

L'ÉMERGENCE DE L'ORALITÉ JUDICIAIRE

« Pendant les plaidoiries du procureur et de mon avocat, je peux dire qu'on a beaucoup parlé de moi et peut-être plus de moi que de mon crime. Étaient-elles si différentes, d'ailleurs, ces plaidoiries ? L'avocat levait les bras et plaidait coupable mais avec des excuses. Le procureur tendait ses mains et dénonçait la culpabilité, mais sans excuses. Une chose pourtant me gênait vaguement. Malgré mes préoccupations, j'étais parfois tenté d'intervenir et mon avocat me disait alors : "Taisez-vous, cela vaut mieux pour votre affaire." En quelque sorte, on avait l'air de traiter cette affaire en dehors de moi. Tout se déroulait sans mon intervention. Mon sort se réglait sans qu'on prenne mon avis. De temps en temps, j'avais envie d'interrompre tout le monde et de dire : "Mais tout de même, qui est l'accusé ? C'est important d'être l'accusé. Et j'ai quelque chose à dire. Mais réflexion faite, je n'avais rien à dire". »

On l'aura reconnu, il s'agit des réflexions que Camus attribue à son personnage de Meursault, dans *l'Étranger*, paru en 1942. C'est là un lointain écho à cette vieille idée biblique qu'il est au pouvoir de la langue de sauver et de perdre¹ ; c'est que cet organe révèle ce qu'il y a dans le cœur de chacun, du moins si la parole n'est pas fardée. Comment, bâti pour une large part sur cette influence religieuse sécularisée, le système judiciaire français pourrait-il s'affranchir de l'oralité ? Et ce d'autant plus qu'il y va de la vie, de l'intimité, des biens et de la réputation, toutes choses qui sont d'un poids lourd, très lourd, dans la pesée des intérêts. Au vu de ces enjeux comment les justiciables, qui après tout sont faits de chair et de sang, pourraient-ils être privés du droit de dire, directement et sur un pied d'égalité par rapport à leurs adversaires, ce qu'ils ont sur le cœur, de révéler leur part de vérité ? De ce point de vue, froid et obstiné est l'écrit car, lui, n'interagit pas, ne se dédie pas. Prendre la parole librement, c'est aussi affirmer physiquement sa présence au monde (Pour G. Gusdorf, « *Parler, c'est sortir du sommeil, faire mouvement vers le monde et vers l'autre* »), accepté d'être jugé par le monde, face à ses pairs, du moins par ceux qui les représentent, chose qui n'a rien d'in vraisemblable, bien au contraire, en démocratie.

¹ Par exemple : « Ainsi en est-il de ma parole, qui sort de ma bouche : elle ne retourne point à moi sans effet, sans avoir exécuté ma volonté et accompli mes desseins » (*Esaïe* LV: 11) ; « Leur langue est un trait meurtrier ; ils ne disent que des mensonges ; de la bouche ils parlent de paix à leur prochain, et au fond de leur cœur ils lui dressent des pièges » (*Jérémie* IX: 8) ; « La langue douce est un arbre de vie, mais la langue perverse brise l'âme » (*Proverbes* XV:14) ; « La lèvre véridique est affermie pour toujours, mais la langue fausse ne subsiste qu'un instant » (*Proverbes* XII:19) ; « La bouche du juste annonce la sagesse, mais la langue perverse sera retranchée » (*Proverbes* X:31) ; « La mort et la vie sont au pouvoir de la langue » (*Proverbes* XVIII:21 ») ; « Les paroles de la bouche du sage sont pleines de grâce ; mais les lèvres de l'insensé causent sa perte » (*Ecclésiaste* X:12) ; « Jésus répondit : "il est écrit l'homme ne vivra pas de pain seulement mais de toute parole qui sort de la bouche de Dieu" » (*Matthieu* IV:4) ; « Ce n'est pas ce qui entre dans la bouche qui souille l'homme ; mais ce qui sort de la bouche, c'est ce qui souille l'homme [...]. Ce qui sort de la bouche vient du cœur, et c'est ce qui souille l'homme. Car c'est du cœur que viennent les mauvaises pensées, les meurtres, les adultères, les impudicités, les vols, les faux témoignages, les calomnies » (*Matthieu* XV: 11 et 18-19) ; « L'homme bon tire de bonnes choses du bon trésor de son cœur, et le méchant tire de mauvaises choses de son mauvais trésor ; car c'est de l'abondance du cœur que la bouche parle » (*Luc* VI: 45) ; « Leur gosier est un sépulcre ouvert ; ils se servent de leurs langues pour tromper ; ils ont sous leurs lèvres un venin d'aspic » (*Romains* III: 13) ; « Si tu confesses de ta bouche le Seigneur Jésus, et si tu crois dans ton cœur que Dieu l'a ressuscité des morts, tu seras sauvé » (*Romains* X: 9) ; « La langue aussi est un feu ; c'est le monde de l'iniquité. La langue est placée parmi nos membres, souillant tout le corps et enflammant le cours de la vie, étant elle-même enflammée par la géhenne » (*Jacques* III : 6) ; « De la même bouche sortent la bénédiction et la malédiction. Il ne faut pas, mes frères, qu'il en soit ainsi » (*Jacques* III: 10).

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

Point étonnant donc que la procédure pénale française, marquée par le poids d'une histoire qui charrie toutes ces réflexions, soit orale, publique et contradictoire ; en un mot : accusatoire.

C'est de l'émergence de l'oralité judiciaire, inscrite dans le Code de procédure pénale, notamment au livre II, titre 1, chapitre 6², dont il va être question ici.

Le terme « oral », qui vient du latin *os, oris* – la bouche –, semble avoir fait son entrée dans la langue française en 1610. Il signifiait alors quelque chose « *qui se fait par la bouche* ». Dans le langage courant, l'oralité, c'est le caractère de ce qui est oral, parlé, par opposition à la scribalité.

Qu'en est-il en droit ? Il est essentiel que les différents acteurs du procès puissent s'exprimer directement à l'audience, d'où d'ailleurs la règle de la comparution personnelle ainsi que la traduction en français des propos tenus dans une langue intelligible pour la partie poursuivie. Pendant le procès, les parties ont un droit à la discussion, celle-ci étant fondée sur de véritables échanges verbaux et sur le débat. Un « *vrai droit à la preuve* » (C. Ambroise-Casterot, Ph. Bonfils) en est la conséquence. Ainsi, les témoins sont tenus de déposer oralement, sans qu'ils puissent – sauf autorisation exceptionnelle du président – se référer à des documents écrits. C'est que, oralité oblige, le recours à l'écrit ne doit se faire qu'à la marge. En témoigne par exemple un arrêt de la Chambre criminelle, du 31 mars 1965, au terme duquel les écrits ne peuvent remédier à la défaillance d'un témoin. La contradiction apportée à l'oral est d'autant plus importante que l'article 427 du Code de procédure pénale dispose que « *hors 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 discutées devant lui* ». Applicable au domaine correctionnel, ce principe de liberté de la preuve a été étendu aux matières contraventionnelle et criminelle.

L'oralité judiciaire, qui plonge ses racines dans l'Histoire – et dont nous parlerons sous cet angle –, est un enjeu crucial à plusieurs titres.

D'abord, sur le plan humain, la prise de parole n'est-elle pas l'occasion pour les victimes, leurs proches, les accusés ou prévenus d'un premier pas vers la restitution d'une dignité humaine perdue ou bafouée ? D'une reconstruction personnelle ?

Ensuite, sur le terrain de l'État de droit, on sait que le respect des droits de la défense a valeur de principe général du droit et de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil Constitutionnel, le 2 février 1995, a décidé qu'en matière pénale, ce principe implique « *l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des parties* ». Les droits de la défense participent du droit à un procès équitable, principe à valeur supranationale, en ce qu'ils permettent d'une part l'égalité des parties dans le procès et d'autre part le contrôle de la régularité du procès. Or, en permettant à chacun de présenter librement ses arguments sur tout élément susceptible d'avoir une influence sur l'issue du procès, il nous semble que l'oralité judiciaire fait partie intégrante des droits de la défense et du droit à un procès équitable.

Enfin, politiquement, l'adhésion des citoyens au régime démocratique a reculé de 13 points en 5 ans, passant de 76% en 2014 à 63% en 2019. Sans doute les causes de cette désaffection sont-elles multiples, mais on peut raisonnablement penser que tout ce qui mine,

² Il est écrit à l'Article 346 :

« Une fois l'instruction à l'audience terminée la partie civile ou son avocat est entendu. Le ministère public prend ses réquisitions.

L'accusé et son avocat présentent leur défense.

La réplique est permise à la partie civile et au ministère public, mais l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers. »

ou pourrait miner la confiance des justiciables dans leur Justice n'arrange pas les choses. Ce risque n'est pas à prendre à la légère : un sondage, réalisé par l'IFOP pour le Club d'Iéna en mars 2017, révélait que 45% des Français n'ont pas confiance dans la justice. Pour mémoire, ils n'étaient que 37% en 2008. Or, battre en brèche l'oralité judiciaire, qui est un des derniers refuges de la tradition orale républicaine et démocratique, ne risque-t-il pas de détériorer la situation en compromettant l'indispensable rapprochement des justiciables de l'institution judiciaire ?

Justement, dans le domaine pénal, qui est celui dont nous parlons, l'oralité judiciaire serait menacée. Par exemple, au motif qu'il serait fréquent que la durée des audiences excède « *des limites raisonnables* », celle-ci a été encadrée par une circulaire du cabinet du garde des Sceaux du 6 juin 2001. En témoignent encore le fait que pour décharger des cours d'assises (caractérisées par le jury populaire et son corollaire l'oralité totale des débats) engorgées et pour remédier aux délais trop longs qui ont des incidences en matière de détention provisoire, certains crimes sont requalifiés en délit pour passer au tribunal correctionnel. En fait foi enfin l'expérimentation, qui vient d'être lancée, d'un « *tribunal criminel déchargeant les cours d'assises de tous les crimes punis jusqu'à vingt années d'emprisonnement* ».

En réalité, l'Histoire montre qu'il y a eu en permanence un équilibre difficile à tenir entre le respect des droits de la défense et l'efficacité de la répression, l'oralité judiciaire étant au cœur de cette tension. Il est donc tentant de remonter le cours du temps, pour, en suivant la chronologie – qui après tout est le plus sûr fil d'Ariane –, montrer quelles ont été les vicissitudes historiques de l'oralité judiciaire, et que, en dépit de certaines conceptions qui ont pu à certaines époques entraver la parole libre, malgré parfois les périodes sombres de notre histoire, elle a fini par s'enraciner profondément, voilà deux siècles, dans notre tradition juridique.

En premier lieu, nous montrerons le contraste qui a pu exister entre une Antiquité – dont se réclameront plus tard les républicains français – pour qui rendre la justice n'était que l'un des versants de l'activité politique. Le tout, pour l'emporter, était donc de prendre la parole, de manière libre et égale, pour faire partager *sa vérité* au plus grand nombre des juges-citoyens. Mais à partir du XIII^e siècle, et ce jusqu'au XVIII^e siècle, c'est à une révolution copernicienne à laquelle on a assisté : c'est désormais la politique qui découle du judiciaire. Le roi et ses juges sont « ministres » de Dieu et doivent, à travers l'exercice de la justice, assurer le règne de l'Éternel dans un monde corrompu depuis le péché originel. Ce n'est plus *une vérité* que l'on recherche mais *la Vérité*, le recours à la contrainte n'étant pas exclu pour l'obtenir. En second lieu, nous ferons apparaître qu'avec la Révolution française s'est produit un nouveau retournement, la politique reprenant le pas sur la justice (dans une mesure certes décroissante), d'où la renaissance d'une parole en théorie libre. Néanmoins, quels que soient les régimes politiques en place l'oralité a été maintenue, hormis certaines brèves parenthèses historiques, jusqu'à nos jours.

I. L'oralité judiciaire : moyen de contrôler l'exercice de la justice ou d'extorquer des aveux ?

D'abord, l'oralité judiciaire a émergé dans le vieux monde gréco-latin, où elle revêtait une dimension civique. Ensuite, dans la France capétienne, jusqu'en 1789, elle s'est certes maintenue mais s'est muée en une sorte de tête-à-tête inégal entre un accusé désarmé et des juges tenant leur autorité à la fois de Dieu et du roi.

A. L'oralité et la publicité judiciaires au nom de l'équité devant la justice

Dans l'Athènes de l'époque classique, autrement dit au cours de la majeure partie des V^e et IV^e siècles avant notre ère, la démocratie est formellement en place. Elle repose, selon Périclès, sur l'*isonomia*, autrement dit l'égalité devant la loi, mais aussi l'*isegoria* : l'égal accès à la parole.

L'oralité judiciaire devant le tribunal populaire (l'Héliée entre autres juridictions) est la règle. Le déroulement de la procédure nous est connu grâce au texte de la *Constitution des Athéniens* d'Aristote. Le temps de parole est mesuré par la clepsydre. À chaque fois que le greffier donne lecture d'une loi ou d'un témoignage, un préposé ferme le tuyau d'arrivée de l'eau. C'est à ce prix que l'égalité du temps de parole peut être préservée. En principe seules prennent la parole les parties au procès. Les témoignages des témoins, préalablement recueillis par le magistrat instructeur, sont lus devant le tribunal. Ce n'est pas s'exagérer que d'affirmer que le procès prend les allures d'un concours d'éloquence.

La maîtrise de la rhétorique, l'habileté dans la présentation des faits, l'appel aux sentiments des jurés, tout cela compte beaucoup. Pour cette raison, les justiciables ont la possibilité de recourir aux services de professionnels, les logographes, qui rédigent le texte que le plaideur va lire devant le tribunal. Ce ne sont pas des avocats, en ce sens qu'ils ne sont pas présents dans le tribunal. Certains noms de ces hommes, qui pouvaient aussi bien être des politiques chevronnés que des métèques, nous sont restés : Lysias, Isée, Démarque. Démosthène, avant d'accéder à la notoriété, a composé de tels écrits judiciaires, qui sont d'ailleurs parmi les rares à avoir été conservés. Certes chacun a accès aux lois car elles sont affichées. Pour autant, les assistants officieux vont également prodiguer leurs conseils à ceux qui souhaitent les interpréter au mieux de leurs intérêts.

Il n'y a pas à proprement parler de débat entre les plaideurs. C'est l'un après l'autre qu'ils présentent leurs arguments. Et après les deux prestations orales, on passe au vote, les juges tirés au sort chaque année – le plus souvent les héliastes – ne discutant pas entre eux ; ils se contentent d'exprimer leur avis en déposant un jeton de bronze, percé ou plein, suivant la partie qui a leur faveur.

À Rome, avec la loi des XII Tables, rédigée entre – 451 et – 449, soit près d'un demi siècle après le passage à la République, le pouvoir coercitif des consuls, qui leur permet de punir sur le champ les refus d'obéissance, n'a pas été remis en cause. Néanmoins, sous la pression de la plèbe, ils ont perdu le pouvoir de condamner à mort à l'issue d'un jugement. Ce pouvoir souverain appartient désormais à cette assemblée du peuple romain que sont les comices centuriates, ce qui témoigne d'un contrôle « populaire » sur la justice, l'oralité devant permettre ce contrôle. On parle de procès comitial, et il a lieu lorsqu'il s'agit d'un délit public. En théorie ce sont toujours les consuls qui instruisent l'affaire, dressent l'accusation, qualifient le délit, entendent les témoins et la défense. En réalité, ils se sont déchargés de ce rôle sur les *quaestores parricidii*. Jusqu'au second siècle avant notre ère, ils vont ainsi se livrer à l'instruction préparatoire, réclamer une peine et demander au peuple réuni en centuries de répondre « oui » ou « non ». On y voit là une garantie qui jour au profit des citoyens.

L'oralité occupe une position maîtresse. Pourquoi ? Parce que l'accusation, qui est conduite par le magistrat lui-même, est présentée devant trois assemblées informelles successives appelées *contiones*, espacées d'au moins un jour. Les plaidoiries vont se succéder *pro et in*. Par son expression collective d'une volonté populaire, le peuple peut trouver non fondée l'accusation criminelle, auquel cas le tribun est dissuadé de poursuivre car il y a pour lui le risque politique d'une décision comitiale de non-condamnation. Inversement, si l'opinion publique est choquée par la gravité d'un crime, et si elle estime insuffisante la peine requise, le tribun peut rectifier le tir en faisant des réquisitions plus sévères. Ce qui frappe,

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

c'est que les femmes et les étrangers peuvent en théorie prendre la parole. Seuls sont exclus les prostitué(e)s, les condamnés pour *injuria*, les personnes reconnues coupables de dilapidation de leur patrimoine, ainsi que les auteurs de concussions. Pour pouvoir s'exprimer publiquement, il faut néanmoins y avoir été admis par le président de la *contio*, faute de quoi la personne est réputée usurper la qualité de celui-ci. Des sommations à comparaître sont adressées aux personnes que l'on souhaite soumettre à un interrogatoire *ad populum*. La durée limite de chaque harangue est fixée par le président. L'octroi d'un délai de deux heures est jugé restrictif par les orateurs. Il est courant qu'une journée entière soit prévue. Accorder un délai minime constitue un moyen de vexer un adversaire, tout comme le fait de lui réserver le *locus* inférieur, c'est-à-dire la tribune à peine au-dessus de la foule et au-dessous du président, et non celle des harangues majeures : les Rostres et le podium du temple de Castor et Pollux. Railler, salir la réputation, le tout avec la complicité, dans la foule, d'une « *claque bien organisée* » (D. Hiébel), tels sont les moyens destinés à abattre un orateur rival. Pour surmonter l'épreuve, il faut un cran que seule peut conférer la stature sociale. Dès lors il n'est pas étonnant que les personnages influents, notamment les membres les plus prestigieux de l'ordre sénatorial, prennent la parole prioritairement. Ils le font d'autant plus qu'on compte sur eux pour influencer l'opinion, afin de réfréner les emballements populaires.

Avec le passage à l'Empire, en dépit du fait que par conservatisme les Romains ont maintenu l'ancienne procédure accusatoire, et donc l'oralité judiciaire, celle-ci semble avoir perdu de sa superbe. Relatant la journée type d'un juge se rendant au tribunal, Macrobe déclare :

« Chemin faisant, il n'est point de ruelle dont ils n'aillent remplir le vase à urine ; car ils ont toujours la vessie pleine, par suite de la quantité de vin qu'ils boivent. Ils arrivent d'un air ennuyé dans le comitium: ils ordonnent de commencer à plaider, les parties exposent leur affaire, le juge réclame les témoins, et va uriner ; au retour, il prétend avoir tout entendu, et demande les dépositions écrites ; il y jette les yeux, mais à peine peut-il tenir les paupières soulevées, tant il est accablé par le vin. En allant délibérer voici quels sont ses propos : Qu'ai-je affaire de ces sottises ? Que ne buvons-nous plutôt du vin grec, mêlé avec du miel ? Mangeons une grive grasse, un bon poisson, un loup du pays péché entre les deux ponts ».

C'est donc moins l'oralité judiciaire que son lien avec le civisme qui est tombé en sommeil sous l'Empire tardif. Elle va se maintenir au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime, mais il va apparaître que, pour autant, son statut a changé: la transparence attendue ne porte plus sur le caractère censément équitable de la justice qui est rendue ; elle se situe au niveau de l'accusé, dont il faut, de gré ou de force, susciter la parole afin que ses juges puissent lire en lui comme en livre ouvert.

B. L'oralité et l'opacité judiciaires au service de « LA » vérité

À partir des XII^e – XIII^e siècles, sous l'influence des droits savants, la procédure pénale va se modifier. Elle est désormais inquisitoire et fait appel à des preuves dites « légales » : l'aveu et le témoignage, tous deux assortis du serment qui corrobore les déclarations du prévenu et les dépositions des témoins. Lorsqu'il n'y avait pas d'aveu, le crime pouvait être prouvé grâce au recours aux témoins. Lorsqu'on est en présence d'un individu « véhémentement soupçonné », mais qu'on ne dispose pas de preuve objective complète contre lui, alors s'impose le recours à la torture. La parole est ainsi extorquée.

L'oralité est à géométrie variable car on a repris la vieille distinction romaine entre la procédure ordinaire et la procédure extraordinaire.

La procédure « ordinaire » concerne les affaires mineures, pour lesquelles il y a eu une plainte ; elles débouchent sur une indemnisation. La victime agit comme accusateur et conduit le procès dont elle assume les risques. L'instance est caractérisée par la publicité et l'oralité des débats, qui sont contradictoires. La raison ? Pour convaincre les sires d'abandonner la bataille pour vider leurs différends, il a fallu les convaincre de la loyauté des combats singuliers qui se déroulent dans les prétoires. Il y a des avocats, bien sûr. Au début du XVII^e siècle, le magistrat au parlement de Toulouse La Roche-Flavin regrettera qu'ils soient devenus des « *braillards qui arment la langue contre la justice* ». Cette critique est révélatrice... Ce qui leur est reproché est de s'octroyer une certaine latitude pour défendre leurs clients, alors que la conception qui domine dans la magistrature, et qu'exprime ici Domat, avocat du roi au présidial de Clermont, veut que les avocats représentent les parties « *comme dépouillées de leurs passions* ». Ils ne doivent pas chercher à persuader mais préparer la vérité du jugement. Les avocats ne seraient donc que d'humbles « *diacres* » assistant des juges-prêtres réputés rendre le jugement de Dieu. Pour les premiers, l'oralité n'est pas libre. Au contraire, elle est très encadrée. L'avocat Daraut, auteur en 1775 d'un *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, explique que « *le champ de Thémis ne doit point être pour eux une arène de gladiateurs* », formule qui signifie que des règles strictes encadrent leurs prises de parole. Et gare à qui souhaite sortir du cadre. La Roche-Flavin est même partisan de réactiver la loi des anciens gymnosophistes qui interdisait définitivement de parler à ceux du barreau qui se laissaient aller au verbiage, à la calomnie, aux « *subtilités* » et « *inventions* », aux emportements, ou encore aux « *faussetés* » et « *malices* ».

La procédure « extraordinaire » est l'autre option dont dispose la victime, mais si le crime est grave, s'il y a trouble à l'ordre public, elle peut être le fait du juge agissant d'office. Cette procédure est caractérisée par le secret de l'instruction. Il faut préciser que l'instruction se scinde en deux temps. Le premier est celui de l'information : le juge collecte indices et témoignages pour savoir s'il existe des charges suffisantes. Le second, qui constitue le cœur du procès, est l'enquête, qui permet des investigations plus poussées ; elle est ponctuée par l'audition des témoins, leur récolement, l'examen complet des charges pesant sur le prévenu, son interrogatoire, le cas échéant accompagné de la question. L'oralité est ici préservée, mais à quel prix ! Celui d'un tête-à-tête entre l'accusé et le juge, le premier étant en quelque sorte emmuré dans l'ignorance qui est la sienne du fait que ses accusateurs ont déposé secrètement contre lui, d'où l'impossibilité de leur répondre directement. Cette procédure, qui s'est fixée peu à peu aux XIV^e et XV^e siècles, a été consacrée par les ordonnances du XVI^e siècle³ et maintenue dans ses grandes lignes dans l'ordonnance criminelle d'août 1670, restée en vigueur jusqu'à la Révolution.

Une disposition importante est l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 10 août 1539, que l'on doit au chancelier Poyet. Elle impose aux accusés de répondre « *par leur bouche* » et « *sans le conseil ni ministère d'aucunes personnes* »⁴ aux questions du magistrat instructeur.

³ Néanmoins le libellé de l'article 118 de l'ordonnance de Blois de mars 1498 montre qu'en dépit de la montée en puissance de la procédure secrète, la procédure orale n'a pas dit son dernier mot: « Et si par ledit procès criminel dûment fait, on n'aurait rien pu gagner, et il serait besoin ouïr les parties et les recevoir en procès ordinaire, nos dits baillis, sénéchaux et juges ou leur lieutenants ordonneront que les parties seront ouïes et aussi notre avocat pour notre procureur, le prisonnier présent. »

⁴ La raison de ce changement figure dans les travaux préparatoires de l'ordonnance de 1670 qui reprend dans des termes assez voisins les dispositions adoptées en 1539. Le premier président Lamoignon regrette que les avocats aient été bannis des prétoires, car, pour lui, la possibilité pour l'accusé d'être défendu par l'un des membres de cette corporation constitue « une liberté acquise par le droit naturel, plus ancien que toutes les lois humaines ». Le conseiller d'État Pussort, réputé être un « fagot d'épines » par Saint-Simon, justifie cette suppression par le fait que « le conseil se faisait honneur et se croyait permis, en toute sûreté de conscience, de procurer par toutes voies, l'impunité de l'accusé ». Lamoignon a concédé qu'il peut arriver qu'ainsi des criminels échappent à la

La parole de l'accusé ne peut donc être qu'une parole solitaire. Et si elle est périlleuse, le silence l'est plus encore car il accuse.

Voyons les choses d'un peu plus près... Une fois l'action publique mise en mouvement l'instruction préparatoire peut débiter. Désormais seul devant le juge, l'accusé prête serment de dire la vérité. Jusqu'au règne de Louis XIV il ne s'agissait que d'un simple usage, mais l'ordonnance criminelle élaborée sous son règne l'impose désormais avec le grave inconvénient, pourtant souligné par Lamoignon, de placer l'accusé « *dans la nécessité inhumaine ou de se parjurer ou de s'accuser soi-même* ». Sa situation n'est pas enviable. Il est interrogé dans le plus grand secret. D'ordinaire, il ne sait quoi dire lorsqu'on lui demande s'il connaît la raison pour laquelle il est emprisonné. Il ignore qui sont ses accusateurs et quels sont les témoins à charge. Les pièces de la procédure échappent à ses yeux. Comme il a été dit, l'exclusion des avocats est la règle. En cas de pluralité d'accusés, c'est séparément qu'ils doivent être interrogés. C'est dans une atmosphère sans nul doute pesante que l'accusé répond au juge en présence du greffier. Au XVIII^e siècle, le criminaliste Serpillon énonce que, je cite, « *les interrogatoires sont les actes les plus difficiles de la procédure. La première chose à considérer, c'est la qualité de l'accusé : un homme du commun doit être interrogé autrement que celui qui est d'une condition plus distinguée, on doit avoir pour lui plus d'égards. Celui qui paraît résolu et ferme doit l'être différemment du timide : l'intrépidité est souvent la marque d'un mauvais sujet [...]. Le juge ne doit pas témoigner être en colère ni paraître trop familier avec l'accusé.* » S'il y a lieu, intervient ensuite l'instruction définitive. C'est (enfin !) le moment de la confrontation de l'accusé avec ses accusateurs : il peut alors connaître précisément les charges qui pèsent contre lui et récuser ceux des témoins qu'il estime partiels. Le sac du procès peut être transmis au juge rapporteur, qui va en faire la synthèse, sorte de « pré-jugement » (J.-M. Carbasse) qui tend à orienter toute l'instance. Placé sur la sellette, l'accusé va subir son dernier interrogatoire, sans avoir eu le temps de préparer sa défense. À l'extérieur du prétoire les accusés qui en ont les moyens ont la possibilité de diffuser dans le public et de communiquer aux magistrats des mémoires écrits, appelés « factums », pour se constituer des soutiens. L'écrit constitue donc la planche de salut pour tous ceux dont la parole est en quelque sorte mise au cachot.

Qu'ont pensé les Français eux-mêmes de ce système ? Le cahier de doléances commun des trois ordres du bailliage de Langres (Haute-Marne), rédigé en vue des États Généraux de 1789, ne laisse aucun doute sur le fait que l'accusé, parce que privé de la plénitude des droits de la défense au motif qu'on veut l'empêcher de suborner les témoins, est dans une position des plus inconfortables, les pressions s'exerçant sur lui n'ayant d'autre but que de l'amener à parler pour se compromettre et ainsi confirmer les accusations portées contre lui :

« C'est dans le séjour de la douleur et de l'opprobre [peut-on lire] que le malheureux, objet des informations qui se poursuivent, ignorant souvent le crime dont il est accusé, et presque toujours les preuves et les indices que l'on est occupé à accumuler contre lui, agité, tout à la fois, des angoisses de l'impatience et de celles de la terreur, attend en silence le moment redoutable qui doit lui présenter ses ennemis et lui découvrir leurs attaques. Peut-être le secret des premiers moments de procédure est-il nécessaire vis-à-vis de l'accusé : car, dans une matière aussi importante, il faut craindre de se laisser entraîner même par le sentiment si juste et si naturel de la pitié. Ne perdons jamais de vue que l'objet direct et principal de la procédure est de manifester le coupable. La connaissance des coups qu'on doit lui porter lui donnerait le moyen de préparer

punition qu'ils méritent, tout en ajoutant que, faute de conseil, des innocents périraient. À cela Pussort réplique que supprimer le ministère d'avocat, c'est épargner aux Français une injustice car seuls les riches ont « moyen de faire travailler beaucoup d'avocats et de fournir aux frais ». C'est cette opinion qui a prévalu.

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

artificieusement ses défenses. On ne doit laisser à l'accusé dans le combat d'autre arme que la vérité : la vérité est une et ne se contredit jamais ; mais le crime à qui on ôte le temps et les moyens de concerter ses fraude se trahit toujours et souvent même par les efforts qu'il fait pour se cacher [...]. Mais ce secret, si utile en lui-même, devient affreux dans notre procédure, et par l'abus que l'on en fait, et par l'étendue illimitée qu'on lui donne. La loi qui ferme la bouche à l'accusé, et lui laisse ignorer ce qui se trame contre lui, ouvre en même temps le champ à l'accusateur. Jouissant de toute sa liberté, il peut s'aider de tous les conseils, préparer à son aise tous ses moyens, combiner ses mesures, dresser, diriger toutes ses batteries. Affranchi de toute contradiction, il ne trouve aucun obstacle aux manœuvres les plus criminelles... »

Sous l'effet d'une réaction quasi-épidermique, la Révolution va tout au contraire survaloriser l'oralité, la débrider, y compris au niveau judiciaire, ce que n'oseront pas remettre en cause les régimes qui suivront.

II. L'inscription de l'oralité judiciaire dans la tradition juridique française

D'abord les révolutionnaires ont placé l'oralité – qu'ils indexaient sur la démocratie (la réciproque étant vraie) – au cœur du dispositif judiciaire, même si pour faire triompher la Révolution qu'ils savaient menacée ils ont pu mettre ponctuellement à mal son caractère libre. Ensuite, sous l'empire du Code d'instruction criminelle de 1808 elle a été unanimement consacrée comme l'un des tous premiers droits de la défense, censés être intangibles.

A. L'oralité judiciaire en Révolution : une consécration

Très vite, les Français ont exprimé le souhait de voir émerger une « autre justice », celle-ci ne pouvant qu'être fondée sur les « Immortels principes », entre autres l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Dès lors, les révolutionnaires n'ont pas voulu – du moins jusqu'à ce que la Révolution se radicalise⁵ – remettre en cause les droits élémentaires de la défense. En témoigne le fait que l'article 10 du décret du 9 septembre 1789 énonce que « *tout citoyen décrété de prise de corps, pour quelque crime que ce soit, aura le droit de se choisir un ou plusieurs conseils avec lesquels il pourra conférer librement en tout état de cause, et l'entrée de la prison sera toujours permise audits conseils* ». Néanmoins, des voix se sont élevées pour que l'on mette un terme au monopole des avocats, ceci en vue de la liberté de défense⁶.

⁵ Avec le décret du 22 prairial an II (10 juin 1794), la catégorie des « suspects » (émigrés, royalistes de cœur, accapareurs, défaitistes, généraux réputés passés à l'ennemi), tous coupables virtuels, est devenue celle des « ennemis du peuple », formule qui montre bien que leur culpabilité relève de l'évidence. Les attendent les juridictions d'exception : commissions militaires établies à la suite des armées ; commissions populaires ; tribunaux criminels ordinaires habilités à juger révolutionnairement. Le plus connu est le tribunal révolutionnaire, établi sur la proposition de Danton, Lindet et Levasseur, par la loi du 10 mars 1793, et qui a fonctionné jusqu'au 31 mai 1795. Devant cette juridiction d'exception, les plaidoiries ne peuvent qu'être brèves, lorsque l'accusé ne se voit pas tout bonnement refuser le bénéfice de la défense. Les avocats n'ont que très peu de temps pour mettre au point une ligne de défense, sachant, au surplus, qu'ils risquent à tout moment d'être arrêtés avant même la fin des débats. En 1793, les municipalités se sont mises à leur délivrer des certificats de civisme conditionnant l'accès à la barre. Dans ces conditions, la parole ne peut qu'être servie, alors que la République a promis de l'affranchir.

⁶ Chose curieuse, pareille idée est très en vogue chez les anciens avocats. Écoutons ainsi Linguet, ci-devant avocat au parlement de Paris : « Il y a dans le sanctuaire de Thémis des hommes consacrés pour lui porter le vœu de ses clients. Ils ont seuls, comme les prêtres, des oracles, le droit de parler à la déesse, et, comme ces prêtres,

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

Ils ont été entendus puisque l'article 14 de la loi des 16 et 24 août 1790, relative à l'organisation judiciaire, dispose qu'« *en toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugements seront publics ; et tout citoyen aura le droit de défendre lui-même sa cause, soit verbalement, soit par écrit* ». Le décret du 2 septembre 1790 ayant supprimé la profession d'avocat, désormais tout citoyen peut accéder à la barre afin de plaider pour soi ou pour une autre personne. Dès 1791, les avocats ont été remplacés par des « *défenseurs officieux* ». Chacun, proche – parent ou ami – ou tiers, peut désormais, sans aucune compétence requise, prétendre à venir à la barre assurer la défense des prévenus. La liberté la plus grande règne en la matière. Cabaretiers, porteurs d'eau et même anciens repris de justice, viennent au secours des accusés. Beaucoup d'appelés au début, mais, lassitude ou incompétence obligent, peu sont restés. Les avoués ont été très présents. La *Gazette des nouveaux tribunaux* nous dit ce qu'il en a été : « *Combien de ci-devant procureurs n'avons nous pas vu qui, voulant tirer des circonstances le meilleur parti possible pour leurs intérêts, ont pris la résolution de plaider eux-mêmes... On les voit, lecteurs insipides et monotones de leurs ouvrages, écoliers dans l'art de parler, ôter à l'orateur la vie et le mouvement en lui ôtant la mémoire et la prononciation...* » Bref, n'est pas avocat, ou devrions-nous plutôt dire « *défenseur officieux* », qui veut.

Le décret des 8-9 octobre 1790 est fondateur car c'est lui qui inaugure le droit pour l'accusé ou son/ses défenseur(s)⁷ de prendre la parole en dernier à travers une plaidoirie orale déclamée devant le peuple. Adossée au principe du contradictoire, l'oralité judiciaire permet à chaque citoyen déféré devant la justice de discuter devant ses pairs de tous les éléments qui intéressent son affaire. Elle garantit donc le caractère démocratique de la justice⁸. En même temps, l'oralité est la condition de la publicité des procès. Or la transparence est à l'ordre du jour pour prévenir une résurgence de l'opacité et l'arbitraire censés avoir eu cours dans les siècles anciens. Le peuple souverain, sous la forme de jurys (Tocqueville dira qu'ils sont

ils ont grand besoin de se faire payer pour ouvrir la bouche ». Soyons prudent : ledit Linguet ne fait pas mystère de ses opinions antiphilosophiques, et s'était spécialisé dans la défense des causes douteuses. Et ce n'est pas beaucoup s'avancer que de penser qu'il se venge de ceux qui après sa dixième année d'exercice dans le droit l'avaient fait rayer du barreau à cause de son attitude déloyale et de son mépris à l'égard de ses collègues. Quant aux plus jeunes des avocats, ils souhaitent la liberté de défense car ils en ont après leurs aînés qui, arque boutés sur leurs privilèges, décideraient arbitrairement ceux qui peuvent exercer. À côté de ces « raisons » qui tiennent de l'esprit de revanche sociale plus que de l'intérêt d'une bonne justice, il y a l'idée, outre l'hostilité des révolutionnaires aux ordres et corps (et donc aux barreaux), que les lois devant désormais être simples et claires, rien ne justifie plus la présence de l'avocat à l'audience.

⁷ Par exemple, Louis XVI, qui a comparu le 11 décembre 1792 devant ses juges, a eu une défense tellement timorée que le lendemain les députés l'ont autorisé à s'entourer d'un « conseil de défense » composé de Tronchet, Lamoignon et Sèze. Ce n'est que le 26 qu'ils vont être entendus par la Convention. Après que Sèze ait repris point par point les 31 chefs d'accusation, le « ci-devant » roi auquel on demande s'il souhaite répondre, déclare : « On vient de vous exposer mes moyens de défense, je ne les renouvellerai point ! En vous parlant peut-être pour la dernière fois, je vous déclare que ma conscience ne me reproche rien, et que mes défenseurs n'ont dit que la vérité ».

⁸ Le lien entre démocratie, jury et oralité semble ne faire aucun doute en Suisse : « Les partisans du jury trouvent dans cette institution la conséquence naturelle du principe de la souveraineté du peuple ; ils estiment qu'un peuple libre doit déléguer la moins grande portion possible du pouvoir, et qu'il doit l'exercer par lui-même autant que cela se peut ; de là, si le peuple peut juger par lui-même aussi bien que des juges, le premier mode doit être préféré. Or le jugement du jury est le jugement du peuple. De plus, le jury présente en lui-même des avantages marquants sur les tribunaux permanents. D'abord il fait l'éducation politique du peuple chez lequel il est introduit ; il est la sauvegarde la plus forte des libertés, mais surtout il est la condition *sine qua non* de la procédure orale et publique et du jugement par conviction morale » (*Exposé des motifs du projet de loi présenté au Grand-Conseil, sur l'organisation et les attributions des fonctionnaires et des tribunaux chargés de l'administration de la justice pénale et sur les bases de la justice pénale dans le canton de Vaud*, sl., 1833, p. 7)

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

l'« *un des modes de la souveraineté du peuple* »), prête une oreille attentive à ce qui se dit dans les prétoires afin de contrôler la manière dont la justice est rendue en son nom⁹.

Qu'en est-il de la procédure devant les tribunaux criminels ? Une fois que l'instruction préparatoire et la mise en accusation ont eu lieu, viennent les débats, après lesquels intervient le jugement définitif. La loi des 16-29 septembre 1791 prévoit que la procédure criminelle, à l'audience, est purement orale. Une fois que l'audition des témoins a eu lieu, l'accusateur public, la partie civile et l'accusé prennent successivement la parole ; après quoi, le président résume les débats et pose les questions au jury, avant que ce dernier ne se retire pour délibérer. La lecture du titre VI du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (=25 octobre 1795) laisse apparaître que les témoins déposent oralement (art. 352). Par ailleurs, « *l'accusé peut, par lui-même ou par ses conseils, questionner le témoin, et dire, tant contre lui personnellement que contre son témoignage, tout ce qu'il juge utile à sa défense* » (art. 353 al. 3). Le président peut demander aux témoins ainsi qu'à l'accusé tous les éclaircissements qu'il estime nécessaires à la manifestation de la vérité. La même possibilité est offerte aux juges, à l'accusateur public et aux jurés, pourvu qu'ils demandent la parole au président (art. 354). L'oralité est si importante qu'on a même prévu le recours à des interprètes (art. 368), disposition que reprendront les codes ultérieurs. L'article 370 est celui qui cristallise le plus le principe de l'oralité judiciaire :

« À la suite des dépositions orales des témoins, et des dire respectifs auxquels elles donnent lieu, l'accusateur public, et la partie plaignante, s'il y en a une, sont entendus, et développent les moyens qui appuient l'accusation.

L'accusé et ses conseils peuvent répondre.

La réplique est permise à l'accusateur public et à la partie plaignante ; mais l'accusé a toujours la parole en dernier. »

Ce n'est que si l'accusé n'a plus rien à dire pour sa défense que le président peut déclarer que les débats sont terminés (art. 371). Au fond, on a le sentiment que l'oralité est destinée à assurer la spontanéité et la fluidité de la contradiction, le tout sous le regard de ce tiers impartial et désintéressé qu'est le juge, attentif à ce que les échanges soient maîtrisés, apaisés, ceci afin qu'une vérité puisse se manifester. En effet, c'est « *particulièrement sur les dépositions et les débats qui ont lieu en leur présence* » que les jurés doivent « *asseoir leur conviction personnelle* » (art. 372).

Soit que les régimes politiques qui ont suivi aient souhaité se légitimer en reprenant cette partie de l'héritage juridique de la Révolution, quitte à l'amalgamer à d'autres traditions de notre histoire, soit qu'ils aient voulu prouver sur le terrain judiciaire le plus haut degré de civilisation de la France sur les peuples voisins, ils ont parfaitement admis l'oralité judiciaire – principalement aux assises.

B. L'oralité judiciaire, une remarquable continuité depuis 1808

⁹ L'article 5 de la loi des 16-24 août 1790 prévoit que « La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle ; l'instruction sera faite publiquement, et aura la publicité qui sera déterminée ». La Constitution du 3 septembre 1791 (Titre III, Chapitre 5, Article 9) dispose quant à elle :

« En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le corps législatif, dans les cas où il appartient de poursuivre l'accusation.

Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés.

L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt sans donner des motifs.

Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze.

L'application de la loi sera faite par des juges.

L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil.

Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé en raison du même fait. »

Les pères de la procédure criminelle napoléonienne ont puisé à différentes sources d'inspiration : l'ordonnance de 1670 ; la loi des 16-24 août 1790 et celle des 16-29 septembre 1791 modifiée par les lois des 3 brumaire an IV (=25 octobre 1795) et 7 pluviôse an IX (=27 janvier 1801). D'où le fait que ses caractères empruntent tantôt à l'une tantôt à l'autre de ces traditions. On trouve ainsi l'information préliminaire, la procédure écrite, l'instruction secrète, l'institution du ministère public, la concentration de la procédure dans les mains des juges, la part faite à ceux-ci dans le jugement, mais aussi la publicité des débats, la preuve orale, ainsi que le jugement par jurés.

Dès la Restauration, les droits de la défense ont été consacrés par la Cour de cassation. Le 7 mai 1828, sa chambre civile a énoncé que « *la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en mesure de se défendre* ». La doctrine criminelle a abondé dans le même sens. Ortolan, dans ses *Éléments de droit pénal*, publiés en 1855, avance que ce droit, « *n'a pas besoin d'être inscrit nulle part pour appartenir à tous* ». Et d'ajouter que pour être un droit de l'accusé, il n'en est pas moins un droit de la société car « *la condamnation de l'innocent est pour elle un plus grand malheur que pour le condamné lui-même* ». Dans l'édition de 1928 de la *Pratique criminelle des cours et tribunaux* d'Hélie et Depeiges, on peut lire que la défense des accusés ne doit pas être regardée comme un privilège établi par la loi ou même comme « *conseillée par l'humanité* ». Elle est un droit naturel établi dans l'intérêt de la justice. Et d'ajouter : « *car il n'y a pas de justice là où la défense n'est pas entière et où il n'y a pas de certitude de la vérité* ».

Autant dire que l'oralité judiciaire participe de ces droits de la défense. Lambert, conseiller à la Cour impériale de Rennes, fait paraître en 1861 une *Philosophie de la cour d'assises*, dans laquelle il estime que la loi a consenti à l'homme poursuivi une parole « *libre* » pour expliquer sa conduite, aidé s'il le souhaite d'« *un confident dévoué de ses secrets, un guide pour la route périlleuse où il est engagé* », de telle sorte qu'il puisse y avoir une « *discussion loyale* » des faits et des théories.

Simplement, l'oralité judiciaire peut être « réglée » afin de prévenir les abus qui pourraient résulter de l'utilisation qu'on en fait. Il ne faut pas s'en étonner. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen énonce que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». Ainsi l'article 270 du Code d'instruction criminelle permet au président des assises de rejeter tout ce qui prolonge inutilement les débats. Le 3 décembre 1836, la Cour de Cassation a admis qu'il puisse se contenter d'inviter les défenseurs à être brefs. Le 17 juin 1951, la cour d'appel de Toulouse a rendu un arrêt, d'après lequel il lui est loisible d'apprécier la durée de la défense et d'y mettre fin si, après plusieurs plaidoiries, la prolongation des débats apparaît comme un but délibérément poursuivi. Ensuite l'article 311 impose au conseil de ne rien dire contre sa conscience et contre le respect dû aux lois, et de s'exprimer avec décence et modération. Une certaine gravité doit en effet régner dans la salle d'audience. Le 11 août 1820, la Cour de cassation a retenu que c'est à bon droit qu'un président a interdit à un accusé de présenter sa défense en vers, la sévérité des formes judiciaires repoussant cette forme-là de langage. Il y a bien quelques arrêts rendus sous la Restauration, la Monarchie de Juillet et le Second Empire, restreignant les défenseurs quant au fond de leurs plaidoiries (l'interdiction de citer les décisions de jurys dans des affaires analogues, ou de la discussion, dans la plaidoirie sur le fond, de questions relatives à un point de droit). Mais sous la Troisième République, la doctrine recommande d'interpréter ces jurisprudences de manière restrictive.

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

Un point particulier mérite notre attention : que vaut le silence ? Il est acquis que si l'accusé interrogé ne veut pas répondre, il ne peut y être contraint. C'est que, énonce Laboulaye, qui occupe la chaire de législation comparée au Collège de France, c'est à l'accusateur de prouver son accusation, sans quoi la présomption d'innocence serait mise à mal. Et de s'interroger, à propos de l'accusé : « *Qu'a-t-il besoin [dès lors] de chercher à se justifier et de faire les réponses dont on s'armera contre lui ?* » C'est néanmoins à ses risques et périls qu'il garde le silence. Il lui appartient de calculer la portée de son silence ainsi que l'interprétation que ceux devant qui il comparait pourront lui donner. En effet, énonce le juriste et philosophe anglais Bentham :

« Le silence, comme toutes les autres preuves circonstanciées, est susceptible de considérations infirmatives ; il peut être le résultat de l'incapacité, de la stupeur, d'une aliénation mentale, peut-être d'un principe d'honneur ou de générosité. Oui, sans doute ; et un juge serait trop ignorant dans les premiers éléments de l'art judiciaire s'il ne savait pas distinguer la nature et les causes du silence. Mais de quoi s'agit-il ? De ces cas où il y a des preuves de délit, des témoignages suffisants contre l'accusé ; preuves, témoignages, qu'il doit être en état de réfuter s'il est innocent ; et sur lesquels il ne peut se taire que parce que sa conscience le condamne. »

Concrètement, comment sous l'empire du Code de 1808 a été organisée l'oralité dans la cour d'assises – qui constitue son pré-carré ? Une fois que les preuves ont été produites, que tous les témoins – tant à charge qu'à décharge – ont été entendus, et que tous les renseignements ont été communiqués, la discussion de ces éléments commence. L'article 335 établit l'ordre de cette discussion : la partie civile pose ses conclusions ; suivent le réquisitoire du ministère public et les plaidoiries de la défense. Toutefois, le 18 mars 1852, la Cour de Cassation a estimé que l'interversion de cet ordre n'entraîne aucune nullité. L'oralité s'impose à chacun de ces protagonistes.

Ainsi, le 17 février 1843 la même juridiction a interdit aux parties civiles de faire distribuer des mémoires aux jurés. C'est par leur bouche ou celle de leurs avocats que ces mêmes parties civiles doivent adresser des questions aux témoins (tenus de déposer oralement) et aux accusés dans le cours des débats, prendre toutes les conclusions qui leur semblent utiles à leurs intérêts. Une fois les débats terminés, elles doivent être entendues les premières dans le développement de leur plainte.

C'est à l'oral que le ministère public développe lui aussi les moyens et les preuves que les débats ont apportés dans la cause. Il a la faculté de répliquer à la plaidoirie mais seulement afin de rectifier les assertions inexactes et de rétablir les faits. Il développe ses réquisitions d'autant plus librement, nous disent les auteurs, qu'il n'est censé soutenir que la vérité. Le 1^{er} juillet 1847, la Cour de cassation a statué qu'il a le droit de dire tout ce qu'il croit convenable et nécessaire au bien de la justice sans que le président puisse lui opposer aucune entrave.

L'accusé ou son conseil ont la parole aussitôt après le réquisitoire du ministère public. « Parole » car le 11 août 1820, la Cour de Cassation a statué que la loi n'admet pas la défense écrite devant la cour d'assises. L'article 335 § 2 porte que « *l'accusé ou son conseil auront toujours la parole les derniers* ». Ce droit de la défense est tellement essentiel que le refus de laisser l'accusé ou son conseil répliquer, soit à la partie civile, soit au ministère public emporte nullité. Il ressort d'un arrêt du 16 janvier 1894, rendu par les juges du 5, quai de l'horloge, que cette disposition n'est relative qu'aux débats criminels, à l'exclusion de la discussion sur les intérêts civils. Les 20 février et 21 mars 1913 la Cour de Cassation a même affirmé que la faculté dont il est question s'applique à la discussion de tous les incidents. La Chambre criminelle l'a rappelé, le 17 février 1983, en énonçant que ledit droit (que l'on retrouve sous le numéro 346 du Code de procédure pénale) n'est pas applicable seulement une fois l'instruction terminée, mais également lors de tout incident contentieux intéressant la

défense qui est réglé par un arrêt. S'il y a plusieurs accusés, il appartient au président de régler l'ordre des plaidoiries. Mais si les intérêts de ceux-ci ne sont pas opposés, il convient de laisser aux défenseurs le soin d'établir entre eux l'ordre de la défense.

Et le président ? Est-il le seul à ne pouvoir s'exprimer ? À ne servir que d'« organe » par lequel les différents acteurs du procès s'interrogent et se répondent afin que l'oralité ne tourne pas à la cacophonie, voire au pugilat ? Deux arrêts de la Cour de Cassation, l'un du 26 novembre 1890, l'autre du 12 novembre 1891, l'autorisent au cours des débats à faire toutes les observations qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Néanmoins, dans une circulaire en date du 5 décembre 1910, le ministre de la Justice met en garde les chefs de cours d'appel contre les développements « *inutiles et exagérés* » qu'on entend trop souvent à l'occasion de l'interrogatoire des accusés à l'audience de la cour d'assises :

« Certes [est-il dit] l'impartialité des présidents d'assises n'est pas en cause, et c'est toujours avec la plus scrupuleuse conscience qu'ils examinent les dossiers d'information, mais on conçoit que, tout pénétrés encore de cette étude, ils se laissent entraîner involontairement à paraphraser certaines parties de la procédure écrite, à discuter plus ou moins avec l'accusé, à insister plus que de raison sur certaines charges qui peuvent s'évanouir après la déposition des témoins. Inutiles si l'affaire ne doit pas changer de physionomie à l'audience, de trop amples développements peuvent devenir dangereux dans le cas contraire, car ils créent des impressions qui ne s'effaceront plus. Que devient d'ailleurs, dans ces conditions, l'oralité des débats, puisque à chaque instant et bien qu'il lui soit interdit de remettre aux jurés les dépositions écrites, le président, qui ne connaît encore que le dossier les analyse ou les commente, si même il n'en lit pas des extraits dont il a pris note ? Et n'est-ce pas d'autre part intervertir l'ordre des preuves que de forcer l'accusé à s'expliquer sur des témoignages qui n'ont pas encore été produits devant les jurés, et qui peuvent être amoindris ou rétractés ? C'est contre ces tendances que je vous invite à prémunir les présidents des assises... »

Par ailleurs, la loi du 19 juin 1881 a purement et simplement supprimé le résumé final que le président des assises avait le droit de faire, au motif que celui-ci compromettrait le droit essentiel pour l'accusé de pouvoir s'exprimer en dernier. Le président ne peut donc prendre la parole que pour rappeler aux jurés les fonctions qu'ils auront à remplir, leur donner les avertissements prescrits par la loi ainsi que tous les éclaircissements nécessaires sur la manière dont ils doivent s'acquitter de leur mission.

* _ * _ * _ *

En définitive, la lecture des dispositions qui, dans le Code de procédure pénale entré en vigueur le 2 mars 1959, concernent l'oralité (Livre II, Titre 1, Chapitre 6), ne peut que nous rendre admiratifs de l'œuvre législative et prétorienne élaborée au cours du siècle et demi qui a précédé. C'est qu'il y a eu clairement solution de continuité ! Et l'oralité judiciaire s'est enracinée si profondément dans notre tradition juridique que même sous Vichy, les juges, qui pourtant se sont souvent montrés implacables envers les accusés, n'ont pas osé ouvertement la congédier¹⁰.

¹⁰ L'institution judiciaire a feint le respect de la loi du 8 décembre 1897, ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits. C'est elle qui donne le droit à l'inculpé d'être assisté d'un conseil dès la première comparution devant le juge d'instruction. Sous Vichy, le caractère dramatique des circonstances et le recours aux moyens policiers confère à la procédure un caractère inquisitorial. Ainsi, souligne Jean-Louis Halpérin, qui a étudié le cas de la Cour spéciale de Dijon, si « toutes les expressions de la défense ne sont pas bannies de cette procédure d'exception », il n'en demeure pas moins que la machine judiciaire devient « implacable » pour les accusés. Une autre illustration du dévoiement de l'oralité judiciaire peut être donnée : dans une lettre adressée au maréchal Pétain, au sujet des procès de Riom, qui ont eu lieu du 19 février au 15 avril 1942, et qui étaient destinés à imputer la responsabilité de la défaite militaire à la classe politique de la III^e République et non aux chefs de guerre, le garde des Sceaux Barthélemy cherche à justifier la

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

Pareille éviction eût été délicate, l'oralité judiciaire se réclamant de plusieurs traditions, chacune ayant façonné notre histoire, et donc notre système judiciaire : *Chrétienne*, le Christ lui-même ayant accepté de répondre oralement aux questions posées par Caïphe puis Pilate, afin que tous soient sauvés par son sacrifice à la Croix. *Démocratique*, le règne du *démos* supposant l'égalité d'accès à la parole. *Républicaine*, les fondateurs du régime fondé en 1870 – dont notre culture politique reste largement tributaire – définissant la République comme le règne de la discussion publique. *Franque*, les hommes libres participant au procès à travers leurs huées et leurs exclamations. *Médiévale*, l'idée d'un combat à armes égales ayant été introduit dans les salles d'audiences lorsque le pouvoir royal a cherché à inciter les sires à vider les querelles autrement que par l'épée. *Légitimiste et Orléaniste*, l'anglomanie qui s'est développée en France entre 1814 et 1848 ayant été propice à l'introduction dans notre pays de l'oralité judiciaire que les îles britanniques connaissaient depuis une époque fort reculée.

C'est dire que l'oralité judiciaire, même si elle est à l'heure actuelle consubstantielle à la démocratie, ne se ramène pas qu'à elle. Elle est désormais intimement liée à la présence de l'avocat aux côtés de son client. Loin d'être de méchants bretteurs, ils s'arment de la parole, ces descendants des champions d'antan, pour donner voix à ceux qui sans aucun secours pourraient très vite devenir de simples dossiers, pour ne pas dire les naufragés du système judiciaire.

Orientation bibliographique.

- ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », 2003.
- AMBROISE-CASTEROT (Coralie), BONFILS (Philippe), *Procédure pénale*, 2^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2018.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GAUDIN (Hélène), MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), RIALS (Stéphane), SUDRE (Frédéric) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008.
- ASTAING (Antoine), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI^e – XVIII^e siècle). Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Histoire du droit », 1999.
- BADINTER (Robert) (dir.), *Une autre justice, 1789-1799*, Paris, Fayard, coll. « Histoire de la justice », 1789.
- BERNABÉ (Boris), « La rhétorique de la guerre dans le procès médiéval », in *Penser la guerre*, 2^e table ronde du RELHIIP (Dijon, 1-2 déc. 2006), Aix, PUAM, 2007, p. 31-46.
- BONGERT (Yvonne), *Histoire du droit pénal, Cours de doctorat*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2012.
- CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2014.
- CARBONNIÈRES (Louis de), *La procédure devant la Chambre criminelle du Parlement de Paris au XIV^e siècle*, Paris, H. Champion, coll. « Histoire et archives », 2004.

suspension du procès. Et d'écrire, à cette fin : « Le Gouvernement voulait croire que les accusés, libres de leurs moyens de défense, n'oublieraient pas les intérêts supérieurs de la patrie. [...] [Or] ils mettent une sorte de coquetterie à parler sans réserve des relations internationales, et se jouent de compromettre l'œuvre que vous poursuivez dans des circonstances exceptionnellement difficiles. » Vichy s'attendait à ce que loin d'aborder les questions interdites, ils se montreraient « de parfaits accusés, repentants et respectueux des valeurs au nom desquelles ils sont jugés ». Enfin, dans son *Journal*, écrit sous l'Occupation, l'avocat et écrivain Maurice Garçon rapporte que le bâtonnier en exercice étant « toujours en vacances », il a été remplacé par Étienne Carpentier qui, le 28 août 1941, a prononcé un discours, devant une vingtaine de jeunes avocats, « pour recommander d'être courageux avec beaucoup de prudence et éloquent avec modération et qu'on ne dépose pas de conclusions susceptibles de gêner les magistrats si malheureux d'être obligés de siéger ».

Julien BROCH, « L'émergence de l'oralité judiciaire », Communication prononcée dans le cadre du colloque de défense pénale : *Cause toujours... La fin de l'oralité est-elle écrite ?*, organisé par le Syndicat des Avocats de France (Maison de l'Avocat de Marseille, 18-19 mai 2019).

- CASSAYRE (Aude), *La justice dans les cités grecques : de la formation des royaumes hellénistiques au legs d'Attale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2010.
- ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, 1^e éd. 1882, Frankfurt-am-Main, Verlag Sauer & Auvermann Kg., 1969.
- GARRAUD (René), *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 8^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, 1903.
- GUINCHARD (Serge), BUISSON (Jacques), *Procédure pénale*, 11^e éd., Paris, Lexis-Nexis, 2018.
- HAUTEBERT (Joël), SOLEIL (Sylvain) (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, t. 2 : *Le Code de 1808 et la procédure criminelle en Europe ; législation procédurale et enjeux politiques*, Actes du colloque d'Angers (18-19 oct. 2007), Paris, Éditions juridiques et techniques, 2008.
- HÉLIE (Faustin), DEPEIGES (Joseph), *Pratique criminelle des cours et tribunaux : résumé de la jurisprudence sur les Codes d'instruction criminelle et pénal et sur les principales lois qui s'y rapportent*, 1^e partie : *Code d'instruction criminelle*, Paris, Librairie des juris-classeurs, Éd. Godde, 1928.
- HIEBEL (Dominique), *Rôles institutionnel et politique de la 'contio' sous la République romaine (287-49 av. J.-C.)*, Paris, De Boccard, coll. « Romanité et modernité du droit », 2009.
- HUMBERT (Michel), KREMER (David), *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 11^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2014.
- JEAN (Jean-Paul) (dir.), *Juger sous Vichy, juger Vichy*, Paris, La Documentation française, coll. « Histoire de la justice », 2018.
- KRYNEN (Jacques), *L'État de justice, France, XIII^e-XX^e siècle*, I : *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, NRF-Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2009.
- LAINGUI (André), LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, II : *La procédure criminelle*, Paris, Cujas, coll. « Synthèse », 1979.
- LAMBERT (Eugène), *Philosophie de la Cour d'Assises*, Paris, Plon, 1861.
- LEBIGRE (Arlette), *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, Albin Michel, 1988.
- LECLANT (Jean), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Paris, PUF, coll. « Quadriges », 2005.
- MOSSÉ (Claude), *Au nom de la loi. Justice et politique à Athènes à l'âge classique*, Paris, Payot, 2010.
- NICOLET (Claude), *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1976.
- ROGRON (J. A.), *Les codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, 2^e partie, 3^e éd., Paris, Videcoq, Thorel, 1847.
- ROYER (Jean-Pierre), DERASSE (Nicolas), ALLINNE (Jean-Pierre), DURAND (Bernard), JEAN (Jean-Paul), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2016.
- SANSICO (Virginie), *La justice déshonorée, 1940-1944*, Paris, Tallandier, 2016.
- SUR (Bernard et Pierre-Olivier), *Une histoire des avocats en France*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2014.
- TÉNÉKIDES (C. G.), *De la défense en matière criminelle*, Thèse Droit, Université de Paris, Orléans, Impr. G. Morand, 1897.

Julien BROCH,
Maître de Conférences HDR
Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille
Julien.broch@univ-amu.fr