon*, Paris, Barthélémy Mace, 1603.
- Bréhier, Émile. *Histoire de la philosophie*, Paris, Presses universitaires de France, 1981.
- Brimo, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, A Durand & Pedone Lauriel, 1978.
- Brisson, Luc. *Orphée et l'orphisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Brookfield (VT), Variorum, 1995.

- Brooks, Peter. *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, Chicago, The University of Chicago Press, 2000.
- Brown, Peter. *L'essor du christianisme occidental*, traduit de l'anglais par Paul Chemla, Paris, Seuil, 1997.
- Brown, Peter. *La société et le sacré dans l'Antiquité tardive*, traduit de l'anglais par Aline Rousselle, coll « Points Sagesse », Paris, Seuil, 1985.
- Brown, Peter. *La vie de Saint Augustin*, Paris, Seuil, 1971.
- Brunet, Alain. *La civilisation occidentale*, Paris, Hachette, 1990.
- Burckhardt, Jacob. *The Civilization of the Renaissance in Italy*, traduit par S G C Middlemore, New York, New American Library, 1961.
- Bynum, Carolyn. *Jesus as Mother: Studies in the Spirituality of the High Middle Ages*, Berkeley, Los Angeles et Londres, University of California Press, 1982.
- Calvin, Jean. *Institution de la religion chrétienne*, Genève, Librairie Droz, 2008.
- Campagna, Norbert, Luigi Delia et Benoît Garnot. *La torture de quels droits : Une pratique de pouvoir XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Imago, 2014.
- Cantarella, Eva. *La peine de mort en Grèce et à Rome, origines et fonctions dans l'Antiquité classique*, traduit par Nadine Gallet, Paris, Albin Michel, 2000.
- Carawan, Edwin. *The Antic Orators*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Carbasse, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Paris, 2000.
- Carmichael, Calum M. *Law in Narrative in the Bible: Evidence of the Deuteronomic Laws and the Decalogue*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1985.
- Carroll, John T. *The Return of Jesus in Early Christianity*, Peabody (Mass), Hendrickson, 2000.
- Cary, Philipp. *Augustine's Invention of the Inner Self: the Legacy of Christian Platonist*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2000.
- Cassien, Jean. *Institutions cénobitiques*, traduit par Jean-Claude Guy, Paris, Cerf, 1965.
- Cassius, Dion. *Histoire romaine*, traduit par Émile Gros, t 3, Paris, Firmin-Didot, 1849.
- Chassaing, Philippe. *Histoire de l'Angleterre : des origines nos jours*, Paris, Flammarion, 2008.
- Chayko, Gary M. *Forensic Evidence in Canada*, Aurora (Ont), Canada Law Book, 1999.

- Chélini, Jean. *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Vanves (France), Hachette Littératures, 1991.
- Chevalier, Jacques. *Histoire de la pensée*, Paris, Flammarion, 1955.
- Chevalier, Philippe. *Michel Foucault et le christianisme*, Paris, ENS, 2001.
- Chiappini, Philippe. *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz, 2006.
- Chouraqui, André. *La pensée juive*, 7<sup>e</sup> éd, coll « Que sais-je? », Paris, Presses Universitaires de France, 1997.
- Chrimes, Stanley Bertram. *English Constitutional History*, 4e éd, London et New York, Oxford University Press, 1967.
- Christ, Matthew R. *The Litigious Athenian*, Baltimore (MD), Johns Hopkins University press, 1998.
- Cicchini Marco et Michel Porret. *Les sphères du pénal avec Michel Foucault : histoire et sociologie du droit de punir*, Lausanne, Antipodes, 2007.
- Cicéron. *Les Catilinaires*, traduit par Jean Guillon, Paris, Hatier, 1966.
- Cicéron. *Œuvres complètes*, Paris, Panckoucke, 1830.
- Cicéron. *Rhetorica ad Herennium*, traduit en anglais par Harry Caplan, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1954.
- Clément, Marcel. *Une histoire de l'intelligence*, t I « La soif de sagesse », Paris, L'Escalade, 1979.
- Cockburn, James Swanston. *A History of English assizes, 1558-1714*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.
- Cohen, Abraham. *Le Talmud : Exposé synthétique du Talmud et de l'enseignement des Rabbins sur l'éthique, la religion, les coutumes et la jurisprudence*, Paris, Payot, 1983.
- Colbert, Jean-Baptiste. *Lettres, Instructions et Mémoires*, t VI, Paris, Imprimerie impériale, 1873-1882.
- Contamine, Philippe. *L'économie médiévale*, Paris, André Collin, 1997.
- Cottu, M. *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*, Paris, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Librairie Charles Gosselin, 1822.
- Cubero, José-Ramon. *L'affaire Calas : Voltaire contre Toulouse*, Paris, Perrin, 1993.
- Dalbignat-Deharo, Georges. *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, LGDJ, 2002.

- Dawson, John P. *A History of Lay Judges*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1960.
- De Boutaric, François. *Explications de l'ordonnance sur les matières criminelles*, Toulouse, 1743.
- De Bracton, Henry. *On the Law and Customs of England*, Cambridge, Published in association with the Selden Society by the Belknap Press of Harvard University Press, 1968.
- De Durand, Matthieu G. *Précis d'histoire grecque*, Paris, Cerf, 1991.
- De Fresquet, Raymond. *De la preuve en droit romain, De l'aveu, De la preuve testimoniale, De la preuve littérale*, Aix, Achille Makaire, 1862.
- De Labriolle, Pierre Champagne. *Les sources de l'histoire du montanisme*, New York, AMS Press, 1980.
- De Lampsaque, Anaximène. *Pseudo-Aristote Rhétorique à Alexandre*, traduit par Pierre Chiron, Paris, Belles Lettres, 2002.
- De Montaigne, Michel. *Les Essais*, Paris, Gallimard, 2009.
- De Vaux, Roland. *Histoire ancienne d'Israël*, Paris, Gabalda, 1971.
- De Vouglans, Pierre-François Muyart. *Institutes criminelles suivant les lois et ordonnances du royaume*, Paris, Louis Cellot, 1762.
- Del Vecchio, Giorgio. *La justice - La vérité : essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1995.
- Delamare, Édith. *Conquérant de l'Irlande : Saint Patrick*, Paris, Mame, 1963.
- Delpeuch, Thierry, Laurence Dumoulin et Claire de Galember. *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014.
- Delumeau, Jean. *L'aveu et le pardon : les difficultés de la confession XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 1990.
- Delumeau, Jean. *La peur en Occident*, Paris, Hachette, Fayard, 1978.
- Delumeau, Jean. *Le péché et la peur : La culpabilisation en Occident XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 1983.
- Demarchi, Jean-Raphaël. *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012.
- Dershowitz, Alan M. *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven (CT), Yale University Press, 2002.
- Des Places, Édouard. *La religion grecque : Dieux, cultes, rites et sentiments religieux dans la Grèce antique*, Paris, Picard, 1969.

- Didascalie des 12 Apôtres*, traduit par François Nicolas Nau, Paris, Lethielleux, 1912.
- Digeste, Paul. *Les Cinquante livres du Digeste des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduit par Henry Hulot, Paris, Rondonneau, 180.
- Dobson, John Frederic. *The Greek Orators*, Chicago, Ares, 1974.
- Dostoïevski, *Les Frères Karamazov*, Paris, Folio Classique, 2005.
- Dr Pén, comm 82, A Maron et M Hass.
- Dray, Raphaël. *La pensée juive et l'interrogation divine : exégèse et épistémologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.
- Dressler, Joshua et Alan C Michaels. *Criminal procedure*, 6<sup>e</sup> éd, New Providence (NJ), LexisNexis, 2014.
- Dreyfus Hubert L et Paul Rabinow. *Michel Foucault, un parcours philosophique, au-delà de la subjectivité*, traduit de l'anglais par Fabienne Durant-Bogaert, Gallimard, Paris, 1984.
- Du Bord, Claude-Henry. *Panorama de la philosophie occidentale*, Paris, Didier, 2007.
- Du Boys, Albert. *Histoire du droit criminel de la France : depuis le XVI<sup>e</sup> jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Durant & Pédone Lauriel, 1874.
- Duby, Georges. *Le temps des cathédrales*, Paris, Gallimard, 1976.
- Duliat, Marcel. *L'Art roman*, Paris Mazenod, 1962.
- Dulong, Renaud, dir. *L'aveu : Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.
- Dumézil, Georges. *Servius et la fortune. Essai sur la fonction sociale de louange et de blâme et sur les éléments indo-européens du cens romain*, Paris, Gallimard, 1943.
- Élie, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle : De l'instruction écrite*, 8 vols, vol 4, Paris, Plon, 1866-1867.
- Épictète. *Les entretiens d'Épictète recueillis par Arrien*, traduit par Courdaveaux, Paris, Didier & C<sup>ie</sup>, 1862.
- Erismann, Christophe. *L'homme commun : la genèse du réalisme ontologique durant le Haut Moyen-Âge*, Paris, Librairie philosophique Jacques Vrin, 2011.
- Erlande-Brandebourg, Alain. *L'Art gothique*, Paris, Mazenod, 1983.

- Esmein, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire : depuis le XIIIème siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L Larose et Forcel, 1882.
- Eymerich, Nicolau et Francisco Pena. *Manuel des inquisiteurs*, traduit par Louis Sala-Molins, Paris et La Haye, Mouton Éditeur, 1973.
- Falk, Ze'ev W. *Hebrew Law in Biblical Times: An Introduction*, 2<sup>e</sup> éd, Indiana, Brigham Young University Press, 2001.
- Fassin, Didier. *Juger, réprimer, accompagner : essai sur la morale de l'État*, Paris, Seuil, 2013.
- Ferguson, Niall. *Civilization: The West and the Rest*, New York, The Penguin Press, 2011.
- Fiche, Augustin. *La réforme Grégorienne et la reconquête chrétienne : 1057-1123*, Paris, Bloud et Guay, 1950.
- Finet, André. *Le Code Hammurabi*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Cerf, 2002.
- Finkelstein, Israel et Neil Ascher Sillerman, *La Bible dévoilée : les nouvelles révélations de l'archéologie*, Paris, Bayard, 2002.
- Finley, Moses I. *Les anciens Grecs : une introduction à leur vie et à leur pensée*, traduit par Monique Alexandre, Paris, La Découverte, 1984.
- Fisher, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford (Cal), Stanford University Press, 2003.
- Fortin, Jacques. *La preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984
- Foucault, Michel. *Du gouvernement des vivants, Cours au Collège de France : 1979-1980*, Paris, Gallimard/Seuil, 2012.
- Foucault, Michel. *Histoire de la sexualité*, t I, II et III, Paris, Gallimard, 1984.
- Foucault, Michel. *L'archéologie des savoirs*, Paris, Gallimard, 1969.
- Foucault, Michel. *L'herméneutique du sujet : Cours au Collège de France : 1981 – 1982*, Paris, Gallimard/Seuil, 2001.
- Foucault, Michel. *L'origine de l'herméneutique de soi*, Conférences prononcées à Dartmouth College 1980, Paris, Vrin, 2013.
- Foucault, Michel. *Le courage de la vérité, Le gouvernement de soi et des autres II, Cours au Collège de France : 1984*, Paris, Gallimard/Seuil, 2009.



- Foucault, Michel. *Le gouvernement de soi et des autres : Cours au Collège de France : 1982 – 1983*, Paris, Gallimard/Seuil, 2008.
- Foucault, Michel. *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, éd établie par Fabienne Brion et Bernard E Harcourt, Louvain (Belgique), Presses universitaires de Louvain, 2012.
- Foucault, Michel. *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, 2004.
- Foucault, Michel. *Naissance de la clinique*, Paris, Quadrige/Presses Universitaires de France, 1988.
- Foucault, Michel. *Subjectivité et vérité : Cours au Collège de France, 1980 -1981*, Paris, Gallimard/Seuil, 2014.
- Foucault, Michel. *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- Foucault, Michel. *Théories et institutions pénales : Cours au Collège de France, 1971-1972*, Paris, Gallimard et Seuil, 2015.
- Fournier, Paul. *Les officialités au Moyen-Âge*, Paris, Plon, 1880.
- Frank, Jerome. *Courts on Trial*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1949.
- Freud, Sigmund. « Moi, Ça et Surmoi » dans *Nouvelles conférences d'introduction à la psychanalyse*, Paris, Gallimard, 1984.
- Gandilius, Albertus. *Tractatus de maleficiis*, Berlin, H Kantorowicz, 1926.
- Garcia de Brito, Rogerio. *La pensée philosophique*, Librairie Vrin, Paris, 1931.
- Gaudemet, Jean. *Église et cité, Histoire du droit canonique*, Paris, CERF/Montchrestien, 1994.
- Gaudemet, Jean. *Les institutions de l'Antiquité*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2000.
- Gaudemet, Jean. *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2006.
- Gauvard, Claude. *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, coll « Histoire ancienne et médiévale », Paris, Publications de la Sorbonne, 1991.
- Gernet, Louis. *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1964.
- Girard, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2003.
- Glasson, Ernest. *Histoire du droit et des institutions en Angleterre, Politiques, Civiles et Judiciaires*, t 2, Paris, Pédone- Lauriel, 1882.

- Glenn, H Patrick. *Legal Tradition of the World*, 3<sup>e</sup> éd, Oxford et Toronto, Oxford University Press, 2007.
- Glutz, Gustave. *L'ordalie dans la Grèce primitive*, Paris, Fontemoing, 1904.
- Glutz, Gustave. *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, A Fontemoing, 1904.
- Gomperz, Theodor. *Greek Thinkers: a History of Ancient Philosophy*, Bristol, Thoemmes Press, 1996.
- Goodman, Martin. *Rome et Jérusalem : Le choc de deux civilisations*, traduit de l'anglais par Michel Bessières, Agnès Botz et Sylvie Kleiman-Lafon, Londres, Perrin, 2009.
- Gougueenheim, Sylvain. *La réforme Grégorienne : de la lutte pour le sacré à la sécularisation du monde*, Paris, Temps présent, 2010.
- Gozier, André. *L'expérience bénédictine dans le miroir de la bible : une lecture de la règle de Saint-Benoît*, Paris, Saint-Paul, 1988.
- Grano, Joseph D. *Confessions, Truth and the Law*, Ann Arbor (Mich), University of Michigan Press, 1996.
- Greenidge, AHJ. *The Legal procedure of Cicero's Time*, London, Oxford, University Press, 1901.
- Grimal, Pierre. *Sénèque, sa vie, son œuvre : avec un exposé de sa philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1948.
- Groot, Roger D et al. *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1988.
- Guarnieri Carlo et Patrizia Pederzoli. *La puissance de juger : Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996.
- Gudjonsson, Gisli H. *The Psychology of Interrogation, Confessions and Testimony*, Chichester (RU), John Wiley and Sons, 1992.
- Guillaumont, Antoine. *Aux origines du monachisme chrétien : pour une phénoménologie du monachisme*, Bégrolles en Mauges (Maine & Loire), Abbaye de Bellefontaine, 1979.
- Guinchard, Serge et Jacques Buisson. *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 2014.
- Hadas-Label, Mireille. *Entre la bible et l'histoire : Le peuple hébreu*, Paris, Gallimard, 1997.
- Hagege, Esther Tzirel. *Le grand livre des fêtes*, Paris, Biblioupe, 2004.

- Hammond, Nicholas. *A History of Greece to 322 BC*, 3<sup>e</sup> éd, Toronto (Ont), Oxford University Press, 1986.
- Hanby, Michael. *Augustine and Modernity*, Londre et New York, Routledge, 2003.
- Harrell, Hansen Carmine. *Public Arbitration in Athenian Law*, New York, Arno press, 1979.
- Hausherr, Irénée. *Direction spirituelle en Orient autrefois*, Rome, Pont Institutum Orientalium Studiorum, 1955.
- Hawkins, William. *Treatise of the Pleas of the Crown*, 6<sup>e</sup> éd, London, Thonas Leach Edition, His Majesty's Law Printers, 1787.
- Hayou, Maurice-Ruben. *Maimonide*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987.
- Hecht, Neil S et al. *An Introduction to the History and Sources of Jewish law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Heers, Jacques. *L'Occident aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles : Aspects économiques et sociaux*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1966.
- Helmholz RH et al. *The Privilege Against Self-Incrimination, Its Origins and Development*, Chicago, Chicago University Press, 1997.
- Helvétius, Anne-Marie et Jean-Michel Matz. *Église et société au Moyen Âge, Ve-XVe siècle*, coll « Carré Histoire », Paris, Hachette, 2008.
- Herlihy, David. *La peste noire et la mutation de l'Occident*, traduit de l'anglais par Agnès Paulian, Paris, Monfort, 1999.
- Hermas, *Le Pasteur*, 2<sup>e</sup> éd, traduit par Robert Joly, Paris, Cerf, 1986.
- Hésiode. *Théogonie*, traduit par Philippe Brunet, Paris, Livre de Poche, 1999.
- Holt, James F. *Magna Carta*, 3<sup>e</sup> éd, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2015.
- Homère. *L'Illiade*, traduit par Eugène Lasserre, Paris, Flammarion, 2000.
- Homère. *L'Odyssée*, traduit par Médéric Dufour et Jeanne Raison, Paris, Flammarion, 2006.
- Horowitz, Georges. *The Spirit of Jewish Law*, New York, Central Book Company, 1973.
- Hugonnet, Pierre. *La vérité judiciaire*, Paris, Litec, 1986.
- Inbau, Fred E et al. *Criminal Interrogation and Confessions*, Burlington (MA), Jones and Bartlett Learning, 2013.
- Isambert, Degrussy et Taillandier. *Recueils général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 29 vols, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1822-1833.

- Janin, Hunt. *Medieval Justice: Cases and Laws in France, England and Germany, 500-1500*, Jefferson (CN) et Londres, MacFarlan and Company Inc., 2004.
- Jaspers, Karl. *Origine et sens de l'histoire*, traduit de l'allemand par Hélène Naef avec la collaboration de Wolfgang Achterberg, Paris, Plon, 1954.
- Jousse, Daniel. *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Paris, Deburge père, 1753.
- Karki, Hakim et Edgar Radelet, *Et Dieu créa l'Occident, La place de la religion dans la conceptualisation de la notion d'occident*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- Kippour, Yom. *Mah'zor*, Paris, Maison du Taleth, 1994.
- Kryger, Rivon. *À la limite de Dieu : l'énigme de l'omniscience divine et du libre arbitre humain dans la pensée juive*, Paris, Publisud, 1998.
- La Bible : Le Nouveau Testament*, Paris, Livre de Poche, 2003.
- La Bible*, traduction intégrale hébreu-français, texte hébraïque d'après la version massorétique, Tel Aviv, Sinaï, 1994.
- Lacoste, Jean Yves, dir. *Dictionnaire critique de théologie*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.
- Lafont, Gishlain. *Structures et méthodes dans la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, Bruges, Desclée de Brouwer, 1961.
- Laingui, André et Arlette Lebigre. *Histoire du droit pénal : II La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979.
- Lambert, Yves. *La naissance des religions. De la préhistoire aux religions universalistes*, Paris, Collin, 2007.
- Langbein, John H, Renée Lettow Lerner et Bruce P Smith. *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York, Aspen, 2009.
- Langbein, John H. *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1974.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York, Oxford University Press, 2003.
- Langbein, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
- Larrieux, Peggy. « Le droit à l'ère des neurosciences » (2012) 2012:115 *Médecine & Droit* 106.

- Laurent, Alain. *Histoire de l'individualisme*, Paris, Presses Universitaire de France, 1993.
- Lavisse, Ernest. *Histoire de France des origines à la Révolution*, t II, Paris, Hachette, 1903.
- Le Fur, Didier. *L'Inquisition : enquête historique : France, XIIIe-VXe siècle*, Paris, Tallandier, 2012.
- Le Goff, Jacques. *La civilisation de l'Occident médiéval*, Paris, Flammarion, 2008.
- Le Goff, Jacques. *La naissance du Purgatoire*, Paris, Folio Histoire, 1981.
- Le Goff, Jacques. *Pour un autre Moyen-Âge : Temps, travail et culture en Occident : 18 essais*, Paris, Gallimard, 1977.
- Le Roux, Nicolas. *Le roi, la cour, l'État : De la Renaissance à l'Absolutisme*, Paris, Champ Vallon Editions, 2013.
- Le Talmud – Traité Makkot : Les Dix Paroles*, traduit de l'hébreu et de l'araméen, introduit et annoté par Bernard Paperon, Lagrasse (France), Verdier, 1992.
- Le Talmud : Sanhédrin 1*, éd commentée par Adin Steinsaltz, traduit par rabbin Jean-Jacques Gugenheim et Rabbin Jacquot Grunewald, Jérusalem, Ramsay, 1996.
- Lea, Henry Charles. *Histoire de l'Inquisition au Moyen-Âge*, traduit de l'anglais américain par Salomon Reinach, Paris, Robert Laffont, 2004.
- Leboeuf, Sylvain. *Le rôle du droit au silence de l'accusé en droit comparé*, thèse de doctorat, Québec, Université Laval, 2010, non publiée.
- Lefebvre-Teillard, Anne. *Les officialités à la veille du Concile de Trente*, Paris, LGDJ, 1973.
- Lemaire, André. *Histoire du peuple hébreux*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- Lescuyer, Georges. *Histoire des idées politiques*, 14<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2001.
- Levy, Leonard W. *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, New York (NY), Oxford University Press, 1968.
- Lévy, Thierry. *Le désir de punir : essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979.
- Lévy-Bruhl, Claude. *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955.
- Lévy-Bruhl, Claude. *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960.
- Licari, François-Xavier. *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015.
- Lippke, Richard L. *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- Lissitzyn, Christine Beck. *Forensic Evidence in Court : A Case Study Approach*, Durham (CN), Carolina Academic Press, 2008.
- Locke, John. *Traité du Gouvernement civil*, traduit de l'anglais par David Mazel, Londres, Éditions de Londres, 1795.
- Lysias. *Contre Eratosthène, l'un des trente tyrans*, traduit par Louis Genet et Michel Bezos, Paris, Belles Lettres, 2010.
- Lysias. *Discours XXII, Contre Andocide*, traduit par Louis Gernet et Marcel Bizot, t 1, Paris, Belles Lettres, 1955.
- Lysias. *Discours, Discours XXX, Contre Nicomachos*, traduit par Louis Gernet et Marcel Bizot, t 2, Paris, Belles Lettres, 1926.
- Magdelain, André. *La loi à Rome : histoire d'un concept*, Paris, Belles Lettres, 1978.
- Maïmonide, Moïse. *Le guide des égarés*, Paris, Verdier, 1979.
- Maïmonide, Moïse. *The Book of Judges*, traduit par Rabbin Eliyahu Touger, Brooklyn (NY), Mozaïm, 2001.
- Maimonides, Moïse. *The Code of Maimonides, Book Fourteen, The Book of the Judges*, traduit par Abraham M Herschman, New Haven (CT), Yale University Press, 1949.
- Maisonneuve, Henri. *Études sur les origines de l'Inquisition*, Paris, Librairie Philosophique J Vrin, 1960.
- Maisonneuve, Henri. *L'inquisition*, Paris, Desclée, 1989.
- Maquet, Julien. « *Faire justice* » dans le diocèse de Liège au Moyen-Âge (VIIIe-XIIIe siècles) : *Essai de droit judiciaire reconstitué*, Genève, Librairie Rose, 2008.
- Marin, Claire. *L'épreuve de soi*, Paris, Armand Colin, 2003.
- Massé, Michel, Jean-Paul Jean et André Giudicelli, dirs. *Un droit pénal post-moderne : Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, coll « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 2009.
- McKercher, William Russell. *The U.S. Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedom*, Toronto, Ontario Economic Council, 1983.
- McNeill, William H. *The Rise of the West: A History of Human Community*, Chicago, The University of Chicago Press, 1963.
- McNeill, William H. *The Rise of the West: A History of the Human Community*, The University of Chicago Press, Chicago, 1963.

- Merle, Roger. *La pénitence et la peine : Théologie – Droit canonique – Droit pénal*, Paris, Cerf/Cujas, 1985.
- Miller, Herbert S, William Frank McDonald et James A Cramer. *Plea Bargaining in the United States*, Washington (DC), U.S. Department of Justice, 1978.
- Montesquieu. *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2013.
- Morin, Michel. *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004.
- Morris, Collin. *The Discovery of the Individual: 1050-1200*, Londres, SPCK, 1972.
- Morris, Ian et Barry B Powell. *The Greeks: History, Culture and Society, Upper Saddle River (NJ)*, Prentice Hall, 2006.
- Mossé Claude et Annie Schnapp-Gourbeillon. *Précis d'histoire grecque*, Paris, Armand Colin, 2003.
- Munk, Élie. *La voix de la Torah, Livre L'Éxode*, Paris, Samuel et Odette Lévy, 1998.
- Nemo, Philippe. *Qu'est-ce que l'Occident*, Paris, PUF, 2006.
- Noailles, Pierre. *Du droit sacré au droit civil : Cours de droit romain approfondi*, Paris, Sirey, 1949.
- Novak, David. *The Image of the Non-Jew in Judaism : A Historical and Constructive Study of Noachide Laws*, New York, E Mellen Press, 1983.
- Orioux Claude et Pauline Schmitt Pantel. *Histoire Grecque*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- Osbourne, Roger. *Civilization: A New History of the Western World*, New York, Pegasus Book, 2006.
- Ouaknin, Marc-Alain. *Concerto pour quatre consonnes sans voyelles*, Paris, Payot, 2003.
- Packer, Herbert L. *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1968.
- Paillet, Jean-Marie. *Bacchanalia : La répression de 186 avant J.-C. à Rome et en Italie*, fasc 270 « Vestiges. Images. Tradition », Rome, Bibliothèques des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, 1988.
- Pandelon, Gérald. *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse de doctorat, Faculté de droit et de Science politique d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2012.
- Pascal, Blaise. *Pensées, Œuvres complètes de Blaise Pascal*, t 1, Paris, Charles Lahure, 1858.

- Paul. *Pandectes de Justinien*, traduit par Michel de Bérard-Neuville, t 20, Paris, Dondey-Dupré, 1823.
- Penney, Steven, Vincenzon Rondinelli et James Stribopoulos. *Criminal procedure in Canada*, Markham (Ont), LexisNexis, 2011.
- Perelman Chaïm et Lucie Olbrechts-Tyteca. *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1988.
- Perelman, Chaïm. *Rhétoriques*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1989.
- Péronnet, Michel. *Le XVIème siècle 1492-1620 : des grandes découvertes à la contre-réforme*, Paris, Hachette, 2005.
- Pirenne, Jacques. *Les grands courants de l'histoire universelle*, 3<sup>e</sup> éd, t II, Paris, Albin Michel, 1947.
- Pizzi, William T *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York, NYU Press, 1999.
- Platon. *Alcibiade*, Paris, Garnier Flammarion, 1999.
- Platon. *Gorgias*, traduit par Émile Chambry, Paris, Flammarion, 1967.
- Platon. *L'Apologie de Socrate*, traduit par Luc Brisson, Paris, Flammarion, 2005.
- Platon. *Lois*, Paris, Flammarion, 2006.
- Plucknett, Theodore Frank Thomas. *Edward I and Criminal Law*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 1960.
- Pollock, Sir Frederick et Frederic William Maitland. *The History of English Law before the Time of Edward I*, Indianapolis, Liberty Funs, 2010.
- Popper, Karl R. *L'univers irrésolu : Plaidoyer pour l'indéterminisme*, traduit de l'allemand par Renée Bouveress, Paris, Hermann, 1984.
- Posner, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1990.
- Pound, Roscoe. *The Spirit of the Common Law*, Londres, Transaction Publishers, 1986.
- Poursat, Jean Claude. *La Grèce préclassique : des origines à la fin du VIème siècle*, Paris, Seuil, 1995.
- Powell, Jonathan et Jeremy Paterson. *Cicero the Advocate*, Oxford, Oxford University Press, 2004.



- Pratt, John. *Penal Populism: Key Ideas in Criminology*, New York, Routledge, 2007.
- Primot, Ludovic. *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale : Représentations, fondements et définition*, Paris, LGDJ, 2010.
- Quintilien. *Œuvres complètes : Institution oratoire*, traduit par Michel Nisard, Paris, Firmin-Didot, 1885.
- Rachi. *Devarim/Deuteronomy*, Brooklyn (NY), Mesorah, 2005.
- Radzinowicz, Leon. *A History of English Criminal Law*, Londres, Pilgrim Trust, 1948.
- Rapp, Francis. *L'Église et la vie religieuse en Occident à la fin du Moyen-Âge*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- Registre criminel du Châtelet de Paris du 6 septembre 1489 au 18 mai 1492*, Paris, 1871.
- Reik, Theodor. *The Psychological Problem of Religion*, New York, Farrar Strauss, 1946.
- Reik, Theodore. *Le besoin d'avouer : Psychanalyse du crime et du châtement*, Paris, Payot, 1973.
- Revel, Judith. *Foucault, une pensée du discontinu*, Paris, Mille et une nuit, 2005.
- Riché, Pierre. *Les Carolingiens : Une famille qui fit l'Europe*, coll « Pluriel », Paris, Hachette, 1983.
- Ricoeur, Paul. *Le Juste*, Paris, Esprit, 1985.
- Ricœur, Paul. *Le mal, un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Labor et Fides, 2004.
- Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du Nouveau Littré, 1960.
- Robin, Léon. *La pensée grecque*, Paris, Albin Michel, 1948.
- Robinson, OF. *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, London (NY), Routledge, 2007.
- Rops, Daniel. *L'Église des apôtres et des martyrs*, Paris, Fayard, 1957.
- Roth, Léon. *La pensée juive, Facteur de civilisation*, Paris, UNESCO, 1960.
- Rouillard, Philippe. *Histoire de la pénitence des origines à nos jours*, Paris, Cerf, 1996.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Les Confessions*, 2<sup>e</sup> éd, Livre I, Flammarion, Paris, 2003.
- Royer, Jean. *Histoire de la justice en France : du XVIII<sup>ième</sup> siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.
- Saint Augustin. *Confessions*, traduction d'Arnauld d'Andilly, Paris, Gallimard, 1993.

- Saint Augustin. *Confessions*, traduction originale par Pierre Horay, traduit par Louis de Mondadon, coll « Points Sagesse », Paris, Seuil, 1982.
- Saint Augustin. *Soliloques*, Paris, La Pléiade, 1927.
- Saint Thomas d'Aquin. *Somme Théologique*, Paris, Cerf, 1984.
- Saint-Sernin, Bertrand. *La raison*, Paris, PUF, 2003.
- Salas, Denis. *Du procès pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.
- Salas, Denis. *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Paris, Fayard/Pluriel, 2010.
- Salky, Steven M. *The Privilege of Silence: Fifth Amendment Protections Against Self-Incrimination*, Chicago, American Bar Association, 2009.
- Sallé, M. *Esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, La Veuve Rouy, 1758.
- Schmidt, Francis. *La pensée du temple : de Jérusalem à Qoumrân : identité et lien social dans le judaïsme ancien*, Paris, Seuil, 1994.
- Schmitt, Jean-Claude. *Le corps, les rites, les rêves, le temps : Essais d'anthropologie médiévale*, Paris, Gallimard, 2001.
- Schmitt, Jean-Claude. *Prêcher d'exemples : Récits de prédicateurs du Moyen Âge*, Paris, Stock, 1985.
- Scholem, Gershom. *La Kabbale et sa symbolique*, traduit de l'allemand par Jean Boesse, Paris, Payot, 1975.
- Schottenstein Ed Talmud*, traduit de l'hébreu par les rabbins Hillel Danziger et Yosaf Asher, Kamma Vol 1 (2a-35b), Brooklyn (NY), Artscroll Mesorah, 1995.
- Schottenstein Ed Talmud*, traduit de l'hébreu par les rabbins Hillel Danziger, Moshe Zeiv Einhorn et Michoel Weiner, Niddah vol 1 (a-39b), Brooklyn (NY), Artscroll Mesorah, 1996.
- Schreiber, Aaron M. *Jewish Law and Decision-Making: A study Through Time*, Philadelphie (PA), Temple University Press, 1979.
- Schultz, Fritz. *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1946.
- Scrutton, Thomas Edward. *The Influence of Roman Canon Law on the Law of England*, Littleton (Colorado), F B Rothman, 1985.
- Sénèque, *L'homme apaisé : colère et clémence*, traduit du latin par Paul Chemla, Paris, Arléa, 1990.
- Sfar, Joann. *Le Chat du rabbin*, t 1 « La Bar-Mitsva », Paris, Dargaud, 2002.

- Sherman, Charles P. « A Brief History of Medieval Roman Canon Law in England » (1920) 68:3 U Pa L Rev and American L Register 233.
- Slezner, Cyril. *Conscience, Réforme et Révolution, les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais aux XVIe et XVIIe siècles*, doctorat de philosophie, sous la dir de Laurent Jaffro, Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenu le 13 novembre 2010.
- Smith, Thomas. *De Republica Anglorum*, édité par Mary Dewar, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- Sophocle. *Œdipe Roi*, traduit par Jean-Paul Savignac, Paris, Différence, 2006.
- Steinsaltz, Adin. *The Essential Talmud*, traduit de l'hébreu par Chaya Galai, New York, Basic Books, 13<sup>e</sup> éd, 2006.
- Stephen, James F. *A History of the Criminal Law of England*, New York, Burt Franklin, 1883.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, 3 vols, New York, B Franklin, 1964.
- Strachan-Davidson, James Leigh. *Problems of the Roman Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1912.
- Stroehlin, Ernest. *Essai sur le montanisme*, thèse, Faculté de théologie protestante de Strasbourg, 1870.
- St-Yves, Michel et Jacques Landry, dirs. *Psychologie des entrevues d'enquête : De la recherche à la pratique*, Montréal, Éditions Yvons Blais, 2004.
- Tallon, Alain. *Le Concile de Trente*, Paris, Cerf, 2000.
- Taman, Stephen. *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham (NC), Carolina Academic Press, 2010.
- Tardif, Adolphe. *Histoire des sources du droit canonique*, Paris, Alphonse Picard, 1887.
- Taylor, Charles. *Les Sources du moi : La formation de l'identité moderne*, traduit de l'anglais par Charlotte Melançon, Montréal (QC), Boréal, 2003.
- Taylor, Chloë. *The Culture of Confession from Augustine to Foucault: A Genealogy of the Confessing Animal*, New York, Routledge, 2009.
- Tentler, Thomas N. *Sin and Confession on the Eve of the Reformation*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1977.
- Tertullien. *La Pénitence*, traduit par Charles Munier, Paris, Cerf, 1984.

- Tertullien. *La Pudicité*, traduit par Charles Munier, t 1, Paris, Cerf, 1993.
- Thayer, James Bradley. *A preliminary treatise on evidence at the common law*, Boston, Little, Brown, and Co, 1898.
- Thomas III, Georges C et Richard A Leo. *Confessions of Guilt, from Torture to Miranda and Beyond*, New York, Oxford University Press, 2012.
- Thonissen, Jean-Joseph. *Études sur l'histoire criminelle des peuples anciens*, t 2, Paris, A Durand & Pedone Lauriel, 1869.
- Thonissen, Jean-Joseph. *Le droit pénal de la République Athénienne (Précédé d'une étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire)*, Paris, A Durand & Pedone Lauriel, 1875.
- Tite-Live. *Œuvres complètes (Histoire romaine)*, traduit par Michel Nisard, t 2, Paris, Firmin-Didot, 1864.
- Tournier, Clara. *L'intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-en-Provence, 2003.
- Triccaud, François. *L'accusation, recherche sur les figures de l'agression éthiques*, Paris, Dalloz, 1977.
- Tsimtsoum, Marc-Alain Ouaknin. *Introduction à la méditation hébraïque*, Paris, Albin Michel, 1992.
- Ullmann, Walter. *The Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1966.
- Vajda, Georges. *Introduction à la pensée juive au Moyen Âge*, Paris, Vrin, 1947.
- Van Caenegem, Raoul C. *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, Londres, Quaritch, Selden Society, 1959.
- Van Caenegem, Raoul C. *The Birth of the English Common Law*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 1973.
- Verdier, Raymond. *La vengeance : études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, Paris, Cujas, 1980.
- Veyne, Paul. *Comment on écrit l'histoire*, coll « Points Histoire », Paris, Seuil, 1978.
- Veyne, Paul. *Foucault révolutionne l'histoire*, coll « Points Histoire », Paris, Seuil, 1978.
- Veyne, Paul. *Foucault, sa pensée, sa personne*, Paris, Albin Michel, 2008.
- Veyne, Paul. *L'empire gréco-romain*, Paris, Seuil, 2005.
- Veyne, Paul. *Sénèque : une introduction*, Paris, Tallandier, 2007.

- Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.
- Vincent, Catherine. *Introduction à l'histoire de l'Occident médiéval*, coll « Livre de poche », Paris, Livre de Poche, 1995.
- Voltaire. *Commentaires sur le Traité des délits et des peines*, Paris, Garnier Frères, 1879.
- Voltaire. *L'affaire Calas*, Paris, Flammarion, 2009.
- Von Jhering, Rudolf. *L'esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd, Librairie A Marescq, 1886.
- Weber, Max. *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1985.
- Weber, Max. *Le judaïsme antique*, Paris, Plon, 1970.
- Weber, Max. *Sociologie des religions*, textes réunis, traduits et présentés par Jean-Pierre Grossein, Paris, Gallimard, 1996.
- Weill, Grand Rabbin Michel Aaron. *Le judaïsme, ses dogmes et sa mission : 3<sup>ème</sup> partie : Providence et Rémunération*, Paris, Librairie A Franck, 1869.
- Werner, Charles. *La Philosophie grecque*, Paris, Payot, 1962.
- Whitman, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt*, New Haven (CT) et Londres, Yale University Press, 2008.
- Wiesel, Elie. *Rashi*, Paris, Grasset, 2010.
- Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 5 vols, Boston, Little, Brown and Co, 1923.
- Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, éd révisée par John T McNaughton, Boston, Brown & co, 1961.
- Wigoder, Geoffrey, dir. *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme*, traduit par Sylvie Anne Goldberg, dir, Paris, Cerf, 1996.
- Wright, David P. *Inventing God's Law: How the Covenant Code of the Bible Used and Revised the Law of Hammurabi*, New York, Oxford University Press, 2009.

## **II – Articles de périodiques, articles publiés dans des ouvrages collectifs, chapitres de monographies et allocutions**

- Adela, Abella. « La construction, entre une psychanalyse des contenus et une psychanalyse des processus : transformation ou défense? » (2008) 72:5 Rev Fr Psychanal 1631.
- Allen, Ronald J. « Truth and its Rivals » (1998) 49 Hastings LJ 310.
- Alschuler, Albert W. « A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent » (1996) 94-8 Mich L Rev 2625.
- Ames, Seth. « Testimony of Persons Accused of Crimes » (1867) 1 Am Law Rev 443.
- Anand, Sanjeev. « The Origin, Early History, and Evolution of English Criminal Trial Jury » (2005) 43 Alta L Rev 407.
- Arnoux, Mathieu. « Croissances et crises dans le monde médiéval XI<sup>e</sup> – XV<sup>e</sup> siècle : Réflexions et pistes de recherches » (2005) 46:1 Cahiers du monde russe 115.
- Astaing A et G Clément. « Les “Muets Volontaires” dans la procédure pénale française de l’époque moderne et contemporaine » (2002) 70-3-4 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 291.
- Astaing, Antoine. « La mise au secret et la recherche de l’aveu (XVe –XVIIIe siècle) » dans Bernard Durand, dir avec la collaboration de Leah Otis-Cour, *La torture judiciaire : Approches historiques et juridiques*, Lille, 2002, 891.
- Bader, Cheryl G. « Forgive Me Victim for I Have Sinned: Why Repentance and the Criminal Justice System Do Not Mix – A Lesson from Jewish Law » (2003-2004) 31 Fordham Urb L J 69.
- Baldwin, John W. « Paris et Rome en 1215 : les réformes du IV<sup>e</sup> concile de Latran » (1997) 1-1 Journal des savants 99.
- Baldwin, John W. « The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 Against Ordeals » (1961) 36:4 Speculum 613.
- Banniard, Michel. « Vrais aveux et fausses confessions du IXe au XIe siècle : vers une écriture autobiographique » dans *L’aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 215.
- Barthélemy, Dominique. « Présence de l’aveu dans le déroulement des ordalies (IX<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des*

- institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 191.
- Beattie, J M. « Scale of Justice : Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and the Nienteenth Century » (1991) 9:2 L & Hist Rev 221.
- Bentz, Andrew JM. « The Original Public Meaning of the Fifth Amendment and Pre-Miranda Silence » (2012) 98 Va L Rev 897.
- Berlioz, Jacques. « Les ordalies dans les exempla de la confession (XIIIe-XIVe siècle) » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 315.
- Berman, Harold J. « The Origins of Western Legal Science » (1977) 90:5 Harv L Rev 894.
- Biarne, Jacques. « Le monastère : un modèle de société organisée et structurée d'après les règles des IV<sup>e</sup>-VI<sup>e</sup> siècles » dans M Molin, dir, *Images et représentations du pouvoir et de l'ordre social dans l'Antiquité : Actes du colloque d'Angers, 28 et 29 mai 1999*, Paris, 2001, 111.
- Biarne, Jacques. « Le temps du moine d'après les premières règles monastiques d'Occident (IV-VI<sup>èmes</sup> siècles) » dans Jean-Marie Leroux, *Le temps chrétien de la fin de l'antiquité au moyen âge : III-XIII<sup>èmes</sup> siècles*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, 99.
- Biarne, Jacques. « Maître spirituel et règle cénobitique », dans Françoise Thélamon, dir, *Sociabilité, pouvoirs et société : Actes du Colloque de Rouen*, Rouen, Publications de l'université de Rouen, 1987, 223.
- Bibas, Stephanos et Richard A Bierschbach « Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure » (2004) 114 Yale LJ 85.
- Bibas, Stephanos. « Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial » (2004) 117:8 Harv L Rev 2463.
- Blanc, Alain. « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction » (2005) 7-8 AJ pénal 271.
- Blockx, K. « L'affichage des 95 thèses de Luther : État de la question » (1967) 62:3 Revue d'Histoire Ecclésiastique 776.

- Boehm, Dana Carver. « Waterboarding, Counter-resistance, and the Law of Torture: Articulating the Legal Underpinnings of U.S. Interrogation Policy » (2009) 41 U Tol L Rev 1.
- Boizat, Pierre. « La loyauté dans la recherche de la preuve » dans *Problèmes contemporains de procédure pénale : Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964.
- Bonand, Ronald. « De la métempsyose » (1988) 0:142 Diogène 83.
- Boudon, Raymond. « La rationalité du religieux selon Max Weber » (2001) 1 L'Année sociologique 9.
- Boulanger, Marc. « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance criminelle d'août 1670 » (2000) 47:1 R Hist Moderne 7.
- Boulnois, Olivier. « Réelles intentions : nature commune et universaux chez Duns Scot » (1992) 97:1 Revue Métaphysique et de Morale 3.
- Bourgeois, Marc Louis. « Les quatre vérités : philosophique (aletheia), scientifique (apodicité), juridique (l'intime conviction), humaine (biosociopsychopathologie) » (2012) 170:2 Ann Med Psychol 88.
- Bredin, Jean-Denis. « Le doute et l'intime conviction » (1996) 23 Droits 21.
- Brettler, Marc Zvi. « The Hebrew Bible and the Early Story of Israel » dans Judith R Baskin et Kenneth Seeskin, dir, *The Cambridge Guide to Jewish History, Religion, and Culture*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2010, 6.
- Brodin, Pierre. « Quelques aspects de la vie religieuse en nouvelle-angleterre au XVIIe siècle » (1934) 9:12 Revue d'histoire moderne 97.
- Broggini, Gerardo. « La preuve dans l'ancien droit romain » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 222.
- Byk, Christian. « Neurosciences et administration de la preuve pénale devant les juridictions des États-Unis » (2011) 2011:106 Médecine & Droit 59.
- Cardascia, Guillaume. « L'apparition dans le droit des classes d'*honestiores* et d'*humiliores* » (1950) RHD 305 et 461.
- Chalus, Delphine. « La dialectique "aveu – droit au silence" dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé » (2009) 43 RJT 311.



- Chaniotis, Angelos. « Under the Watchful Eyes of the Gods: Divine Justice in Hellenistic and Romana Asia Minor » dans Stephen Colvin, dir, *The Greco-Roman East, Politics, Culture, Society*, coll « Yale Classical Studies », vol XXXI, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, 1.
- Chasse, K. « Plea Bargaining is Sentencing » (2009) 14:1 Can Crim L Rev 55.
- Cheney, Edward P. « The Court of Star Chamber » (1913) 18:4 Am Hist Rev 727.
- Chiffolleau, Jacques. « Sur la pratique et la conjecture de l'aveu judiciaire en France du XIIIème au XVème siècle », dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 341.
- Cicéron. « Traité des lois » dans *Œuvres complètes de Cicéron*, traduit par M Nisard, t 4, Paris, Firmin-Didot, 1874, 356.
- Cockburn, James Swanston. « Introduction » dans *Calendar Assize Records: Home Circuit Indictments Elizabeth I and James I*, Londres, HMSO Stationery Office Books, 1995.
- Compton, Thomas K. « The Murderers of Thomas Becket » (1973) 35:2 The Historian 238.
- Cortese, Ennio. « Théologie, droit canonique et droit romain : Aux origines du droit savant (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> s.) » (2002) 146:1 Comptes-rendus des séances de l'année 2002 - Académie des inscriptions et belles-lettres 57.
- Crick, Julia. « Pristinās Libertas: Liberty and the Anglo-Saxons Revisited » (2004) 14:6 Transactions of the Royal Historical Society 47.
- Cullen, Murray C et M T Bradley, « Positions of Truthfully Answered Controls on Control Question Tests with the Polygraph » (2004) 36:3 Canadian Journal of Behavioural Science 167.
- Damaska, Mirjan. « Adversary system » dans *Encyclopedia of crime and Justice*, 2<sup>e</sup> éd par Joshua Dressler, New York, Macmillan Reference, 2002, 25.
- Damaska, Mirjan. « Truth in Adjudication » (1998) 49 Hastings LJ 49.
- Darrow-Kleinhaus, Suzanne. « The Talmudic Rule Against Self-Incrimination and the American Exclusionary Rule: A Societal Prohibition Versus an Affirmative Individual Right » (2002) 21 NYL Sch J Int'l & Comp L 205.
- Dauchy, Serge et Véronique Demars-Sion. « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage? » (2004) 82:2 RHD 171.

- David, Jean-Michel. « La faute et l'abandon : Théories et pratiques judiciaires à Rome à la fin de la République » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 69.
- Dekkers, René. « Des ordalies en droit romain » (1948) 1 *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 54.
- Démosthène. « Contre Aristogiton II » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Georges Mathieu, t 4, Paris, Belles Lettres, 1945.
- Démosthène. « Discours XXI Contre Midias » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Jean Humbert, t 2, Paris, Belles Lettres, 1959, 14.
- Démosthène. « Discours XXII Contre Androtion » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Rodolphe Dareste, t 1, Paris, E Plon, 1879.
- Démosthène. « Discours LVII Contre Euboulidès » dans *Plaidoyers civils*, t 4, traduit par Louis Gernet, Paris, Belles Lettres, 1954.
- Démosthène. « Discours XLVIII Contre Olympiodoros » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 2, Paris, Belles Lettres, 1954, 231.
- Démosthène. « Discours XXIV Contre Timocrate » dans *Plaidoyers politiques*, traduit par Octave Navarre et Pierre Orsini, t 1, Paris, Belles Lettres, 1945, 114.
- Démosthène. « Discours XXVIII Contre Aphobos II » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 1, Paris, Belles Lettres, 1954, 53.
- Démosthène. « Discours XXXVI Pour Phormion » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, t 1, Paris, Belles Lettres, 1954, 199.
- Démosthène. « Discours XXXVII Contre Panténètos » dans *Plaidoyers civils*, traduit par Louis Gernet, Paris, t 1, Belles Lettres, 1954, 243.
- Depreux, Philippe. « Ambitions et limites des réformes culturelles à l'époque carolingienne » (2002) 304-3 *Rev historique* 721.
- Des Longrais, Frédéric Joüon. « La preuve en Angleterre depuis 1066 », dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 193.
- Descimon, Robert. « La royauté française entre féodalité et sacerdoce roi seigneur ou roi sacerdotale » (1991) 112:3 *Revue de synthèse* 455.

- Desrosiers, Julie, Fannie Lafontaine et Alexandre Stylios. « Les garanties juridiques énoncées aux articles 12, 13 et 14 de la *Charte* » dans Stéphane Beaulac et Errol Mendes, dir, *Charte canadienne des droits et libertés / Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5<sup>e</sup> éd, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, 879.
- Doyle, A. « How not to think about crime in the Media » (2006) 48:6 Can J Corr 867.
- Duffé, Bruno-Marie. « La sollicitation de l'altérité » dans Renaud Dulong, dir, *L'aveu : Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 258.
- Eckert, Raphaël. « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII<sup>e</sup> s. – débute du XIII<sup>e</sup> s.) » (2011) 228:4 Revue de l'histoire des religions 483.
- Feenstra, Robert. « La preuve dans la civilisation romaine », dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 633.
- Ferrera, Dario C et Sandra A Sawicki, « Decretium Gratiani, Conerstone of Canon Law » (1977) 34:4 Q J Libr Congr 327.
- Foreville, Raymonde. « Latran I, II, III et Latran IV » dans *Histoire des conciles oecuméniques*, t 6, Paris, l'Orante, 1965.
- Foucault, Michel. « La vérité et les formes juridiques » dans François Ewald et Daniel Defert, dir, *Dits et écrits*, t 1 « 1954-1975 », Paris, Gallimard, 2001, 1406.
- Foucault, Michel. « Sexualité et solitude » dans François Ewald et Daniel Defert, dir, *Dits et écrits*, t 1 « 1954-1975 », Paris, Gallimard, 2001, 987.
- Foyer, Dominique. « Regard théologique sur la torture », dans Bernard Durand, dir avec la collaboration de Leah Otis-Cour, *La torture judiciaire : Approches historiques et juridiques*, Lille, 2002, 361.
- Foyer, Jean. « L'Ordonnance de Villers-Cotterêts », dans *Comptes rendus des séances – Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, t 3, Paris, Diffusion de Boccard, 1989.
- Fraher, Richard M. « The Theoretical Justification for the New criminal Law of the High Middle Ages: Rei Publicae Interest, ne Criminal Remaneant Impunita » (1984) 183:3 Ill Law Rev 577.
- François, Jean. « Aveu, vérité, justice et subjectivité autour d'un enseignement de Michel Foucault » (1986) 7 RIEJ 163.

- Freud, Sigmund. « Analyse avec fin et analyse sans fin », dans *Résultats, idées, problèmes*, t II « (1921-1938) », Paris, Presses Universitaires de France, 1984, 231.
- Freud, Sigmund. « La psychanalyse et l'établissement des faits en matière judiciaire par une méthode diagnostique » dans *Essais de psychanalyse appliquée*, traduit de l'allemand par Marie Bonaparte et E Marty, réimpression, coll « Idées. Sciences humaines » n° 263, Paris, Gallimard, 1971, 45.
- Freud, Sigmund. « Psychanalyse et médecine, ou la question de l'analyse profane » dans *Ma vie et la psychanalyse*, traduit de l'allemand par Marie Bonaparte, coll « Idées. Sciences humaines » n° 169, Paris, Gallimard, 1971, 94.
- Freud, Sigmund. « Psychanalyse et théorie de la libido » dans *Résultats, idées, problèmes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.
- Gagarin, Michael. « Early Greek Law » dans *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, 82.
- Gallini, Brian R. « Police “Science” in the Interrogation Room: Seventy Years of Pseudo-Psychological Interrogation Methods to Obtain Inadmissible Confessions » (2010) 61:3 Hastings LJ 529.
- Ganshof, François-Louis. « La preuve dans le droit franc », dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 71.
- Gaudemet, Jean. « Les ordalies au Moyen-Âge : doctrine, législation et pratique canonique » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 98.
- Gkotsi, GM, V Moulin et J Gasser. « Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française » (2016) 42:3 L'Encéphale 199.
- Goldberg, Arnold. « La psychanalyse postmoderne » (2001) 65:1 Rev Fr Psychanal 259.
- Goldstein, Abraham S. « Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure » (1974) 26 Stan L Rev 1009.
- Goodpaster, Gary. « On the theory of American adversary criminal trial » (1987) 78 J Crim L & Criminology 118.

- Grano, Joseph D. « Selling the Idea to Tell the Truth: The Professional Interrogator and Modern Confessions Law (Book Review) » (1986) 89:4 J Crim L & Criminology 1465.
- Gudjonsson Gisli H et James A C MacKeith. « Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects » (1988) 28 Med Sci Law 187.
- Hahn, Aloïs. « Contribution à la sociologie de la confession et autres formes institutionnalisées d'aveu : autothématisation et processus de civilisation » (1986) 62-63 Actes Rech Sci Soc 54.
- Halperin, Jean-Louis. « La preuve judiciaire et la liberté du juge » (2009) 84:1 Communications 21.
- Hay, Douglas. « Property, Authority and Criminal Law » dans *Albion's Fatal Tree: Crime Society in Eighteenth-Century England*, London, A Lane, 1975.
- Hélène Dumont, « Contrer la contre-réforme en matière punitive : Comment s'y prendre et comment repenser la réforme de la pénologie canadienne », dans Patrick Healy et Patrick Molinari, dirs, *Détermination et l'exécution des peines : La pénologie mise en pratique - 2010*, Montréal, ICAJ, 2012.
- Helmholz, Richard H. « Magna Carta and the "ius commune" » (1999) 66:2 U Chicago L Rev 297.
- Helmholz, Richard H. « The Early History of the Grand Jury and the Canon Law » (1983) 50:2 U Chicago L Rev 613.
- Hill, Christopher. « La révolution anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle : Essai d'interprétation » (1959) 221:1 Reue Historique 5.
- Hill, Lamar M. « The Two-Witnesses Rule in English Treason Trials : Some Comments on the Emergence of Procedural Law » (1968) 12:2 Am J Leg Hist 95.
- Humbert, Michel. « Droit et religion dans la Rome antique » dans *Droit et Religion* dans *Archives de philosophie du droit*, t 38, Sirey, 1993, 35.
- Jackson, John D. « Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: an Evolutionary Approach » (1988-1989) 10 Cardozo L Rev 475.
- Jaeger, Hasso. « La preuve rabbinique et patristique » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 429.

- Jansson, Maija. « Matthew Hale on Judge and Judging » (1988) 9:2 *Journal of Legal History* 201.
- Johnson, Donald et al. « Use of Forensic Science in Investigating Crimes of Sexual Violence: Contrasting its Theoretical Potential With Empirical Realities » (2012) 18:2 *Violence Against Women* 193.
- Joly, Henry. « Sur la tête de Gorgias : Le “parler beau” et le “dire vrai” dans Le Banquet de Platon » (1990) 4:1 *Argumentation* 5.
- Kalyvas, Andreas. « The Tyranny of Dictatorship, When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator » (2007) 35:4 *Political Theory* 412.
- Kant, Emmanuel. « Fondements de la métaphysique des mœurs », dans Emmanuel Kant, *Œuvres philosophiques*, éd sous la direction de Ferdinand Alquié, t II « Des prolégomènes aux écrits de 1797 », coll « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1985, 279.
- Kassin, Saul M et al. « Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations », (2010) 34:1 *Law and Human Behavior* 3.
- Kelly, Henry Ansgar. « Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconception and Abuses » (1988) 54:4 *Church History* 439.
- Kiening, Christian. « Rencontre des vivants et des morts à la fin du Moyen-Âge » (1995) 50:5 *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 1157.
- Kitsikopoulos, Harry. « The Impact of Black Death on Peasant Economy in England, 1350-1500 » (2002) 29:2 *Journal of Peasant Studies* 71.
- L’Hermite-Leclercq, Paulette. « La torture judiciaire Chez Thomas d’Aquin », dans Bernard Durand, dir avec la collaboration de Leah Otis-Cour, *La torture judiciaire : Approches historiques et juridiques*, Lille, 2002, 331.
- Laingui, André. « Le droit pénal canonique source de l’ancien droit pénal laïc » dans *Églises et pouvoir politique : Actes des journées internationales d’histoire du droit d’Angers, 30 mai - 1<sup>er</sup> juin 1985*, Angers, Presses de l’Université d’Angers, 1987.
- Langbein, John H. « Albion's Fatal Flaw » (1983) 98 *Past & Present* 96.
- Langbein, John H. « The Origins of Public Prosecution at Common Law » (1973) 17:4 *Am J Leg Hist* 313.

- Langbein, John H. « The Historical Origins of the Of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1992) 92 Mich L Rev 1047.
- Langbein, John H. « Torture and Plea Bargaining » (1978) 46 U Chi L Rev 3.
- Langbein, John H. « Understanding the Short History of Plea Bargaining » (1979) 13 Law & Society Rev 261.
- Langbein, John L. « The Prosecutorial Origin of the Defense Counsel » (1999) 58 Cambridge LJ 314.
- Laurence, Jean-Roch. « Hypnose et mémoire » dans Michel St-Yves et Jacques Landry, dirs, *Psychologie des entrevues d'enquête : De la recherche à la pratique*, Montréal, Éditions Yvons Blais, 2004, 221.
- Le Goff, Jacques. « La déférence a-t-elle existé au Moyen Âge? » (2000) 69:1 Communications 27.
- Lebras, Gabriel. « La justice » dans *Histoire de l'Église depuis les origines jusqu'à nos jours : Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale*, Bruxelles, Blond et Gay, 1959.
- Legendre, Pierre. « De Confessis, Remarques sur le statut de la parole dans la première scolastique » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 401.
- Lemosse, Maxime. « Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil romain » dans *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique : Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 179.
- Lévy, Jean-Philippe. « Cicéron et la preuve judiciaire » dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 187.
- Lévy, Jean-Philippe. « L'évolution de la preuve des origines à nos jours » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 9.
- Lévy, Jean-Philippe. « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen-Âge » (1944) 25:1 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Leg Hist Rev 1.
- Lévy, Jean-Philippe. « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen-Âge » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 137.

- Lévy-Bruhl, Henry. « Sur la laïcisation du droit à Rome » (1956) 4 *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 83.
- Lucas, Henry S. « The Great European Famine of 1315, 1316 and 1317 » (1930) 5:4 *Speculum* 343.
- MacCormack, Sabine. « The Virtue of Work, an Augustinian Transformation » (2002) 9 *Antiquité Tardive* 219.
- MacDonald, John M. « Truth Serum » (1955) 46:2 *J Crim Law Criminol* 259.
- Macnair, Mike. « Vicinage and the Antecedents of the Jury » (1999) 17:3 *L & Hist Rev* 537.
- Mactoux, Marie-Madeleine. « Les pratiques discursives comme stratégies de reconnaissance » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 27.
- Maradin, Jean-Marie. « Analyse des dimensions constitutives de l'aveu en réponse à une accusation » dans Renaud Dulong, dir, *L'aveu : Histoire, sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, 135.
- Mirhady, David C. « Torture and Rhetoric in Athens » (1996) 116 *JHS* 119.
- Mocca, Sergio. « Vérité substantielle et vérité du procès » (2000) 24:1 *RDS* 109.
- Mollat, Michel. « La notion de pauvreté au Moyen Âge : position des problèmes » (1996) 52:159 *Revue de l'histoire de l'Église* 5.
- Mommsen, Theodor. « Le droit pénal romain » dans *Manuel des antiquités romaines*, vol 2, Paris, A Fontemoing, 1907, 147.
- Montefiore, Alan. « La fonction du récit personnel » dans Renaud Dulong, dir, *L'aveu : Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 269.
- Morgan, Edmund M. « The Privilege Against Self-Incrimination » (1949-1950) 34 *Minn L Rev* 1.
- Morin, André Albert. « De l'étude des racines chrétiennes des droits pénaux français, britannique et canadien » (2002) 32 *RGD* 213.
- Oakley, Thomas P. « The Origins of Irish Penitential Discipline » (1933) 19:3 *The Catholic Historical Review* 320.
- Ofshe Richard J et Richard A Leo. « The Consequences of False Confessions : Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation » (1998) 88 *J Crim L & Criminology* 429.



- Ofshe Richard J et Richard A Leo. « The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action » (1997) 74 Denv UL Rev 979.
- Paciocco, David M. « Balancing the Rights of the Individuals and Society in Matter of Truth and Proof: Part II Evidence About Innocence » (2002) 81 R du B can 39.
- Paciocco, David M. « Evidence About Guilt: Balancing the Rights of the Individual and Society in Matters of Truth and Proof » (2001) 80 R du B can 433.
- Paciocco, David M. « Understanding the Accusatorial System » (2010) 14 Can Crim L Rev 307.
- Packer, Herbert L. « Two models of the Criminal Process » (1964) 113 U Pa L Rev 1.
- Palazzo, Éric. « Foi et croyance au Moyen-Âge : Les médiations liturgiques » (1998) 53:6 Annales. Histoire, Sciences Sociales 1131.
- Pancer, Nira. « “Crimes et châtements” monastiques : aspects du système pénal cénobitique occidental (Ve et Vie siècles) » (2003) 2 Le Moyen Age 261.
- Patterson, Daniel W. « A Note on the Classical Origin of “Circumstances” in the Medieval Confessional » (1946) 43:1 Studies in Philology 6.
- Perroy, Edouard. « À l’origine d’une économie contractée : les crises du XIVème siècle » (1949) 4:2 Ann Hist Sci Soc 167.
- Petit, Alain. « L’art de parler dans le Phèdre de Platon » (1995) 15:1 Hermès, La Revue 31.
- Phifer, James R. « Law, Politics, and Violence: The Treason Trials Act of 1696 » (1980) 12:3 Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies 235.
- Platon. « Protagoras » dans *Œuvres complètes*, traduit par Léon Robin, t 1, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1940, 273.
- Platon. « La République » dans *Œuvres complètes*, traduit par Léon Robin, t 1, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1940, 857.
- Popper, Karl R. « Three Worlds », The Tanner Lecture on Human Values, présenté à The University of Utah, 7 avril 1978 [non publiée], en ligne <[www.tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/p/popper80.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/p/popper80.pdf)>.
- Postan, Michael. « Some Economic Evidence of Declining Population in the Later Middle Ages » (1950) 2:3 Econ Hist Rev 221.

- Préaux, Claude. « La preuve à l'époque hellénistique, principalement dans l'Égypte grecque » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 48.
- Pringsheim, François. « Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque » (1951) 6 RIDA 161.
- Pugliese, Giovanni. « La preuve à l'époque classique » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 277.
- Pye, A Kenneth. « The Role of Counsel in the Suppression of Truth » (1978) 27:4 Duke LJ 921.
- Pythagore. « Les vers d'or » cité dans Hiéroclès Hiéroclès, *Commentaires sur les vers d'or des Pythagoriciens*, traduit par Mario Meunier, Paris, L'Artisan du Livre, 1916.
- Reiman Jeffrey et Ernest van den Haag. « On the Common Saying That it is Better That Ten Guilty Persons Escape Than That One Innocent Suffer: Pro and Con » (1990) 7:2 Soc Philos Policy 226.
- Rocher, Guy. « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29:1 Cahiers de droit 91-120.
- Rosenberg, Yale et Irene Rosenberg. « In the Beginning, the Talmudic Rule Against Self-Incrimination » (1988) 63 NYU L Rev 965.
- Rosenwein, Barbara H. « Y avait-il un "moi" au haut Moyen Âge? » (2005) 307-1 Rev Historique 31.
- Sagui, Samantha. « The Hue and Cry in Medieval English Towns » (2014) 87:236 Hist Res 179.
- Sautel, Gérard. « La preuve dans le droit grec archaïque » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 117.
- Schmitt, Jean-Claude. « La "découverte de l'individu" : une fiction historiographique? » dans *La fabrique, la figure et la Jante : fictions et statut des fictions en psychologie*, Paris, Vrin, 1989.

- Sebban, Joël. « La genèse de la “morale judéo-chrétienne” : étude sur l’origine d’une expression dans le monde intellectuel français » (2012) *Revue de l’histoire des religions* 1.
- Sénèque. « De la tranquillité de l’âme » dans Sénèque, *Les Œuvres de Sénèque le Philosophe*, traduit par Michel Charpentier et Félix Lemaistre, t II, Paris, Garnier, 1860, 109.
- Shapiro, Alexander H. « Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696 » (1993) 11:2 *L & Hist Rev* 215.
- Silberg, Moshe. « Law and Morals in Jewish Jurisprudence » (1961-1962) 75 *Harv L Rev* 306.
- Sissa, Giulia. « L’aveu dans le dialogue » dans *L’aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 53.
- Smith, Steven. Veronica Stinson et Marc Patry, « Confession Evidence in Canada : Psychological Issues and Legal Landscapes » (2012) 18:3 *Psychol Crime Law* 317.
- Soubie, André. « Les preuves dans les plaidoyers des orateurs attiques » (1973) 20 *RIDA* 244.
- Soubie, André. « Les preuves dans les plaidoyers des orateurs attiques (II) » (1974) 21 *RIDA* 77.
- Stacy, Tom. « The Search for Truth in the Constitutional Criminal Procedure » (1991) 91 *Colum L Rev* 1360.
- Steffen, Thomas L. « Truth as a Second Fiddle: Reevaluating the Place of Truth in the Adversarial Trial Ensemble » (1988) 4 *Utah L Rev* 799.
- Stock, Brian. « Self, Soliloquy, and Spiritual Exercises in Augustine and Some Later Authors » (2011) 91:1 *J Relig* 5.
- St-Yves, Michel et Jacques Landry. « La pratique de l’interrogatoire de police » dans Michel St-Yves et Jacques Landry, dirs, *Psychologie des entrevues d’enquête : De la recherche à la pratique*, Montréal, Éditions Yvons Blais, 2004, 7.
- St-Yves, Michel. « La psychologie de l’aveu », dans Michel St-Yves et Jacques Landry, dirs, *Psychologie des entrevues d’enquête : De la recherche à la pratique*, Montréal, Éditions Yvons Blais, 2004, 31.
- Thelamon, Françoise. « Sociabilité, travail et loisir dans le monachisme antique » (1994) 86 *Arch Sci Soc Relig* 183.

- Theophilopoulos, C. « The Historical Antecedents of the Right to Silence and the Evolution of the Adversarial Trial System » (2003) 14 Stellenbosch L Rev 161.
- Thomas, Yan. « *Confessus pro iudicato* : L'aveu civil et pénal à Rome » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 89.
- Thomas, Yan. « L'aveu de la parole au corps (Rome, V<sup>e</sup> siècle av. J.-C. – IV<sup>e</sup> siècle apr. J.-C.) » dans Renaud Dulon, dir, *L'aveu : Histoire, sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, 17.
- Thomas, Yan. « Les procédures de la Majesté : La torture et l'enquête depuis les Julius-Claudiens » dans *Mélanges à la mémoire de André Magdelain*, Paris, Panthéon-Assas, 1998, 477.
- Tillet, Édouard. « La place de l'Inquisition dans la doctrine pénale des Lumières » dans Gabriel Audisio, dir, *Inquisition et pouvoir*, coll « Temps de l'histoire », Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2004, 340.
- Tilliette, Jean-Yves. « Saint Augustin entre Moïse et Jean-Jacques? L'aveu dans les confessions » dans *L'aveu : Antiquité et Moyen-Âge : Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)*, Rome, École française de Rome, 1986, 147.
- Turner, Ralph V. « The Origins of the Medieval English Jury: Frankish, English or Scandinavian? » (1968) 7:2 L & Hist Rev 1.
- Van Caenegem, Raoul C. « La preuve au Moyen-Âge occidental » dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol XVII « Preuve », Bruxelles, Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1965, 691.
- Van de Kerchove, Michel. « La vérité judiciaire: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? » (2000) 24:1 RDS 95.
- Van Steenberghen, Fernand. « L'édition critique des œuvres de Jean Duns Scot » (1952) 50-28 Rev Philos Louvain 603.
- Vigneron, Roger. « La "question" judiciaire vue par les jurisconsultes romains » dans Bernard Durand, dir avec la collaboration de Leah Otis-Cour, *La torture judiciaire : Approches historiques et juridiques*, Lille, 2002, 277.
- Vogel, Mary E. « The Social Origins of Plea Bargaining: An Approach to the Empirical Study of Discretionary Leniency? » (2008) 35 J Law Soc 201.

- White, Welsh S. « False Confessions and the Constitution: Safeguards against Untrustworthy Confessions » (1997) 32 Harv CR–CLL Rev 105.
- Wigmore, John Henry. « History of the Numerical System of Proof, or “Legal Proof” » (1923) 4:3 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Leg Hist Rev 249.
- Wigmore, John Henry. « Nemo Tenetur Seipsum Proder » (1891-1892) 5 Harv L Rev 71.
- Winkel, LC. « Some Remarks on the Date of the Rhetorica Ad Herennium » (1979) 32-3-4 Mnemosyne 327.
- Wolf, Aj. « Repairing Tikkun Olam. Capturin of the Talmudic-Zoharic notion of Tikkun Olam » (2001) 50:4 Judaism 479.
- Wolff, Hans Julius. « The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks » (1946) 6 Traditio 31.
- Zande, Daniel L Vande. « Coercice Power and the Demise of the Star Chamber » (2008) 50:3 Am J Leg Hist 326.

## **Autres sources**

Avalon Project, Yale Law School Lilian Goldman Law Library, *Assize of Clarendon, 1166*, en ligne : <[www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp](http://www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp)>.

Boston University School of Law, *Legal History: The Yearbooks*, en ligne : <[www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/](http://www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/)>.

Harvard Law School Library, *Grand Coutumier de Normandie*, manuscrit 91, circ 1300, en ligne : <[www.iiif.lib.harvard.edu/manifests/view/drs:11589675\\$1i](http://www.iiif.lib.harvard.edu/manifests/view/drs:11589675$1i)>.

National Conference of Commissioners On Uniform State Laws, *Uniform Rules of Evidence Act (Last Revised or Amended in 2005)*, Denver, NCCUSL, 2005, en ligne : <[www.uniformlaws.org/shared/docs/rules%20of%20evidence/uroea\\_final\\_99%20with%2005amends.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/rules%20of%20evidence/uroea_final_99%20with%2005amends.pdf)>.

Québec, Ministère de la Sécurité publique, *La sévérité pénale à l'heure du populisme*, Sainte-Foy (Qc), Ministère de la Santé publique, 2006.

Statistiques Canada, *Adult criminal court statistics in Canada, 2013/2014*, en ligne : <[www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2015001/article/14226-eng.htm](http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2015001/article/14226-eng.htm)>.

The Proceedings of the Old Bailey: London's Central Criminal Court, 1674 to 1913, en ligne : <[www.oldbaileyonline.org](http://www.oldbaileyonline.org)>.