

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2025-01-30

Deposited version:

Publisher Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Berger, E. (2024). De l'arbitraire des juges à l'intime conviction des jurés: Étude sur l'adaptation d'un principe juridique d'Ancien Régime à l'époque de la Révolution française. In Benjamin Deruelle, Michel Hébert (Ed.), *Arbitraire et arbitrage: Les zones grises du pouvoir (XIIe-XVIIIe siècle)*. (pp. 359-405). Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion.

Further information on publisher's website:

<https://www.septentrion.com/FR/livre/?GCOI=27574100567770>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Berger, E. (2024). De l'arbitraire des juges à l'intime conviction des jurés: Étude sur l'adaptation d'un principe juridique d'Ancien Régime à l'époque de la Révolution française. In Benjamin Deruelle, Michel Hébert (Ed.), *Arbitraire et arbitrage: Les zones grises du pouvoir (XIIe-XVIIIe siècle)*. (pp. 359-405). Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

De l'arbitraire des juges à l'intime conviction des jurés

Étude sur l'adaptation d'un principe juridique d'Ancien Régime à l'époque de la Révolution française

Emmanuel Berger

ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa

C'est un fait connu, à la fin de l'Ancien Régime, l'*arbitrium judicis* est en crise¹. On peut symboliquement la faire remonter à la fameuse expression de Montesquieu réclamant que le juge ne soit que « la bouche qui prononce les paroles de la loi² ». La défiance exprimée à l'égard de l'arbitraire des juges s'explique par un double mouvement. D'une part, depuis la seconde moitié du xvii^e siècle, la monarchie absolutiste cherchait à contrôler l'administration de la justice à travers la proclamation d'ordonnances et la limitation du pouvoir discrétionnaire des magistrats. D'autre part, les scandales judiciaires rendus célèbres notamment par Voltaire discréditèrent considérablement le recours des Parlements à l'arbitraire³. Ils donnèrent lieu à de nombreuses propositions de la part des jurisconsultes les plus célèbres tels que Mably, Servan, Le Trosne, Risi et Vermeil en vue de réformer la justice pénale⁴. Dans ce contexte, les premiers projets de refondation du pouvoir judiciaire présentés à l'Assemblée constituante font logiquement écho aux critiques des Lumières vis-à-vis de l'arbitraire des juges. L'un des projets les plus remarquables est présenté un mois après la chute de la Bastille, le 17 août 1789, par

¹ L'arbitraire des juges a fait l'objet d'un premier questionnement dans le champ pénal, il y a un demi-siècle, par Bernard Schnapper, « Les peines arbitraires du xiii^e au xviii^e siècle (doctrines savantes et usages français) », dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1973, n° 41, p. 237-277 et 1974, n° 42, p. 41-112. L'intime conviction a, quant à elle, été étudiée partiellement par Antonio Padoa Schioppa dans le cadre d'une réflexion plus large sur l'adoption du jury populaire par les Constituants. Antonio Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia dai "Filosofes" alla Costituente*, Milan, LED Edizioni universitarie, 1994. Sur la crise des principes judiciaires d'Ancien Régime, on peut utilement se référer aux publications de Philippe Boucher (dir.), *La Révolution de la Justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris, éd. Jean-Pierre de Monza, 1989 et de Robert Badinter (dir.), *Une autre justice. 1789-1799*, Paris, Fayard, 1989.

² Georges Martyn, « Introduction: From *Arbitrium* to Legality? Or Legality and *Arbitrium*? », dans *id.*, Anthony Musson, Heikki Pihlajamäki (dir.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle – Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, p. 7-31.

³ Bernard Schnapper qualifie les Parlements de « privilégiés de l'arbitraire » dans la mesure où, à partir de l'ordonnance criminelle de 1670, seules les cours souveraines eurent désormais la plénitude du pouvoir arbitraire au détriment des justices inférieures. (Bernard Schnapper, *op. cit.*, p. 111).

⁴ *Ibidem*, p. 103-105.

Nicolas Bergasse, avocat au parlement de Paris, au nom du Comité de Constitution. Il énonce formellement le problème :

« le pouvoir judiciaire sera [...] mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions. Car on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente ; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est dépositaire⁵. »

En dénonçant le droit des magistrats d'Ancien Régime de choisir, dans chaque affaire, la sanction la plus adaptée suivant les circonstances du contentieux et la personnalité du justiciable, Bergasse met en lumière le danger que représente le droit d'interpréter ou d'appliquer librement la loi pour la protection des libertés et *in fine* pour l'existence même de la loi nationale. Nous touchons ici au fameux légicentrisme révolutionnaire qui constitue dès 1789 l'une des pierres angulaires de la Révolution⁶. Toutefois, comme l'a souligné Bernard Schnapper, la primauté attribuée à la loi n'était que l'aboutissement d'une évolution visant au renforcement de l'État. La véritable originalité du nouveau modèle juridique créé par les Constituants consiste en réalité dans l'adaptation du principe de l'arbitraire des juges à la nouvelle organisation politique. L'objectif du législateur était de « régénérer » la justice d'Ancien Régime à partir d'un modèle juridique fondé non seulement sur la loi mais également sur la souveraineté populaire⁷. Dans le cadre de cette contribution, je souhaite étudier la genèse de cette adaptation à partir des débats tenus à l'Assemblée constituante entre 1789 et 1791. L'importance des discours parlementaires s'explique par le fait que l'on n'y trouve littéralement aucune référence aux juristes et à la doctrine d'Ancien Régime. Cette absence ne signifie naturellement pas que les travaux des réformateurs des Lumières étaient méconnus des Constituants mais que ces derniers souhaitaient construire un modèle juridique à partir de la confrontation d'idées défendues au sein de

⁵ *Archives parlementaires* (ci-dessous AP), 1^{re} série, t. 8, séance du 17 août 1789, discours de Nicolas Bergasse, p. 443. Adrien Duport défendait la même position en soulignant la nécessité de préserver l'équilibre des pouvoirs : « on s'est élevé de toutes parts contre l'arbitraire dans l'exécution des lois [...]. Nous avons vu, Messieurs, que les juges devaient être bornés à l'application de la loi, qu'ils ne devaient participer à aucune des fonctions législatives ou exécutives : de là il résulte que toute interprétation, toute explication de la loi purement théorique ou réglementaire doit leur être interdite, et qu'ils ne peuvent jamais s'expliquer qu'au sujet d'un fait déjà arrivé ». AP, 1^{re} série, t. 8, séance du 17 août 1789, discours de Adrien Duport, p. 409.

⁶ Sur le légicentrisme révolutionnaire, voir : Sylvain Soleil, « *Lex imperat*. Creation and Exportation of the French Model of Legality Principle (18-19 c.) », dans Georges Martyn, Anthony Musson, Heikki Pihlajamäki (dir.), *op. cit.*, p. 145-168.

⁷ Emmanuel Berger, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008.

l'Assemblée. Dans cette perspective, les discours tenus par les législateurs revêtent une importance inédite et nécessitent une étude à part entière.

L'adoption du jury populaire comme juge du fait

Conformément au modèle politique de la Révolution qui confiait le gouvernement de la Cité aux citoyens, ceux-ci avaient le droit d'exercer la justice de manière indirecte à travers les élections judiciaires et de manière immédiate par la participation au jury populaire. Dans le climat de défiance vis-à-vis des juges, l'élection permettait d'offrir une nouvelle légitimité aux magistrats. En matière criminelle, il convenait cependant de faire mieux en limitant radicalement le recours à l'arbitraire des juges à travers l'établissement du jury populaire. Cet objectif est fixé dès le printemps 1790, au moment de la discussion consacrée à la réforme de l'organisation judiciaire. Le 6 avril 1790, Jacques-Guillaume Thouret annonce au nom du Comité de Constitution que

« la France va être délivrée de ces corps menaçants [de juges], et notre constitution ne laisse plus lieu de craindre que la nouvelle judicature puisse inquiéter la liberté publique ; mais il faut faire encore un pas de plus. Il faut que, sous la franchise du régime électif, il n'y ait pas un seul juge qui puisse influencer sur un seul citoyen, retenir ou détourner un seul suffrage, en exerçant un pouvoir exclusif sur l'honneur et sur la vie. C'est l'introduction du jury dans le jugement des procès criminels, qui consommera cette intéressante partie de notre régénération⁸. »

Pour comprendre le choix du jury comme institution capable de concurrencer les pouvoirs des juges, il convient de se reporter une semaine plus tôt, à la séance du 29 mars 1790, au cours de laquelle Adrien Duport, conseiller au Parlement de Paris et l'un des principaux réformateurs de l'époque, soutient la séparation entre le fait et le droit, principe qui sera déterminant pour l'élaboration du nouveau modèle juridique de la Révolution⁹.

La confusion du fait et du droit sous l'Ancien Régime, tant au civil qu'au pénal est, suivant Duport, l'une des principales causes du dysfonctionnement de la justice. Il va même plus loin en considérant que sans séparation, « il n'y a point de jugement, [...] il n'y a aucune manière possible d'arriver à un véritable jugement¹⁰ ». Duport présente, au fil de nombreuses pages, les justifications de la séparation entre le

⁸ AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 6 avril 1790, discours de Jacques-Guillaume Thouret, p. 553.

⁹ Sur l'action réformatrice d'Adrien Duport, voir : Roberto Martucci, « La robe en question : Adrien Duport et le jury criminel (29-30 mars 1790) », *Tocqueville Review. La revue Tocqueville*, 1997, vol. 18, p. 25-47.

¹⁰ AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 29 mars 1790, discours de Adrien Duport, p. 412.

fait et le droit. L'un des principaux arguments est l'adéquation de la séparation du fait et du droit avec le principe du syllogisme :

« on ne s'est pas accoutumé à considérer que le jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi, et le jugement la conséquence : or il est évidemment nécessaire que l'on soit d'accord sur la majeure avant de pousser plus loin le raisonnement¹¹. »

Reste à déterminer qui décidera du fait et du droit. Sur ce point, Duport est formel :

« il est nécessaire d'établir des individus pour déterminer le fait, et d'autres pour appliquer la loi, c'est-à-dire des jurés et des juges. [...] Le juge, borné à appliquer la loi à un fait constaté, n'a, pour ainsi dire, rien de libre dans ses fonctions ; il est déterminé par la loi, et toute erreur ou prévarication de sa part serait aisément aperçue. La partie importante se trouve vraiment confiée aux jurés, c'est-à-dire à des hommes du même état, du même intérêt que les parties, pour lesquelles l'intégrité étant un devoir et un intérêt, sera bientôt une habitude ; qui, aujourd'hui jurés, demain pourront être plaideurs ; d'ailleurs, la possibilité d'en récuser un grand nombre sans en donner les causes, en écartant les hommes ineptes ou soupçonnés, en rendant la séduction impossible, a, de plus, l'inestimable avantage de rapprocher les juges du fait, du caractère sublime et touchant des arbitres, et d'inspirer, par-là, confiance la plus entière dans leurs décisions¹². »

Ce passage du discours de Duport est fondamental dans la mesure où l'adoption du jury est expliquée dans l'historiographie principalement comme la conséquence de l'exercice de la citoyenneté et de la division des pouvoirs. Or, si l'on suit l'intervention de Duport, l'introduction de cette institution anglaise dans le système pénal français est justifiée par un autre objectif, plus précis : l'exercice des fonctions de juge du fait par des jurés¹³. Il n'était pas question de confier cette fonction à d'autres juges car l'esprit de corps de la magistrature n'aurait pas permis de garantir l'indépendance des juges de fait. Dans cette configuration, le maintien de l'arbitraire des juges se révélant impossible, la libre appréciation des faits et des circonstances est désormais une prérogative des jurés qui auront le « caractère sublime et touchant des arbitres ».

¹¹ Michel Troper a mis en lumière l'importance du syllogisme dans le modèle juridique révolutionnaire. Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

¹² AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 29 mars 1790, discours de Adrien Duport, p. 414.

¹³ Emmanuel Berger, « The Criminal Jury in England and France in the late 18th Century. Historiographical Issues and Research Perspectives of Popular Justice », dans Émilie Delivré, Emmanuel Berger (dir.), *Popular Justice in Europe (18th-19th Centuries)*, Bologna/Berlin, Il Mulino/Duncker & Humblot, 2014, p. 71-88.

Restaurer la confiance des citoyens dans la justice

La position de Duport n'est pas isolée. Elle est appuyée le lendemain, le 30 mars 1790, par Charles Chabroud, avocat à Grenoble, qui rend la confusion du fait et du droit unique responsable de l'arbitraire des juges. Son propos extrêmement éclairant mérite d'être cité plus longuement :

« Je vais maintenant exposer les motifs qui me font désirer l'institution des jurés. Tout le monde est pénétré de cette vérité, que les jugements doivent être, dans les cas donnés, l'expression de la volonté de la loi, et que le ministère des juges est réduit à appliquer cette expression au fait qui leur est exposé. Plus vous aurez mis d'attention à resserrer les juges dans ce cercle de leurs fonctions, plus vous aurez approché d'une parfaite organisation, car vous aurez assuré la confiance des citoyens qui doit être votre but et qui repose sur la loi. Le problème est de trouver un ordre de choses qui exclue l'arbitraire, car où commence l'arbitraire, dans les tribunaux, là meurt la volonté de la loi ; là s'évanouit la confiance des justiciables. Cela posé, si je me demande d'où procède l'arbitraire, lorsque la loi parle, je vérifie qu'il n'a d'autre source que la confusion du fait et du droit dans les jugements. [...] Ainsi, quand le fait et le droit sont confondus, le juge ajuste le fait, pour la loi ; il le manie, il le ramène à ses idées, et c'est précisément en cela que consiste l'arbitraire dans un pays où il y a des lois. La méthode par laquelle on peut arriver à rendre le fait toujours simple, certain et clairement énoncé, est donc le seul moyen d'abolir l'arbitraire : elle est la solution du problème. Or, je la trouve, cette méthode, dans l'institution des jurés. Elle sépare le fait du droit dans les jugements : elle apporte au juge qui doit appliquer la loi, le fait constaté, dégagé de toute obscurité ; et quand il prononce, c'est véritablement la loi qui parle par sa bouche. [...] Enfin, dans ce précieux établissement [des jurés], vous élevez un rempart à votre liberté. Comme le despote divise, pour assurer son empire, les forces sur lesquelles il règne, de même la liberté doit atténuer, en les divisant, les pouvoirs qui la menacent ; elle doit les réduire au degré d'activité qui est indispensable. Le juge abandonné à lui-même, qui arrête le fait et applique la loi, est revêtu d'un pouvoir effrayant. Séparez ces fonctions, vous condamnez cette puissance que vous craignez à n'être qu'utile ; alors il est impossible au juge de s'agrandir : isolé, il n'a pas un pouvoir, il n'a que des fonctions ; le pouvoir réside dans les deux branches des juges du fait et des juges du droit d'une manière simultanée¹⁴. »

Dans son discours, Chabroud explique clairement les objectifs attachés à l'institution du jury et à la division du fait et du droit : il s'agit d'abolir l'arbitraire des juges, de préserver la liberté et surtout, et

¹⁴ AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 30 mars 1790, discours de Charles Chabroud, p. 444-445. Quelques jours plus tard, le 16 avril 1790, Thouret défendra les mêmes principes : « lorsque le ministère du juge, entièrement subordonné à la décision préalable des pairs de l'accusé, sur le fait, sur la preuve et sur le caractère du délit, se bornera à appliquer passivement la loi, la liberté individuelle n'aura plus rien à craindre de l'autorité judiciaire » (AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 6 avril 1790, discours de Thouret, p. 553).

c'est peut-être l'essentiel, de restaurer la confiance des citoyens dans le pouvoir judiciaire. L'argument de la confiance qui avait déjà été invoqué par Adrien Duport la veille de l'intervention de Chabroud est déterminant pour comprendre la décision d'abolir non seulement l'arbitraire des juges mais l'ensemble des institutions judiciaires de l'Ancien Régime. Afin de prendre la mesure du rôle joué par les affaires du Chevalier de La Barre, de Calas et de Sirven dans la révolution judiciaire, il ne faut pas analyser ces scandales sous l'angle quantitatif mais bien en termes de confiance¹⁵. Le seul défaut de confiance fut suffisant pour justifier le renversement, à partir de 1789, d'un modèle juridique. Pour s'en convaincre, il suffit de se souvenir des conséquences de l'affaire Outreau en France au début des années 2000¹⁶. L'affaire qui s'était conclue devant la cour d'assises de Saint-Omer puis, en appel, de Paris par l'acquiescement de 13 des 17 individus accusés d'agression sexuelle sur mineurs avait mis en lumière l'instruction partielle et à charge dirigée par le juge d'instruction. Ce scandale judiciaire eut un retentissement énorme du fait des atteintes portées non seulement à la présomption d'innocence et mais également aux libertés puisque les accusés avaient passé l'équivalent de 25 années de détention provisoire cumulée. Afin de répondre à la défiance des citoyens vis-à-vis de la justice pénale, une commission parlementaire fut créée et l'abolition du juge d'instruction fut envisagée. Un seul scandale judiciaire réussit par conséquent à ébranler l'ensemble du système pénal français. Cette expérience contemporaine soulignait la nécessité de rétablir la confiance des citoyens en la justice. On comprend dès lors mieux à quel point la justice de l'Ancien Régime pouvait difficilement échapper à sa révolution. Lorsque les projets de Duport et de Chabroud visant à déposséder les juges de leur pouvoir d'appréciation des faits et des circonstances au profit des jurés furent débattus, la quasi-totalité des intervenants y fut favorable. Seul un député, Dominique Garat, dit Garat l'aîné, s'opposa ouvertement à l'établissement des jurés. Cet ancien avocat au parlement de Bordeaux défendit la justice d'Ancien Régime en proposant non pas de la révolutionner mais de la réformer. Son intervention est représentative de l'incompréhension de certains députés et sans doute d'un grand nombre de juristes vis-à-vis du tremblement de terre juridique qui s'annonçait. À propos de l'attribution du jugement du fait aux jurés, il s'interroge incrédule :

« [Duport] entend-il qu'en matière criminelle la preuve du fait imputé [s'apprécie et se juge] sans aucune règle, sans aucuns principes tracés par les lois pour leur détermination ? Entend-il en un mot que sur tous ces objets des jugements civils et criminels, nous soyons entièrement livrés à l'arbitraire

¹⁵ Sur ce débat, nous renvoyons aux articles de Michel Porret, « Voltaire et le droit de punir. Un activiste du moment Beccaria », dans *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2016, n° 63-3, p. 88-109 et de Benoît Garnot, *Voltaire et l'affaire Calas les faits, les débats, les enjeux*, Paris, Hatier, 2013.

¹⁶ Emmanuel Berger, « Vers une nouvelle révolution pénale. L'impact de l'affaire d'Outreau sur le système pénal français », dans *Journal des Tribunaux*, n° 6229, 2006, p. 418.

des juges ? S'il l'entend ainsi, tout homme j'en conviens, avec plus ou moins de sens, plus ou moins de probité, peut être bon pour éclaircir les faits contentieux, et nous pouvons livrer nos fortunes, nos vies et notre honneur à ces jurés, comme autrefois nos barbares ancêtres livraient à leur choix les leurs ou à l'épreuve de l'eau et du feu, ou aux hasards des combats en champ clos, ou aux jugements de leurs jurés¹⁷. »

En réalité, la réponse à la question posée par Garat est bien affirmative. Duport et une majorité de Constituants sont prêts à affranchir le jugement du fait de toute règle et de tout système de preuves légales en fondant le jugement sur ce que Garat nomme l'arbitraire des juges ou encore le bon sens des citoyens, à savoir l'intime conviction des jurés. Garat a clairement perçu le lien entre l'arbitraire des juges et l'intime conviction des jurés. C'est la raison pour laquelle il rejette ce nouveau principe et défend le système des preuves légales. Sur cette question, il se montre fidèle aux pratiques des Parlements qui, à la fin de l'Ancien Régime, en matière criminelle, recouraient encore largement aux preuves légales. Si l'on se base sur les chiffres produits pour le Parlement d'Aix, les juges fondaient, à la veille de la Révolution, tout au plus 13 % de leurs arrêts sur l'intime conviction¹⁸.

À l'issue des débats initiés un mois plus tôt, l'Assemblée constituante adopte, le 30 avril 1790, l'institution du jury mais uniquement en matière criminelle. Le jury civil est en effet écarté à l'invitation même de Thouret qui considérait que son introduction aurait demandé une adaptation trop importante tant pour les justiciables que pour les juristes, ce qui aurait pu porter préjudice à son enracinement¹⁹. Le vote du 30 avril 1790 sur l'établissement du jury criminel est entériné quelques mois plus tard par celui du décret des 16-24 août 1790 relatif à l'organisation judiciaire²⁰.

La fixité des peines et l'intime conviction des jurés

Ce dernier vote ne marque cependant pas la fin de la question de l'arbitraire. Celle-ci reparait un an plus tard dans le cadre du projet de Code pénal de 1791 à propos de la fixité des peines. Lors de la présentation du projet, le 23 mai 1791, le rapporteur Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau justifie le choix des peines fixes :

¹⁷ AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 31 mars 1790, discours de Dominique Garat l'aîné, p. 494.

¹⁸ Emmanuel Ravestein, *Les hautes juridictions criminelles de l'Ancien Régime à la Révolution : continuité et rupture, de la Provence au département des Bouches-du-Rhône, 1781-1795*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 2018, p. 584.

¹⁹ AP, 1^{re} série, t. 12, séance du 6 avril 1790, discours de Jacques-Guillaume Thouret, p. 549-556.

²⁰ Art. 15 tit. 2 du décret des 16-24 août 1790 : « La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle ; l'instruction sera faite publiquement et aura la publicité qui sera déterminée ».

« il est un autre caractère que vos précédents décrets rendent inséparable de toute loi pénale : c'est d'établir pour chaque délit une peine fixe et déterminée. Telle est la conséquence nécessaire de la procédure par juré. Les jurés jugent de la vérité du fait. Le tribunal applique la loi. Cette forme exclut tout arbitraire. Nos anciennes lois sont pleines de ces formules : tel crime sera puni suivant les circonstances, suivant l'exigence des cas ; ou tel crime ne pourra être puni de moindre peine que du bannissement, ou de plus forte peine que des galères à perpétuité. Ce protocole, il faut en convenir, était fort commode pour les faiseurs de lois d'alors. Et dans la vérité cette latitude n'était pas incompatible avec des formes criminelles qui rendaient les tribunaux juges tout à la fois, et du fait, et du droit. Ils pouvaient modifier la peine suivant la gravité du fait dont ils avaient approfondi et pesé toutes les circonstances. Aujourd'hui, toute nuance du fait est étrangère au juge. Il ne connaît que le fait posé par le verdict du juré. Il faut qu'il ouvre la loi, et qu'il y trouve une peine précise applicable au fait déterminé. Son seul devoir est de prononcer cette peine²¹. »

Pour Lepeletier de Saint-Fargeau, la fixité des peines prévues par le Code pénal est conçue, parallèlement à la séparation du fait et du droit et à l'institution du jury, comme un principe indispensable à l'abolition de l'arbitraire des juges. Ce processus fit dire à Bernard Schnapper que l'on passa « sans nuance de l'arbitraire à la fixité des peines²² ». Sur ce point, il convient cependant de se montrer nuancé dans la mesure où l'abolition de l'arbitraire des juges ne concernait que les crimes c'est-à-dire les infractions les plus graves, passibles d'une peine supérieure à deux années d'emprisonnement. Les délits correctionnels passibles d'une peine comprise entre quatre jours et deux années d'emprisonnement n'étaient pas jugés par des jurés mais relevaient de la compétence des juges élus. Ces derniers, suivant le décret des 19-22 juillet 1791, avaient la liberté de moduler librement la peine en fonction des circonstances et de la gravité du délit. Concrètement, cela signifie que, sous la Révolution, près de la moitié de l'ensemble du contentieux pénal restait soumis à l'arbitraire des juges. En définitive, il apparaît que l'arbitraire, en tant que principe juridique, n'était pas rejeté par les Constituants puisqu'il est d'application en matière correctionnelle et sera réservé, sous la forme de l'intime conviction, aux jurés populaires en matière criminelle.

La question de l'intime conviction est débattue en janvier 1791 lorsque les députés s'interrogent si les dépositions des témoins seront ou non rédigées par écrit. Mais à la lecture des interventions, il ressort rapidement que l'appel à l'intime conviction des jurés et la suppression des preuves légales ne sont pas contestées. À vrai dire, l'intime conviction avait été prévue un an plus tôt, dès le 29 mars 1790, dans le

²¹ AP, 1^{re} série, t. 26, séance du 23 mai 1791, discours de Louis-Michel Lepelletier de Saint-Fargeau, p. 322.

²² Bernard Schnapper, « Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle (doctrines savantes et usages français) », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1974, n° 42, p. 106.

projet d'organisation judiciaire présenté par Duport. L'article 15 stipulait en effet que : « le juge fera prêter tout haut le serment suivant aux jurés » :

« citoyens, vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges portées contre un tel ; vous n'écoutez que votre conscience, et vous déciderez avec impartialité, vous ferez votre rapport avec la loyauté, la droiture et la fermeté qui conviennent à des hommes libres. »

Les termes du serment et l'appel à la conscience des jurés seront repris quelques mois plus tard, le 16 septembre 1791, lors du vote du décret sur l'établissement des jurés en matière criminelle²³.

En entérinant le passage de l'arbitraire du juge à l'intime conviction du juré, le décret des 16-29 septembre 1791 marque l'adaptation d'un prince juridique d'Ancien Régime à l'établissement d'un nouveau modèle pénal fondé sur la défense des libertés et la participation populaire. Désormais, le risque de « meurtre juridique », pour reprendre une expression de l'époque, repose entièrement sur l'arbitraire de citoyens tirés au sort.

Les jurés criminels entrèrent pour la première fois en activité à partir du mois de janvier 1792. Afin de solenniser l'événement, une proclamation du roi, rédigée par le ministre de la justice Duport-Dutertre, fut affichée dans l'ensemble du territoire le 15 janvier 1792. Tout en expliquant aux Français l'objet du jury et les devoirs qui leur incombent, la proclamation consacre le passage de l'arbitraire des juges à l'intime conviction des jurés :

« votre conscience, voilà votre guide, la justice votre règle, l'impartialité votre devoir ; ôter au crime l'espoir de l'impunité, soustraire l'innocence à la crainte de l'oppression ou de l'erreur des tribunaux & le juge à l'empire de sa propre volonté, telle est la perfection d'un système de lois criminelles, tel est l'objet des fonctions augustes qui vous sont confiées²⁴. »

Cette révolution ne fut pas sans provoquer une certaine inquiétude comme en témoigne la publication *Des jurés et de la Conviction intime* rédigée par l'homme de lettres Mathieu Villenave en 1796. Citant en ouverture du livre la maxime de Montesquieu « lorsque le juge présume, les jugements deviennent

²³ Art. 24 tit. VI du décret des 16-29 septembre 1791 : « Le président, en présence du public, du commissaire du roi, de l'accusateur et de l'accusé, fera prêter à chaque juré séparément, le serment suivant : « Citoyen, vous jurez et promettez d'examiner, avec l'attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre 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, et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre ».

²⁴ *Archives nationales*, sous-série ADIII 46.

arbitraires », Villenave rappelle à ses contemporains les dangers inhérents à l'arbitraire, même lorsqu'il est exercé par les citoyens :

« vainement la nouvelle législation criminelle eût-elle fait disparaître la roue, le gibet et les bûchers ; vainement la peine de mort devrait-elle être prochainement supprimée ; vainement la sage institution du jury promettrait-elle aux citoyens la garantie de leurs droits ; ... si les *indices* pouvaient suppléer le défaut de *preuves* ; si la *conviction intime pouvait se former sur des présomptions* ; l'innocence dans la république serait moins assurée que dans la monarchie²⁵. »

²⁵ Mathieu Villenave, *Des jurés et de la Conviction intime*, Nantes, an VI, p. 33.