

# *L'ABSOLUTIO AB INSTANTIA.*

## SON DEVELOPPEMENT EN EUROPE ET SES IMPLICATIONS CONSTITUTIONNELLES\*

1. - **Introduction.**- L'objectif de cette étude est de présenter une institution de la procédure pénale du *ius commune*. Comme cette notion de *ius commune* est utilisée de nos jours dans des acceptions diverses, il est ici nécessaire d'en expliquer le sens (1). D'un côté cette expression renvoie à l'époque de la prééminence du droit romano-canonique, entre le XII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle. D'un autre côté, elle implique l'idée d'une unité des droits européens continentaux. Actuellement, du moins en Allemagne, il est très à la mode de rappeler cette unité juridique, mais on a eu tort de la rechercher presque exclusivement dans le domaine du droit civil. Car si l'on envisage le droit pénal et la procédure pénale, cette unité est encore plus évidente, étant donnée l'unité de la culture européenne en la matière.

2. - **Origine.**- Pour expliquer l'expression *absolutio ab instantia*, il faut remonter aux sources romaines. En droit romain classique, un jugement est définitif : on ne peut plus révoquer un jugement dans la mesure où il a été rendu correctement. Mais ce qu'on ne connaissait pas encore dans le sens strict et actuel de l'expression, c'était l'autorité de la chose jugée. Ainsi était-il possible d'engager une nouvelle procédure sur la

---

\* Cet article reprend le texte d'une conférence faite à Paris le 17 janvier 1998 devant la Société d'Histoire du droit. Le thème de l'*absolutio ab instantia* est plus amplement développé dans ma thèse d'Habilitation, *Humanität und Staatsraison*, dont il constitue un aspect. Que Madame le Professeur Lefebvre-Teillard soit remerciée pour son hospitalité et pour l'aide que j'ai trouvée auprès de son Institut en 1996.

(1) Cf. Paul L. NEVE, (Europäisches) "Ius commune und (nationale) Gemeines Recht : Verwechslung von Begriffen ?"; *Wirkungen europäischer Rechtskultur, Fests. Für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, éd. G. KÖBER et H. NÉHLSSEN, Munich, 1997, p. 871-884.

même cause et de prononcer un autre jugement. Le principe de l'autorité de la chose jugée fut inventé par le droit canonique. P. Landau a montré comment Sicard de Crémone au XII<sup>e</sup> siècle et Sinibaldus Fliscus (Innocent IV) au XIII<sup>e</sup> ont introduit peu à peu ce principe dans la procédure de l'Eglise (2). Les légistes l'ont adopté aussitôt. Dès lors, le contenu d'un jugement ne peut plus être mis en doute et une seconde procédure dans la même cause est exclue par l'*exceptio rei judicatae*.

Par "instance", les Romains de l'époque classique désignaient la période pendant laquelle un édit était valable (3). Ensuite ce mot a désigné la durée de la procédure (4). Justinien avait déjà limité la durée des procédures civiles à trois ans maximum et les procédures pénales à deux ans seulement (5). Avec le principe d'autorité de la chose jugée, ces deux règles vont poser au juge un problème grave, notamment quand le jugement s'avère impossible soit du fait de la violation des règles de procédure, soit par défaut de preuves, alors que la durée légale de la procédure est presque expirée. Dans ce cas, le juge a le choix entre se résigner et laisser partir l'accusé, au mépris de l'intérêt public qui exige la punition des crimes, ou bien le condamner au mépris du droit. Il est clair qu'il fallait trouver une solution pour permettre aux juges d'échapper à ce dilemme.

Justinien avait décidé que, lorsqu'une partie faisait traîner la procédure en longueur ou lorsqu'elle était en fuite, le juge pouvait décider sur les frais du procès, et même dans quelques rares cas sur le fond du litige. La partie en fuite ne pouvait faire appel de cette décision, que Justinien avait appelée *absolutio ab observatione iudicii*. Cela signifie que la cour ne poursuit plus la cause ; l'instance est donc terminée. C'est pour cette rai-

(2) Peter LANDAU, "Ursprünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kanonischen Rechts", *ZRG KA* 56 (1970), p. 124-156, spéc. p. 127, 136, 143, 150 ; le principe de droit romain mentionné se trouve dans C. 9, 2, 9 (Dioclétien, a. 289) ; pour la réception en droit séculier, cf. Casus ad Criminales, glossa ord. ad C. 9, 44, 3, cl. 1826 ; Bernardus Papiensis, *Summa Decretalium*, éd. E.A.T. Laspeyres, Regensburg, 1840, II 1, 4, p. 33 ; Julius Clarus, *Opera omnia*, Francfort, 1572, V, § fin., q. 57, n. 2, p. 265.

(3) Cf. H. HEUMANN et E. SESKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11<sup>e</sup> éd. Graz, 1971, p. 273.

(4) Cf. Glose *Instantia*, glossa ord. ad X 1, 29, 24, p. 215 : "id est potestas" ; Albéric de Rosate, *Dictionarium*, p. 373, *instantia causae* ; cf. la définition large de Balde, *Margarita in commentarii Innocentii quarti*, rel. à Innocent IV, *Commentaria*, Francfort, 1570, repr. Francfort 1968, v<sup>o</sup> *instantia* ; Jocodus d'Erfurt, *Vocabularium iuris utriusque*, f<sup>o</sup> 62ra : "instantia est tempus quo iudicium discutitur et finiri debet".

(5) Pour le procès civil : C. 3, 1, 13, 2 (a. 530) ; pour le pénal : C. 9, 44, 3 (a. 529).

son que les glossateurs l'ont appelée *absolutio ab instantia* (6). Eu égard au principe d'autorité de la chose jugée, le grand avantage de cette institution est qu'elle ne constitue pas, en principe, une décision sur l'objet du litige. Il est évident qu'il y a là une solution au problème posé par le nouveau principe d'autorité de la chose jugée : les juges pouvaient alors rendre une sentence provisoire en indiquant par exemple qu'ils acquittaient *manentibus indiciis*, ou avec une *protestatio*.

3. - Développement.- Bien qu'il soit probable que l'*absolutio ab instantia* ait évolué en même temps que ce principe, il est néanmoins difficile de le prouver. Les post-glossateurs connaissaient plusieurs formes d'acquiescement, et non une stricte alternative entre acquiescement et relaxe. En droit canonique, pour les peines ecclésiastiques, il y avait l'acquiescement *ad cautelam*, c'est-à-dire une relaxe conditionnelle. Il y avait aussi l'acquiescement *ad reincidentiam*, prononcé sous condition résolutoire : le cas échéant, la relaxe pouvait cesser son effet (7). Ainsi le juge n'avait-il aucun problème pour prononcer un acquiescement seulement sur l'instance. Les auteurs ont parlé de cette institution et de ses différents cas d'application en se demandant s'il s'agissait d'un jugement interlocutoire. C'est le cas d'Innocent IV (8). Il l'évoquait encore à propos du jugement par défaut. Par la suite on la mentionne aussi dans le cas où le juge découvrait son incompétence, ou lorsqu'il y avait eu dans la procédure des erreurs graves rendant impossible toute décision, ou en l'absence de preuves suffisantes pour une condamnation. C'est ce dernier cas, à notre avis, qui a pris le plus d'importance. Les premiers à en dis-

(6) Vivianus, glose *Properandum*, glos. ord. ad C. 3, 1, 13 ; glose *Pronuntiatio*, gl. ord. ad Clem., 5, 11, 2, p. 237a ; Cynus, *Comment.* ad C. 9, 44, 3, n. 1, Francfort 1578, repr. Turin 1964, p. 565a ; Balde, *Comment.* ad C. 3, 1, 13, § Et si quidem n. 10, Venise, 1519. L'application en était particulièrement importante en matière d'hérésie : Nicolas Eymeric, *Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegne*, Venise, 1607, III, p. 482, comm. 39, n. 151 : "cum delictum est semiplene probatum, vel sunt talia indicia adversus reum, ut non possit simpliciter absolvi, ab instantia seu accusatione".

(7) Pour l'*absolutio ad cautelam*, v. X, 2, 20, 38 (= Innocent III, Po. 2270, a. 1204, 3 Comp. 2, 12, 11), et le commentaire d'Innocent IV, *Comment.* ad X 5, 29, 61 (sic), Francfort 1570, repr. Francfort 1968, f° 561 et s. ; Richard HELMHOLTZ, *The Spirit of classical Canon Law*, Athens (Georgie)-Londres, 1996, p. 376 ; Balde, *Margarita in commentariis Innocentii quarti*, op. cit., v° *Absolutio ad cautelam*. Pour l'*absolutio ad reincidentiam*, cf. Boniface VIII, Sexte, 5, 11, 22.

(8) Cette référence est peut-être la première : *Comment.* ad X 1, 29, 24, f° 130vb/131ra.

cuter sont Jean d'André dans la Glose ordinaire sur les Clémentines (9) et le légiste Jacques Butrigarius (†1348) (10). Il va de soi qu'on la trouve également chez Bartole et Balde (11). J'en déduis que l'acquiescement *ab instantia* était déjà connu au XIII<sup>e</sup> siècle, cette institution évoluant parallèlement à l'affermissement du principe de la chose jugée. Au XIV<sup>e</sup> siècle, l'*absolutio ab instantia* est établie et traitée scientifiquement par la doctrine. Antoine a Butrio (12) en discute l'application d'une manière qui annonce la problématique des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Il rapporte un cas de Jean Calderini, le fils adoptif de Jean d'André (†1365), dans lequel le crime n'est pas prouvé (13). Faute de preuve, le juge devrait acquiescer l'accusé, mais que peut-il faire s'il a des doutes contre l'accusé ? En bonne règle, il ne peut décider que sur des faits prouvés, et non selon sa conscience. Antoine a Butrio insiste sur le risque d'une relaxe : si l'on trouve des preuves plus tard, on ne pourra plus condamner : il propose donc d'acquiescer seulement *ab instantia*. Ainsi le juge peut-il en même temps respecter le droit de la preuve et suivre sa conscience. On voit par là quel parti la doctrine tire déjà de la flexibilité de l'institution, comment elle sait l'utiliser pour surmonter une difficulté technique tout en facilitant l'action répressive des pouvoirs publics.

4. - **Fonction de l'*absolutio ab instantia*.**- Comme on l'a expliqué, cette institution pouvait servir de correctif à la rigidité du droit, en particulier dans le domaine de la preuve (système des preuves légales). Mais la théorie des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles a rendu ce système encore plus flexible en le combinant avec l'usage de l'emprisonnement et de la peine extra-

(9) P. ex. glose *pronuntiatio*, *Gl. ord. ad Clem.* 5, 11, 2, p. 237a : "[...] ut sibi ex alia causa agentis non obstat exceptio rei iudicatae [...] expedit reo, ut liberare possit [...] suas defensiones formare, ut ex ineptitudine absolvatur ab instantia, et absolutus in principali, non possit iterum conveniri". Pour la datation, v. Peter LANDAU, "Johannes Andeae", in STOLLEIS (éd.) *Juristen*, Munich, 1995, p. 328.

(10) Lectura ad C. 3, 1, 13 § et si quidem (*Opera Iuridica rariora*, XIII), Paris, 1515, repr. Bologne, 1973, f<sup>o</sup> 89va.

(11) P. ex. Balde, Comment. ad C. 3, 1, 13 § et si quidem, n. 19 : "Secundo quaero utrum reo absoluto ab observatione iudicii : quia non liquet de causa posset actor iterato agere et dic quod sic". Plus tard, v. aussi Robert Maranta, *Speculum aureum*, Venise, 1568, Et pervenitur aliquando per viam inquisit., p. 241 n. 52.

(12) Sur cet auteur (1338-1408), v. Jörg MÜLLER, "Antonius a Butrio", in M. STOLLEIS, *Juristen*, Munich, 1995, p. 37 et s.

(13) Antonius a Butrio, *Super Secunda Primi Decretalium Commentarii*, Venise, 1578, repr. Turin, 1967, comment. ad X 1, 31, 1 n. 21, f<sup>o</sup> 69rb/va : "sed ipsum absolvet et actori silentium imponet, secundum Io. Cal. hoc non satisfaciat : quia illa sententia absolutoria actori praeiudicabit et in alia instantia, et sic faciet contra conscientiam. Cautum ergo esset, si confidit de probatione, illum absolvere observatione iudicii". L'opinion de Jean Calderini est également rapportée par Panormitain, *Lectura ad X* 1, 29, 28 § quia vero n. 8, Lyon, 1549, f<sup>o</sup> 94va.

ordinaire. Le juge peut aussi libérer l'accusé sous caution ou lui imposer de se présenter régulièrement devant le tribunal. L'accusé ne peut pas demander à être dédommagé des frais du litige (14). De ce point de vue, l'*absolutio ab instantia* est particulièrement caractéristique de la procédure pénale du *ius commune*. D'une part elle démontre la volonté des autorités publiques d'assurer l'effectivité des lois pénales et de maintenir l'ordre public comme raison d'être de l'Etat ; d'autre part elle révèle la force des structures juridiques. A l'évidence, il était hors de question d'abroger purement et simplement les contraintes juridiques qu'on trouvait gênantes. On préféra donc introduire une institution permettant de concilier les nécessités de l'ordre public avec les règles du droit. La flexibilité du *ius commune* a été parfois sous-estimée : pourtant, comme on peut le voir ici, le respect des règles pouvait faire bon ménage avec les solutions qu'appelait la pratique. Dans cette perspective, l'institution de l'*absolutio ab instantia* nous paraît être de nature à renforcer les pouvoirs publics bien avant l'apparition de l'Etat moderne. Envisagé dans la perspective constitutionnelle, le développement de la procédure pénale met ainsi en évidence les racines de l'Etat moderne, dès le moyen âge, dans le droit des cités italiennes.

5. - **Diffusion en Europe.**- Dans la mesure où l'*absolutio ab instantia* est liée à la mise en œuvre d'autres règles du *ius commune*, il n'est pas surprenant qu'elle se répande dans tous les pays du *ius commune* au fur et à mesure de sa réception. Au XVI<sup>e</sup> siècle, en dehors de l'Italie, on la trouve aussi en Espagne, et jusqu'en Suède et en Ecosse (15). On la rencontre également dans le Saint-Empire, bien que cette observation ait été vivement contestée au siècle dernier (16). Il est vrai que tout ceci est difficile à établir du fait de la rareté des sources. Mais en 1532 la Caroline (art. 99) parle des différents degrés de l'acquiescement. Comme les autres formes d'acquiescement partiel n'étaient pas très importantes, il s'agit sans aucun doute d'une allusion à l'*absolutio ab instantia*. Les pre-

(14) Cf. Sebastiano Guazzini, *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum, reorum & condemnatorum super quocumque crimine*, Lyon, 1672, def. 30, 44 n. 4, p. 126 ; Julius Clarus, lib. V, § fin., q. 46 n. 11, p. 234 et n. 13, p. 235.

(15) Cf. Göran INGER, *Institutet 'insättande på bekännelse' i svensk processrätts historia*, (Rättshistorisk bibliotek, 25), Lund, 1976, p. 24 et s., 199 ; *id.*, *Erkännandet i Svensk Processrätts historia*, t. 2 : 1648-1948, Lund, 1994, p. 65, 334 ; James, Viscount STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland*, éd. D. Walker, Edimbourg/Yale, 1981, IV.46, 4, p. 1022.

(16) V. p. ex. Heinz HOLZHAUER, "Instanzentbindung", *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1978, t. 2, col. 388-391 (389).

miers manuels allemands de la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle la connaissent et la mentionnent sans faire état d'une quelconque difficulté (17).

6. - Développement en France.- La réception a-t-elle tardé en France ? Il est vrai qu'à partir du XVI<sup>e</sup> siècle la France développe de plus en plus d'autonomie par rapport au *ius commune*. Cela commence par la langue : le français devient la langue quasi unique des juristes (18) à une époque où en Allemagne les décisions sont encore en partie rendues en latin et où d'ailleurs le latin restera langue scientifique jusqu'à la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Le parlement de Paris, dans le prolongement de la cour du roi, s'intitule "souverain" (19). Et comme le roi, le parlement se considérait comme *legibus solutus* et habilité à développer le droit conformément aux besoins publics, comme le dit très clairement le Grand Coutumier (20).

Les historiens du droit qui ont travaillé sur les juridictions du XVI<sup>e</sup> siècle ont observé la pratique d'un certain "hors de cour" (21) à partir des années trente du siècle, d'abord à Paris puis dans d'autres parlements, par exemple à Bordeaux (22). Cette "mise hors de cour" n'est rien d'autre que l'*absolutio ab instantia*, dont les règles sont aussi valables en France, du moins à cette époque. Comme dans le *ius commune*, l'accusé mis hors de cour restait *in reatu*, ce qui permettait de reprendre éventuellement la procédure plus tard. On pouvait aussi combiner ce juge-

(17) P. ex. Andreas Gail, *Practicarum observationum tam ad processum iudicarium praesertim imperialis camerae quam causarum decisionum pertinentium libri duo*, II, obs. 103 n. 7, p. 360 ; Joachim Mynsinger à Frundeck, *Singularium Observationum Imperialis Camerae centuriae VI*, Wittenberg, 1658, cent. 3, obs. 88 n. 3, p. 250. En ce qui concerne Zanger, cf. Albéric ALLARD, *Histoire de la justice criminelle*, Gand/Paris/Leipzig, 1868. § 255, p. 463. *Le Malleus Maleficarum*, écrit dans le Saint-Empire au sujet de la procédure contre les sorcières, connaît déjà l'*absolutio ab instantia* : Sprenger/Institoris (Heinrich Kramer), *Malleus Maleficarum*, 1487, éd. G. Jerouschek, Hildesheim/Zürich/New-York, 1992, III q. 20, f<sup>o</sup> 113rb.

(18) Cf. Robert VILLIERS, "La preuve dans l'ancien droit français, du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle", *La preuve (Rec. Soc. Jean Bodin, 17)*, Bruxelles, 1965, p. 345-356 (349).

(19) Sur la compétence des cours souveraines, v. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, repr. Paris, 1992, n<sup>o</sup> 399, p. 537 (sur la justice déléguée : p. 528 et s., n<sup>o</sup> 393 et s.).

(20) *Grand Coutumier de France*, éd. Dareste et Laboulaye, Paris, 1868, repr. Aalen, 4, 13, p. 659 et s. V. aussi Bernard DURAND, "Royal Power and its legal Instruments in France", *Legislation and Justice* (éd. A. PADOA SCHIOPPA), Oxford U. P., 1997, p. 291-312, qui tend à considérer que l'autorité royale s'affirme plutôt par le "pouvoir législatif" (p. 306).

(21) V. D'autres expressions chez A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal...*, Paris, 1980, t. 2, p. 103.

(22) B. SCHNAPPER, "La répression pénale au XVI<sup>e</sup> siècle : l'exemple du parlement de Bordeaux", *Voies nouvelles en histoire du droit...*, Poitiers, 1991, p. 53-105 (87) ; *id.*, "La justice criminelle rendue par le parlement de Paris sous le règne de François I<sup>er</sup>", *ibid.*, p. 107-133 (113).

ment avec un emprisonnement ou une peine extraordinaire. Il faut alors se demander si cette institution ne pourrait pas être repérée plus tôt, peut-être dès le XIV<sup>e</sup> siècle (23), ou au XV<sup>e</sup> siècle dans le registre de Choisy-le-Temple (24) comme dans l'œuvre de Gui Pape (25). Au XVIII<sup>e</sup> siècle pourtant tout cela sera contesté du fait d'une forte pression pour assimiler le renvoi hors de cour à un acquittement pur et simple. Il s'agit là aussi d'une particularité française, explicable par l'extrême rareté des acquittements définitifs (26). On sait que pour un acquittement définitif le droit commun exigeait la preuve incontestable de l'innocence de l'accusé ; en France, on était encore plus hésitant. Mettre "hors de cour" signifiait que la justice n'avait pas assez de preuves pour une condamnation ; mais un acquittement complet aurait été regardé comme l'aveu que l'on avait procédé à tort (27). C'est ainsi que l'acquittement pur et simple était exceptionnel, les juges préférant le "renvoi hors de cour". Serpillon aurait voulu lui attribuer la force de la chose jugée afin de dédommager l'accusé (28).

Dans le premier tiers du XVI<sup>e</sup> siècle on remarque aussi l'apparition d'une autre institution, appelée d'abord "eslargir quousque", et bientôt jugement de "plus amplement informé" (29). Il s'agit d'abord d'un ajournement, combiné avec la commission donnée au procureur de rechercher telle ou telle preuve ; par la suite les juges furent moins précis. Par là, les deux institutions se rapprochaient. Mais tandis que la mise

(23) Cf. M. LANGLOIS et Y. LANHERS, *Confessions et jugements de criminels au parlement de Paris, 1319-1350*, Paris, 1971, p. 90 n. 15 (a. 1332).

(24) *Le registre des causes civiles et criminelles de Choisy-le-Temple, 1475-1478*, éd. M.-Cl. CHAVAROT, Paris, CEHJ, 1992, p. 26, et Ph. PASCHEL, "Note sur la procédure judiciaire au XV<sup>e</sup> siècle", *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 74 (1996), p. 573-584 (583).

(25) G. Pape, *Consilia singularia*, Lyon, 1519, cons. 146 n. 1, 2, f<sup>o</sup> 119rb/va.

(26) Pour la discussion de ce point, cf. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 5, Paris, 1812, v<sup>o</sup> "Hors de cour", p. 737 et s. ; LAINGUI et LEBIGRE, *op. cit.*, II, p. 103.

(27) Jean Bouteiller, *Somme rural*, éd. L. Charondas Le Caron, Paris, 1621, II, 13, p. 756 : "& autre délivrance ne doit faire le juge ; car si absolument le délivrait, il semblerait qu'à mauvaise cause l'eust détenu prisonnier" ; v. aussi Charondas, *Pandectes ou digestes du droict françois*, Paris, 1637, IX-2, XI, p. 728 : "où il n'y a que le procureur du roy ou fiscal partie, on n'a gueres accoustumé à absoudre purement et simplement l'accusé "(pour critiquer cette pratique).

(28) François Serpillon, *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance criminelle*, Lyon, 1767, III, p. 1069 : "Un arrêt qui renvoie de l'accusation est un vrai titre d'innocence & celui qui met hors de cour est un arrêt d'absolution, l'un justifie, l'autre ne condamne pas. Mais dans l'un et l'autre cas l'accusation ne peut être réitérée. *Non bis in idem*".

(29) B. SCHNAPPER, "La répression pénale au XVI<sup>e</sup> siècle", *op. cit.*, p. 69 et s. ; *id.*, La justice criminelle rendue par le parlement de Paris, *op. cit.*, p. 114 ; cf. ordonnance de Blois, art. 119, 121. On l'appelait aussi "élargir à la charge de bien vivre", ou "ordonner que les prisons seront ouvertes" (cf. ALLARD, *op. cit.*, p. 327).

hors de cour devenait une sorte d'acquiescement pur et simple, le jugement de plus amplement informé tendait à établir les preuves de la culpabilité de l'accusé aux fins de condamnation. En outre, comparé au renvoi hors de cour, le plus amplement informé constituait à coup sûr un jugement interlocutoire. Pour justifier ce type de décision, peut-être a-t-on pensé à l'*ampliatio* du droit romain, depuis longtemps disparue ; à vrai dire on la justifiait surtout par analogie avec le renvoi hors de cour (30). De la même manière, le jugement de plus amplement informé pouvait être combiné avec l'emprisonnement et une peine extraordinaire. On se bornera à rappeler qu'au XVII<sup>e</sup> siècle on distinguait un jugement de plus amplement informé à temps, normalement quelques mois ou un an, et un jugement de plus amplement informé indéfini (31). On pouvait aussi rendre un nouveau jugement de plus amplement informé et ainsi prolonger les recherches. Même un jugement de plus amplement informé indéfini pouvait être combiné avec la détention de l'accusé. Ainsi n'était-on pas gêné par les délais de procédure et les recherches pouvaient durer aussi longtemps que le juge le souhaitait. Richard Andrews a souligné qu'en pratique un jugement de plus amplement informé à temps assorti de la détention de l'accusé signifiait un délai de représentation, tandis que sans la prison il revenait à un arrêt de procédure informel (32). Mais il ne faut pas oublier que la justice publique se réservait le droit de renouveler les recherches à chaque instant. Dans le cas d'un jugement de plus amplement informé, on n'avait même pas besoin d'un acte formel de réouverture du procès (33).

En résumé, on peut dire que ce jugement de plus amplement informé pouvait toujours être prononcé dès lors qu'il n'y avait pas assez de preuves pour asseoir une condamnation, et il pouvait être mis en œuvre selon des modalités diverses qui permettaient au juge de réagir à son gré. C'est cette grande souplesse d'utilisation qui a rendu ce type de juge-

---

(30) Ainsi P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de la France*, Paris, 1780, I, II, ch. 4, § 6 n. 6 ; SCHNAPPER, "La répression pénale au XVI<sup>e</sup> siècle", *op. cit.*, p. 69, a souligné l'analogie avec une cour supérieure demandant au juge *a quo* un supplément d'information. Richard M. ANDREWS, *Law, Magistracy and Crime in Old Regime Paris, 1735-1789*, Cambridge, 1994, I, p. 437, considère le silence des ordonnances postérieures comme un acquiescement.

(31) Pour une description détaillée, v. ANDREWS, *op. cit.*, p. 437-441.

(32) ANDREWS, *op. cit.*, p. 441. Il était très rare que l'on découvre de nouvelles preuves (p. 438, 440).

(33) P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel...*, Paris, 1757, p. 363 : "que l'accusé demeure toujours [!] *incerti dubiique status*" ; ANDREWS, *op. cit.*, p. 441.



ment si populaire auprès des juges des XVII<sup>e</sup> et (surtout) XVIII<sup>e</sup> siècles. Charondas Le Caron l'appelait "le plus gracieux jugement" (34).

On voit les différences entre le droit commun et le droit français. Pour mieux les marquer, il faut faire état rapidement de deux autres particularités de la procédure pénale française, la "civilisation du procès" et la "réserve des preuves". Le juge pouvait en effet procéder de deux manières, soit à l'ordinaire, lorsqu'il y avait un accusateur, soit à l'extraordinaire, la partie publique devant alors se charger de la preuve. Dans ce dernier cas, lorsque le juge désespérait de trouver des preuves suffisantes pour fonder une condamnation quelconque, il modifiait la nature du procès et choisissait la voie ordinaire. C'est ce qu'on appelait la "civilisation du procès" (35), qu'on ne trouve qu'en France. Dès lors c'était à la partie privée de rechercher les preuves si elle souhaitait être dédommagée et ne pas supporter les frais de l'instance (36). Si elle parvenait à découvrir des preuves, le juge pouvait revenir à la voie extraordinaire.

Un autre moyen pour parvenir à la condamnation de l'accusé était la torture. En droit commun, on considérait comme vrai ce que l'accusé avouait pendant et après les tourments. Cela valait aussi lorsque l'accusé proclamait son innocence. Dès lors, les indices accumulés contre lui étaient "purgés" (37). C'est pourquoi Julius Clarus proposait de n'interroger l'accusé sous la question que sur un point particulier, par exemple sur ses complices, ceci afin de "sauver" les preuves acquises sur les autres points (38). Mais en France le juge pouvait décider, dans le jugement ordonnant la torture, que nonobstant la question toutes les preuves resteraient valables quand bien même l'accusé ne confesserait pas le crime. La doctrine et l'ordonnance criminelle de 1670 réglait les cas dans les-

(34) Charondas, *Pandectes ou Digestes du droit françois*, IX-2, XI, p. 728.

(35) Cf. l'ord. de Blois, art. 108, 118 ; Ord. criminelle, tit. 20, et A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle...*, Paris, 1882, repr. Francfort, 1969, p. 136 et s.

(36) V. Le Procès-verbal des Conférences sur le titre 26, art. 21 (*Code Louis*, t. 2 : *Ordonnance criminelle*, éd. A. LAINGUI [Testi e documenti per la storia del processo], Milan, 1996, p. 253).

(37) Bartole, *Comment. ad D.* 48, 28, 22 n. 1 ; Balde, *Comment. ad C.* 4, 19, 25 n. 17 ; Hyppolite de Marsiliis, *Practica criminalis*, Cologne, 1581, § quoniam, n. 41, p. 266 ; Jean de Mille (Milleus), *Practica criminalis*, Venise, 1549, f° 10va, n. 98 ; Aegidius Bossius, *Tractatus varii, Titulus de confessis per torturam*, Venise, 1562, n. 26, f° 117va ; Prosper Farinacius, *Praxis et Theoricae criminalis libri duo*, t. 1, Francfort, 1606, q. 40 n. 6. Cf. aussi les références données par P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milan, 1953, t. 2, p. 138 n. 11.

(38) Clarus, *Lib. V*, § fin. Q. 64 n. 8, p. 308.

quels la question pouvait être donnée “avec réserve des preuves” (39). Comme une telle décision était (improprement) assimilée à une “peine” des plus sévères (40), il fallait un délit capital et des preuves “considérables” (41). Le résultat, c’est qu’après avoir été torturé et condamné à une peine extraordinaire — ce qui pouvait aller jusqu’aux galères à perpétuité —, si de nouvelles preuves étaient découvertes, le coupable pouvait être ensuite condamné à la peine ordinaire, c’est-à-dire la peine de mort.

Le renvoi hors de cour, la civilisation du procès, les jugements de plus ample informé, les diverses formes de question et la peine extraordinaire constituaient ainsi pour le juge d’Ancien Régime autant de moyens de régler les cas où, tout en soupçonnant fortement la culpabilité de l’accusé, il ne disposait cependant pas de preuves suffisantes pour prononcer une condamnation “ordinaire”. Comparées aux possibilités du *ius commune*, qui n’avait reconnu en théorie que la question, l’*absolutio ab instantia* et la peine extraordinaire, les ressources du droit français étaient nettement plus développées (cf. le tableau annexé *infra*, p. 187). Il y a parfois une tendance comparable dans d’autres pays européens continentaux, mais nulle part on ne trouve une élaboration aussi complète.

7. - **La critique.**- Il n’est guère surprenant de trouver des critiques contre un aussi fort pouvoir du juge, contre une telle possibilité d’abuser de la liberté de l’accusé. Elles se sont fait jour bien avant l’école du droit naturel. Au XV<sup>e</sup> siècle Niccolo de Tedeschi, archevêque de Palerme, critique l’opinion d’Antonius a Butrio présentée ci-dessus. Selon le Panormitain, le juge ne doit pas laisser l’accusé dans l’incertitude en lui refusant la relaxe pure et simple ; car les cas douteux doivent être laissés à la justice de Dieu (42). L’humaniste André Alciat insiste quelque cent

(39) Titre 19, art. 2 de l’ord. ANDREWS, *op. cit.*, I, p. 446 ; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, p. 153, n° 85.

(40) Cf. l’art. 1 “du titre 25 de l’Ordonnance criminelle de 1670.

(41) Daniel Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, Paris, 1771, t. 2, p. 478 n. 11 ; Claude-Joseph de Ferrières, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1762, t. 2, p. 646, v° “Question préparatoire” ; G. AUBRY, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, 1971, p. 185.

(42) Panormitanus, *Lectura ad X* 1, 31, 1, f° 110va : “et sequitur d. Ant. et Cal. preter quam in uno. Dicit enim quod si iudex habet conscientiam contra reum licet accusator non probet, non debet eum absolvere diffinitive ut dicit Cal., sed solum ab observatione iudicii : quia si absolveret et diffinitive, illa sententia obstaret in alio iudicio, et sic reus transiret impunitus. Sed mihi placet plus opi. Cal. quia in nullo facit contra conscientiam in absolvendo eum pure et simpliciter : quia non sequitur, est criminus, ergo necessario condemnandus : quia non debet condemnari criminus nisi accusetur et probetur ut ... [C. 6, q. 2, c. 2 et 3 ; D 50, 4, 6]. Unde ex quo delictum non est probatum debet illum absolvere :

ans plus tard sur le fait que tous les procès doivent être terminés dans les délais prescrits par Justinien (43), et le français Pierre Ayrault fait de même (44). En Espagne on trouve aussi une critique modérée de la part des grands juristes Antonio Gomez et Diego Covarruvias (45). Au XVII<sup>e</sup> siècle, c'est le juriste néerlandais Antoine Matthaëus (1602-1654) qui qualifie l'acquittement *ab instantia* de *durum et inhumanum* (46) ; ces mots révèlent qu'il était déjà inspiré par la pensée humaniste de l'école du droit naturel. Et c'est précisément dans ce cadre que se situent les critiques formulées contre cette institution par les philosophes du siècle des Lumières comme Beccaria, Marat et Brissot de Warville.

Avec la Révolution, l'introduction d'une nouvelle procédure fit disparaître l'*absolutio ab instantia* : le jury criminel pouvant juger selon son intime conviction, celle-ci devenait inutile (47). En Allemagne, par contre, l'acquittement *ab instantia* fut proposé par les juristes réformateurs eux-mêmes pour combler la lacune laissée par l'abolition de la torture. Celle-ci intervint en 1745, mais c'est seulement le nouveau code de procédure allemand de 1877 (et l'introduction uniforme du procureur général) qui permit de renoncer définitivement à l'*absolutio ab instantia*.

8. - **Incidence en droit constitutionnel.**- L'histoire de l'*absolutio ab instantia* permet d'aborder deux questions qui sortent du cadre strict du droit pénal. En effet, la procédure pénale est un sismographe du droit constitutionnel. En considérant l'évolution du "pouvoir judiciaire" dans l'histoire de la constitution française, on est d'abord frappé par l'opposition du Parlement de Paris, développée à partir du droit d'enregistrement et de remontrance (48). La vénalité des offices garantissait aux

quia occulta sunt relinquenda iudicio Dei... [C. 6, q. 1, c. 7 ; X 5, 1, 17]. Item Christus simpliciter absolvit mulierem quam sciebat adulteram dum dixit 'quis te condemnavit, mulier' : et illa respondente 'nemo, Domine', dixit Christus 'nec ego te condemnabo, vade et amplius noli peccare' ut habitur in evangelio. Christi autem actio nostra est instructio".

(43) Andrea Alciato, *De verborum significatione*, Lyon, 1572, ad D. 50, 16, 233 n. 4, p. 544 : "et ideo bis erant vulgares latrunculores qui si reum convincere nequeant, eum rebus sic stantibus absolvunt, ut quandocumque vel minima coniectura ducti, rursus in carceram tradunt. Nam elapso biennio, inquietari amplius non potest."

(44) V. ALLARD, *Histoire de la justice criminelle*, op. cit., p. 327 et s.

(45) A. Gomez, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii tomi tres*, Anvers, 1615, 3, 13 n. 28, p. 547 ; D. Covarruvias, *Practicarum quaestionum (Opera omnia)*, t. 1, Turin, 1594, I, cap. 1, n. 8.

(46) Antonius (II) Matthaëus, *De criminibus, ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, Wesel, 1672 (ad D. 48, 16, 4 n. 16, p. 722).

(47) Art. 188, 456 n. 6 du Code des délits et des peines du 25 octobre 1795 ; cf. MERLIN de DOUAL, *Répertoire...*, t. 5, 1812, v<sup>o</sup> "Hors de cour", p. 739.

(48) F. OLIVIER-MARTIN, op. cit., n<sup>o</sup> 404-406, p. 545-550 ; Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1996, p. 26, parle d'un "affrontement perpétuel".

juges français une certaine indépendance. De plus, le roi de France ne contrôlait pas lui-même les arrêts, comme pouvait le faire un Frédéric de Prusse. Ainsi l'absolutisme des rois de France était-il limité par une réelle autonomie du "pouvoir judiciaire".

Si l'on considère d'autre part le développement du droit dû à la jurisprudence française, on observe une diversification des solutions permettant de répondre à une situation de doute, c'est-à-dire un accroissement du pouvoir des juges. L'objectif d'un tel processus était d'élargir les possibilités de condamnation des criminels. Dans la mesure où la garantie des droits et de la sécurité constitue l'obligation principale des Etats, le maintien de l'ordre est une preuve de l'effectivité de l'Etat lui-même. D'autre part la répression pénale est un moyen d'assurer le contrôle sur les hommes et sur le pays. *L'absolutio ab instantia* est une pièce de ce dispositif : grâce à elle, la menace d'une condamnation reste suspendue sur les inculpés ; ils sont obligés de se surveiller. Elle contribue donc à renforcer la discipline dont a parlé Michel Foucault, encore que son développement soit bien antérieur au XVIII<sup>e</sup> siècle... Cette simple technique de procédure pénale est donc, en définitive, un moyen d'action politique.

C'est particulièrement vrai des juristes français : plus que les autres juristes européens, ils ont perfectionné les moyens de la répression pénale et par là contribué à renforcer l'ordre royal. Les autres monarchies absolues n'ont pas disposé d'un tel choix de moyens. Leurs juristes ne sont que des copies assez pâles des juristes français, dont la contribution au développement de l'absolutisme est évidente. De fait, *l'absolutio ab instantia* n'a guère suscité de critiques en France (49), la plupart des juristes la considérant comme nécessaire jusqu'à la Révolution (50). Ainsi les juristes apparaissent-ils comme les serviteurs loyaux et inventifs de l'Etat français. Ceci nous conduit à mettre en doute l'opinion traditionnelle selon laquelle l'autonomie relative du judiciaire aurait limité l'absolutisme royal. Un roi de Prusse comme Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> ou

(49) En 1804, au Conseil d'Etat, Cambacérès essaya même de rétablir le jugement de plus amplement informé : LAINGUI et LEBIGRE, *op. cit.*, II, p. 103 ; à vrai dire une telle proposition était vouée à l'échec du fait 1/ de l'introduction de la présomption d'innocence et 2/ de la prohibition de toute aggravation outre la peine légale après la conviction et l'arrestation de l'inculpé, cf. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 109, p. 317.

(50) Pour la critique de l'Ancien régime pénal, v. J.-P. ROYER, *op. cit.*, p. 114 ; B. SCHNAPPER, "La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime", *Voies nouvelles en Histoire du droit*, *op. cit.*, p. 187-205 ; J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 183 et s., p. 302 et s.

Frédéric II pouvait encore effectuer personnellement le contrôle des sentences en dernier ressort. Avec l'expansion de la Prusse et la poussée démographique, ce ne sera plus possible pour leurs successeurs. Dans une France beaucoup plus étendue, le contrôle ou l'exercice de la juridiction par le roi en personne était depuis longtemps impossible. Il avait fallu déléguer la justice (51), sans que pour autant le système judiciaire s'en fût trouvé affaibli ; c'est au contraire l'efficacité de la justice qui avait renforcé le système constitutionnel. Il est vrai que le pouvoir royal s'appuyait aussi sur la justice retenue, grâce à laquelle le roi pouvait se dispenser des lois et juger lui-même à la place des cours (52). Par là le prince se situait au-dessus de la loi et des tribunaux, mais il devait néanmoins prendre garde à ne pas abuser de cette voie qui tendait à déstabiliser l'ordre légal. Le plus important pour le maintien de l'ordre est en effet la prévisibilité de la répression pénale dans le quotidien. Et c'est ici que les parlementaires français ont veillé à l'ordre public et à l'exécution des lois (53). Grâce à la coopération des juristes, la royauté française a réalisé une unité du droit pénal inimaginable pour le Saint-Empire. En perfectionnant le système pénal, ses juges ont du même coup affermi le pouvoir royal (54).

Bien sûr, avec la suppression du droit de remontrance préalable, Louis XIV est devenu plus autocrate que ses prédécesseurs et successeurs. Mais il ne l'est pas encore autant que les monarques prussiens le seront au XVIII<sup>e</sup> siècle. On peut aussi comprendre la querelle du Greffe et de la Couronne, du moins à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, comme un débat sur l'autocratie et non sur l'absolutisme comme mode de centralisation du pouvoir. Le Parlement s'oppose à une réforme qui a effectivement déstabilisé le système politique (55).

(51) V. sur ce point B. DURAND, "Royal power...", *loc. cit.*, p. 293.

(52) Pour l'étendue de la justice retenue, cf. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 519 et s., n° 387 et s. ; pour le contrôle de la royauté sur la justice, v. Roland MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, t. 2, Paris, 1980, p. 397 et s.

(53) Jürgen SCHLUMBERGER, "Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates ?", *Geschichte und Gesellschaft*, 23, 1997, p. 647-663, constate que l'ineffectivité des lois constitue un élément structurel des États d'Ancien Régime ; cette observation met une fois de plus en lumière le rôle des juges comme gardiens de l'ordre étatique.

(54) *Id.* pour B. DURAND, *loc. cit.*, p. 308, qui constate aussi la participation des juges au pouvoir (p. 311).

(55) Sur la réforme de Maupeou, cf. Wolfgang MAGER, *Frankreich vom Ancien Régime zur Moderne*, Stuttgart et al., 1980, p. 216 et s.

Grâce à l'action des juges, l'autorité royale s'est accrue en devenant plus efficace pendant l'Ancien Régime. Ce n'est pas l'autonomie relative de la justice déléguée qui menace alors le pouvoir royal ; ce sont plutôt les ambitions politiques (56), ambitions que le Parlement de Paris peut développer grâce à la stabilité de son organisation. C'est dire qu'il faut soigneusement distinguer entre l'exercice régulier de la juridiction et les projets ambitieux de réforme politique.

9. - **Droit français et *Ius commune*.**- Eu égard aux particularités du droit français de l'Ancien Régime, il faut se demander s'il appartient encore à la famille du Droit commun. Au plan européen, en matière de procédure pénale, il est clair que ce droit commun n'est pas une chimère. Cela est dû aux racines communes, puisque les Etats continentaux ont reçu les structures et la doctrine du droit savant dès le moyen âge. Dans le Saint-Empire, le droit romain jouit d'une autorité particulière. La loi romaine bénéficie d'une présomption de validité, il appartient donc à celui qui invoque un droit particulier de le prouver (57). Mais si le droit savant reste un droit commun, c'est aussi grâce aux juristes — italiens, espagnols, français et allemands — qui se lisaient et se citaient largement, et se faisaient éditer partout. Il y a ainsi une quasi identité des arguments et des manières de penser, mais aussi des institutions. Pour autant, il serait absurde d'en inférer l'uniformité du droit. Ne serait-ce que dans le cadre du Saint-Empire, dont on connaît la diversité territoriale, la législation et la doctrine étaient quelque peu diverses (58). L'identité de l'argumentation n'empêche pas que l'on parvienne à des solutions différentes. Après le XV<sup>e</sup> siècle, les choses ont évolué. C'est moins pour dégager une *communis opinio* que les juristes européens se

(56) V. sur ce point Jean EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, Paris, 1980, p. 89 et s.

(57) Cette présomption jouait en particulier à l'égard des statuts territoriaux : cf. Wolfgang WIEGAND, "Zur Herkunft and Ausbreitung der Formel 'Habere fundatam intentionem'", *Fest. Für Hermann Krause*, éd. S. Gagnèr, Vienne, 1975, p. 126-170 ; pour la France, v. Hans Erich TROJE, *Humanistische Jurisprudenz* (Bibliotheca Eruditorum, 6), p. 273\* et s.

(58) Pour la Saxe, p. ex., v. Gerhard BUCHDA, "Kursächsische Konstitutionen", *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, t. 2, Berlin, 1979, col. 1304-1310 ; Wolfgang SELLERT, "Prozess, sächsischer", *ibid.*, t. 4, Berlin, 1990, p. 36-39, qui exagère cependant l'originalité du droit saxon par rapport au *ius commune*.

(59) On continue cependant à invoquer l'accord d'*omnes doctores Bononiae* : v. p. ex. André Tiraqueau, *De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis*, Venise, 1609, causâ 27, 2, p. 142 et s.

consultent (59), que pour comparer et analyser la diversité des solutions pratiques. Il reste un cadre commun qui rend compatibles et comparables droit espagnol et droits allemands (60). L'œuvre d'un juriste étranger peut donc encore constituer une autorité. On constate alors que les règles de procédure criminelle sont tellement proches dans l'Empire, en Italie, en Espagne, en Ecosse, etc., qu'elles constituent vraiment un *ius commune*.

Et le droit français ? En France aussi, le droit savant forme la base du droit procédural. On adapte ses institutions, son système, ses modes argumentaires dès le XII<sup>e</sup> siècle. Pourtant le droit romain ne garde pas la même validité que dans le Saint-Empire. Les ordonnances criminelles prennent rapidement plus d'importance, et on ne les interprète guère à la lumière de la jurisprudence romaine (61). Et les juristes français citent le droit romain beaucoup moins que leurs homologues italiens ou allemands. Cependant un épisode caractéristique révèle que son autorité n'a guère diminué au XVI<sup>e</sup> siècle : au lieu d'autoriser directement l'application des nobles à la question, on se borne à interdire pendant le procès l'allégation des lois romaines qui fondaient l'exemption de la noblesse (62) ; il est clair que l'on n'osait pas abroger ouvertement le droit romain.

Mais suffit-il, pour parler de *ius commune*, que les autorités romaines ou canoniques soient largement citées ? On peut certes trouver des similitudes matérielles et substantielles entre droit français et *ius commune*, par exemple dans les catégories de la preuve — preuves "parfaites" ou "semi-pleines". Mais il y a des traits communs plus généraux. On en évoquera deux, qui illustrent l'influence persistante de la tradition savante sur le droit français.

D'abord, le *ius commune* est fondé sur le respect de la tradition. On ne déroge pas, du moins ouvertement, aux règles antiques. On préfère

---

(60) P. ex. le Prussien Johann BRUNNEMANN (*Commentarius in quinquaginta libr. Pandect.*, éd. Samuel Stryk, Wittenberg, 1731) citait encore Antoine Gomez avec prédilection (cf. p. ex. ad D 48, 18, p. 1344 et s.).

(61) Encore que la tradition garde une certaine importance, ainsi lors de la rédaction de l'ordonnance criminelle de 1670 : v. p. ex. la discussion sur l'art. 14 du titre XV, *Procès verbal des conférences*, op. cit., p. 180 ; aj. B. DURAND, loc. cit., p. 298 et s.

(62) C'est-à-dire D 50, 2, 14 et C 9, 41, 8, 11 et 16. Cf. François SERPILLON, *Code criminel ou Commentaire sur l'Ordonnance criminelle*, Lyon, 1767, t. 3, p. 920. Dès le moyen âge on a appliqué des gentilshommes à la torture : Y. BONGERT, "Question et responsabilité du juge au XIV<sup>e</sup> siècle d'après la jurisprudence du Parlement", *Hommage à Robert Besnier*, Paris, 1980, p. 23-55 (p. 40).

les adoucir en introduisant à côté d'autres institutions qui les infléchissent. Mais on hésite à le dire franchement, sans doute parce qu'il est toujours difficile de prévoir quels seront les effets d'un tel changement sur le système général du *ius commune*. Ses structures existent, mais toutes ses significations ne sont pas encore explorées. Les juristes s'efforcent de montrer que ses notions constituent des catégories cohérentes, ils dégagent aussi les idées fondamentales du système, par exemple la nécessité de la certitude pour établir la conviction. Dans cette perspective, les changements ne doivent tendre qu'à perfectionner le système. Or toutes les innovations du droit français n'ont tendu qu'à élargir les possibilités judiciaires, à partir de la tradition savante ; et c'est bien sur des formes traditionnelles que sont modelées les nouveautés procédurales, par exemple le plus amplement informé. Dans d'autres cas, par exemple pour la "civilisation" du procès, la littérature française est encore plus claire, en donnant une explication de ce qu'on pratique ailleurs sans le dire.

Le second trait caractéristique du *ius commune* en matière procédurale, c'est son effort pour concilier les besoins des pouvoirs publics avec une procédure légale. Mais le respect affiché du juridique ne camoufle guère le désir vigoureux de renforcer la puissance publique. A cet égard aussi, on peut dire que les juristes français ont perfectionné le *ius commune*.

Partageant les institutions fondamentales, les modes de raisonnement et les caractéristiques générales du droit savant, il est ainsi hors de doute que le droit procédural français de la fin de l'Ancien Régime appartenait encore à la famille du *ius commune*\*.

Mathias SCHMOECKEL

*Université de Munich*

---

\* La mise au point définitive de cet article, dans sa version française, a été effectuée par le Pr Jean-Marie CARBASSE.



ANNEXE

Cas douteux et réponses judiciaires  
dans le droit pénal français de l'Ancien Régime

NIVEAUX DE DOUTE

ALTERNATIVE JUDICIAIRE

pas de doute

*acquittement pur et simple*  
(évidence de l'innocence, rare)

*Hors de cour*

(équivalent à l'acquittement sans déclaration d'innocence,  
tient lieu d'acquittement au 18<sup>e</sup> s.)

doute léger

*"Civilisation"*

(l'accusateur devient responsable des preuves)

*Hors de cour/*

*plus amplement informé à temps*

doute considérable

*plus amplement informé à temps*

(avec ou sans prison,  
en ce cas équivalent l'arrêt de la procédure)

*question préparatoire*

combinaison avec *peine extraordinaire*

*question préparatoire sans réserve de preuves*

(= torture, les preuves sont purgés quand l'accusé nie sa culpabilité)

*plus amplement informé à temps*

*question préparatoire avec réserve de preuves*

(= torture sans la possibilité de purger les preuves)

*plus amplement informé à temps*

*plus amplement informé indéfini*

(rarement avec prison)

combinaison avec *peine extraordinaire*

*peine extraordinaire*

(= en cas de preuves imparfaites, mais considérables)

combinaison avec *plus amplement informé*

"conviction légitime"

*peine ordinaire*

(*convictus vel confessus*)

On rappellera, à titre de comparaison, que le *ius commune* classique, à côté de l'acquittement et de la condamnation, n'offrait que trois possibilités : 1/ l'*absolutio ab instantia* ; 2/ la torture ; 3/ la peine extraordinaire.