

PAMELA R. FERGUSON* 



THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND ITS ROLE IN THE CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT. Many international instruments proclaim that those who face criminal prosecution ought to be afforded a ‘presumption of innocence’, and the importance and central role of this presumption is recognized by legal systems throughout the world. There is, however, little agreement about its meaning and extent of application. This article considers the purposes of legal presumptions in general and explores various, sometimes contradictory, conceptions of this most famous one. It is equated by many scholars to the requirement that the prosecution prove guilt beyond a reasonable doubt. As such, it is merely a rule of evidence (albeit an important one), with no application pre- or post-trial. The article advocates adoption of a broader, normative approach, namely that the presumption reflects the relationship which ought to exist between citizen and State when a citizen is suspected of breaching the criminal law. As such, it should be promoted as a practical attitude to be adopted by the key protagonists in the justice system, for the duration of the criminal process.

I INTRODUCTION

In August 2014 the Mayor of London suggested that UK criminal law be amended to deal with the dangers posed by the jihadist group ‘Islamic State’ (ISIS). In relation to British citizens who travel to certain ‘war areas’ such as Syria and Iraq: ‘The law needs a swift and minor change so that there is a “rebuttable presumption” that all those visiting war areas without notifying the [UK] authorities have done so for a terrorist purpose.’¹ In response to such calls for a ‘presumption of guilt’, recourse is often had to the rhetoric of the ‘presumption of innocence’, yet there is rarely any attempt to articulate what this means, or why such a presumption should operate

* Professor of Scots Law at University of Dundee, Scotland, UK. E-mail: p.r.ferguson@dundee.ac.uk.

¹ B. Johnston, ‘Do nothing, and we invite the tide of terror to our front door’ *The Telegraph*, 24 August 2014.

even in cases in which there is very strong evidence of guilt. This article explores the purposes of legal presumptions in general, and assesses various, often contradictory, conceptions of this most famous one. It is often treated as a rule of evidence, synonymous with the burden of proof being on the prosecution to prove guilt beyond a reasonable doubt, and therefore having no application beyond the trial itself. The article advocates a broader, normative approach, namely that the presumption reflects the relationship which ought to exist between citizen and State when a citizen is suspected of breaching the criminal law. It proposes that the presumption of innocence be promoted as a ‘practical attitude’: a mind-set which determines conduct.² This practical attitude should be adopted by the key protagonists in the justice system, for the duration of the criminal process.

II THE IMPORTANCE OF THE PRESUMPTION

The European Convention on Human Rights (ECHR) provides that ‘everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law’.³ Similar guarantees are found in the Universal Declaration on Human Rights,⁴ and the Canadian Charter of Rights and Freedoms.⁵ Although not specifically stated in the US Constitution, the presumption has been held to be implied by the 5th, 6th and 14th amendments.⁶ It is not confined to Western European and Anglo-American legal systems; a version appears in such diverse instruments as the Brazilian,⁷ Columbian,⁸ Iranian,⁹

² As coined by Antony Duff: R.A. Duff, ‘Presuming Innocence’ in L. Zedner and J.V. Roberts (eds), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 52.

³ ECHR, art 6(2).

⁴ Universal Declaration on Human Rights 1948, art 11(1).

⁵ Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982, s 11(d).

⁶ *Coffin v US* 156 U S 432 (1895). For a history of the presumption in the USA, see J.N. Sorrentino, ‘Demystifying the Presumption of Innocence’ (1996) 15 *Glendale Law Review* 16–26.

⁷ Brazilian Constitution 1988, art 5.

⁸ Political Constitution of Columbia 1991, art 29.

⁹ Constitution of the Islamic Republic of Iran 1979, art 37.

Russian¹⁰ and South African¹¹ constitutions. The presumption has been referred to as ‘a human right’,¹² ‘the undoubted law, axiomatic and elementary’,¹³ and a ‘fundamental principle of procedural fairness in the criminal law’.¹⁴ Despite this international recognition, there is little agreement about its meaning, or extent of application.¹⁵

III THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE BURDEN OF PROOF

It is common for emphasis to be given to the presumption’s instrumental value, that is, to its role in securing the ‘right result’ by protecting against wrongful conviction.¹⁶ There is, however, little articulation of *how* it does this. One suggestion is that it is a mechanism for ensuring that illegitimate factors such as non-co-operation with the police investigation, the decision not to testify at the trial, or even the fact that the accused is facing a criminal trial, are not slipped into the scales of evidence on the side of the prosecution.¹⁷ Its most

¹⁰ Constitution of the Russia Federation 1993, art 49.

¹¹ Bill of Rights in the Constitution of the Republic of South Africa 1996, s 35(3)(h).

¹² H.L. Ho, ‘The Presumption of Innocence as a Human Right’ in P. Roberts and J. Hunter, *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions* (Oxford: Hart Publishing, 2012) 259, 259 n 1.

¹³ *Coffin v US* (n 6 above) 453.

¹⁴ A. Ashworth and J. Horder, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 71.

¹⁵ Many scholars have pointed out this lack of clarity: J. Thaler, ‘Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial’ (1978) *Wisconsin Law Review* 441, 459 and 460; P.J. Schwikkard, ‘The Presumption of Innocence: What Is It?’ (1998) 11 *South African Journal of Criminal Justice* 396, 396; T. Weigend, ‘There is Only One Presumption of Innocence’ (2013) 42 *Netherland Journal of Legal Philosophy* 193, 193; C. Stuckenberg, ‘Who is Presumed Innocent of What by Whom?’ (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 301.

¹⁶ N 14 above, 71. A similar point is made in relation to US law in J.G. Pickett, ‘The Presumption of Innocence Imperilled: The New Federal Rules of Evidence and the Use of other Sexual-Offense Evidence in Washington’ (1995) 70 *Washington Law Review* 883, 899.

¹⁷ In *Taylor v Kentucky* 436 U S 478, 485 (1978) the US Supreme Court stated that the presumption ‘cautions the jury to put away from their minds all the suspicion that arises from the arrest, the indictment, and the arraignment, and to reach their conclusion solely from the legal evidence adduced’. See also R.D. Friedman, ‘A Presumption of Innocence, Not of Even Odds’ (1999–2000) 52 *Stanford Law Review* 873, 880.

famous expression in English law is from the case of *Woolmington v DPP*¹⁸ in 1935. The trial judge had directed the jury that where the prosecution had established that someone had died due to the accused's acts, this was presumed to be murder unless the accused could satisfy the jury that the death was manslaughter, an accidental killing or justifiable homicide.¹⁹ This was held on appeal to be a misdirection, and Viscount Sankey's dictum, giving the decision of the House of Lords, has been often quoted: 'Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt ...'.²⁰ Although *Woolmington* is often treated as being a resounding endorsement of the presumption, it actually focused more on the burden of proof, and the two have often been treated as synonymous.²¹ The US²² and UK²³ Supreme Courts have each equated the two. Treating the presumption as merely another way of articulating the burden of

¹⁸ [1935] AC 462. For an appreciation of the case see J.C. Smith, 'The Presumption of Innocence' (1987) 38 *Northern Ireland Law Quarterly* 223, 224: 'Never ... has the House of Lords done more noble a deed in the field of criminal law than on that day'. Reservations about Lord Sankey's dicta have, however, been expressed by Ashworth in 'Four Threats to the Presumption of Innocence' (2006) 10 *International Journal of Evidence & Proof* 241, 245.

¹⁹ [1935] AC 462, 472.

²⁰ *Ibid.*, 481–482.

²¹ See, for example, A.N. Brown, *Criminal Evidence and Procedure: An Introduction* (London: Bloomsbury, 2010): 'The accused does not have to explain anything at all, ever, unless the prosecution case is sufficient in itself to justify a conviction. *This is the meaning of the presumption of innocence...*' (emphasis added). See also F. Picinali, 'Innocence and Burdens of Proof in English Criminal Law' (2014) 13: 4 *Law, Probability and Risk* 243; and B. Rea, 'The Presumption of Innocence in Criminal Cases' (1941–1942) 3 *Washington & Lee Law Review* 82, 84. The latter concludes: 'In truth then, the presumption of innocence has no independent significance. The rule that the accused is presumed to be innocent is synonymous with the rule that the prosecution has the burden of proof.'

²² See *Bell v Wolfish* 441 US 520, 533 (1979), per Mr Justice Rehnquist: 'The presumption of innocence is a doctrine that allocates the burden of proof in criminal trials.'

²³ See *Sheldrake v DPP* [2005] 1 AC 264, 292–293 per Lord Bingham '...the underlying rationale of the presumption in domestic law and in the [European] Convention is an essentially simple one: that it is repugnant to ordinary notions of fairness for a prosecutor to accuse a defendant of crime and for the defendant to be then required to disprove the accusation on pain of conviction and punishment if he fails to do so.'

proof has led to a focus on whether ‘reverse onus’ provisions, which require the accused to prove a defence, breach the presumption.²⁴

I advocate an alternative approach: the presumption and the onus of proof are not synonymous. Further, in contrast to the generally accepted view that the presumption has no application beyond the trial itself,²⁵ I suggest that we should treat it as permeating the entire criminal process. The implications of this are considered further, below. Prior to describing this alternative approach, however, we must consider what it means to label something as a ‘legal presumption’, and how such presumptions operate in practice. We must also consider the nature of the ‘innocence’ which lies at the heart of the presumption of innocence.

IV THE NATURE OF LEGAL PRESUMPTIONS

Different sorts of presumptions are employed by the law. There are ‘irrebuttable ones’, and ‘rebuttable ones’, but the former may be said to operate as legal rules rather than as presumptions since no evidence can be led to challenge them. We can also draw a distinction between ‘derivative’ and ‘foundational’ presumptions. Where derivative presumptions apply, given proof of a fact ‘P’, a court may (or sometimes must) presume ‘Q’; the rule warrants the drawing of ‘Q’ as a conclusion from ‘P’ even if, without that rule, ‘P’ would not suffice to prove ‘Q’. With foundational presumptions, in contrast, ‘Q’ is rather a proposition that a court must initially accept, without any basis for ‘Q’ requiring to be proved in court.²⁶ Presumptions where, on proof of certain facts, a court *must* draw a particular inference have been described as ‘compelling’ presumptions, with those in which the court *may* infer the fact in issue being classed as ‘provi-

²⁴ See, for example, Duff (n 2 above); I. Dennis, ‘Reverse Onuses and the Presumption of Innocence: In Search of Principle’ (2005) *Criminal Law Review* 901; A. Gray, ‘Constitutionally Protecting the Presumption of Innocence’ (2012) 31 *University of Tasmania Law Review* 132; R. Shiner, ‘Corporations and the Presumption of Innocence’ (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 485.

²⁵ See, for example, A. Stumer, *The Presumption of Innocence* (Oxford: Hart Publishing, 2010): he notes that the presumption could be viewed as requiring the accused to be treated as if innocent throughout the criminal process, but calls this approach a ‘vaporous euphemism for fairness’ and limits his assessment of the presumption to its relationship with the burden and standard of proof (at xxxviii). Stumer is quoting P. Healy, ‘Proof and Policy: No Golden Thread’ (1987) *Criminal Law Review* 355, 365.

²⁶ I am indebted to Antony Duff for clarifying these distinctions.

sional presumptions'.²⁷ Many legal presumptions are therefore just devices used by courts to 'speed up the process of proof'.²⁸

Two common presumptions which operate in Anglo-American legal systems include the presumption that children younger than a certain age lack criminal responsibility, and that a defendant was 'sane'/of sound mind at the time of the alleged offence(s). In relation to the former, the relevant English legislation states: '*It shall be conclusively presumed that no child under the age of 10 years can be guilty of any offence*',²⁹ thereby creating an irrebuttable/derivative/compelling presumption: once it is proved that a child is aged nine or under, a court must conclude that there is no criminal responsibility. It may be said that this is not really a presumption at all, but a conclusion. By contrast, the presumption of sanity is clearly a foundational but rebuttable one, with the burden of proving a 'mental disorder' capable of negating criminal liability being placed on the accused.³⁰ Applying this analysis to the presumption of innocence, it is clearly foundational but rebuttable; it places the onus of proving guilt on the State/the prosecution, but is of course routinely rebutted, in practice.

Some presumptions are based on common-sense and knowledge of how things generally are – what one might term 'real world' or 'empirically based' presumptions. It does not seem unreasonable to presume sanity; although many people suffer from mental disorders, some of which may affect responsibility for criminal behaviours, most people's mental states are such that they may be treated as 'responsible'. In some jurisdictions, such as England and Scotland, the presumption that a child under a certain age cannot be guilty of an offence is also empirically based, since very young children are, as a

²⁷ T. Denning, 'Presumptions and Burdens' (1945) *Law Quarterly Review* 379, 379.

²⁸ F. Raitt, *Evidence: Principles, Policy and Practice* (Edinburgh: W. Green, 2013), para 6–18.

²⁹ Children and Young Persons Act 1933, s. 50 as amended by Children and Young Persons Act 1963, s. 16(1) (emphasis added). The wording of the equivalent Scottish provision is identical, save that the relevant age in Scotland is eight. Children under the age of 12 are not prosecuted in Scotland but are subject to the Children's Hearing System, which focusses on their welfare. For a critique of these provisions, see C. McDiarmid, 'An Age of Complexity: Children and Criminal Responsibility in Law' (2014) 13 *Youth Justice* 145.

³⁰ For English law see *McNaghten* (1843) 10 Cl & F 200, 8 ER 718; *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386. In Scotland this is governed by statute: Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, s. 51A: 'Mental disorder' must be proven by the accused on the balance of probabilities.

matter of fact, incapable of forming the requisite mental element necessary to commit a crime. However, the age of criminal responsibility varies from country to country: it is 15 in Norway, for example. In some jurisdictions the choice of one age rather than another may be said to be based on policy, rather than on empirical evidence. It reflects the attitude which that particular society takes towards its children. Even if a Norwegian prosecutor were able to demonstrate that a specific 14 year old child – or even that the majority of 14 year old children – had sufficient maturity to be called to account in a criminal court, this would not allow a prosecution to go ahead. This, then, is more of a legal rule than a presumption, embodying the normative proposition that society ought to treat children in a particular way. Likewise, the presumption of innocence may be said to be a normative proposition, reflecting policy. But what exactly is that policy? To answer this we must first consider: to what sort of ‘innocence’ does the presumption of innocence refer?

V ‘FACTUAL’ AND ‘LEGAL’ GUILT AND INNOCENCE

A distinction can be drawn between ‘factual guilt’ (the accused did, as a matter of fact, perform the criminal act with the requisite *mens rea*), and ‘legal guilt’ (the prosecution was able to establish beyond a reasonable doubt and in conformity with due process that the accused performed the criminal act, etc.) The corollary of labelling those who ‘did it’ as ‘factually guilty’ is that those who did not ‘do it’ may be described as being ‘factually innocent’.³¹ Some accounts do seem to suggest that the presumption of innocence is a ‘real world’ or ‘empirically based’ presumption based on the likelihood that the accused is factually innocent, but this is surely not the case. It may be that most people are ‘good, honest and free from blame’,³² but those who are accused of having committed a criminal offence are not to be equated with ‘most people’ since the vast majority of *accused* persons

³¹ ‘Factual innocence’ and ‘factual guilt’ are the terms used in H.L. Packer, ‘Two Models of the Criminal Process’ (1964) 113 *University of Pennsylvania Law Review* 1; H.L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford: Stanford University Press, 1968), 161. Stuckenberg draws a similar distinction, contrasting ‘real’ and ‘formal’ innocence (n 15 above), 307–308. Laudan uses the terms ‘material innocence’ and ‘probatory innocence’: see text at n 35, below.

³² J.B. Thayer, ‘The Presumption of Innocence in Criminal Cases’ (1896–1897) 6 *Yale Law Journal* 185,189.

have, in fact, committed a crime and are therefore ‘factually guilty’ rather than ‘factually innocent’.

The distinction between ‘factual guilt’ and ‘legal guilt’ recognises that even one who is ‘factually guilty’ may not necessarily be convicted. Perhaps eye-witnesses are unable to identify the accused as the perpetrator; perhaps the prosecutor inadvertently reveals the accused’s previous convictions to the jury at the start of the trial, necessitating an acquittal. There are many ways in which a prosecution may fail. The rules of evidence vary from one jurisdiction to another, but all have due process requirements, breach of some of which can mean that even a ‘factually guilty’ accused must be acquitted. Of course, the great majority of accused persons plead guilty or are convicted after trial. Thus the presumption of innocence postulates neither that it is more likely than not that the accused is factually innocent, nor that he is legally innocent, since both are empirically false. The presumption of innocence is not a predictor of anything. Rather, as suggested previously, I contend that it is best viewed as a normative proposition, reflecting a policy decision that the State should treat its citizens in a particular way.

The proposal being advocated here builds on Herbert Packer’s approach: he regarded the presumption of innocence as primarily ‘a direction to officials how they are to proceed’.³³ It seems, however, that Packer’s focus was on ‘legal’ rather than ‘factual’ innocence:

... the presumption of innocence serves to force into play all the qualifying and disabling doctrines that limit the use of the criminal sanction against the individual, thereby enhancing his opportunity to secure a favorable outcome ... the factually guilty may nonetheless be legally innocent and should therefore be given a chance to qualify for that kind of treatment.³⁴

Larry Laudan draws a similar distinction between what he calls material innocence or ‘innocence_m’ (the accused ‘did not commit the crime’) and probatory innocence or ‘innocence_p’ (the accused ‘was acquitted or otherwise released from judicial scrutiny’).³⁵ Laudan later makes clear that at the pre-trial stage, innocence_p means that the

³³ Packer (n 31 above). For a similar approach see L.H. Tribe, ‘An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell’ (1970) 56 *Virginia Law Review* 371.

³⁴ Packer, *ibid.*, 17 and 167, respectively.

³⁵ L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (New York: Cambridge University Press, 2006), 12. See also L. Laudan, ‘The Presumption of Innocence: Material or Probatory?’ (2005) *Legal Theory* 333, 339.

legal system has not yet established guilt/there is as yet no inculpatory evidence. He too contends that the ‘innocence’ which is to be presumed should be probatory innocence. He argues that since an acquittal does not mean that the jury believe that the defendant ‘didn’t do it’ (innocence_m), but rather means only that the jury is not satisfied that guilt has been established beyond a reasonable doubt (innocence_p), it is unnecessary for them to start with a presumption of material innocence. He also points out that since jurors know nothing about the defendant or the case prior to the trial, they have no basis for assuming material innocence. Since they are well aware that the State does not prosecute people without good reason, asking jurors to assume material innocence is to insult their intelligence. He concludes: ‘By contrast, instructing the juror to assume she has seen as yet no evidence of the defendant’s guilt correctly mirrors the juror’s own epistemic situation and thus is an injunction that she can act on in good conscience.’³⁶ Laudan does, however, accept that jurors do in fact construe ‘innocence’ as meaning ‘material innocence’.³⁷

It seems to me that a trial judge who focussed on innocence_p in her address to the jury would in effect be saying ‘you must presume that the guilt of the accused has not yet been proved’— which seems to be stating the obvious, and is arguably more insulting to jurors’ intelligence than asking them to presume that the accused is materially innocent. Since Laudan treats the presumption as ‘a mechanism for allocating the burden of proof’, he holds that its sole application is during the trial.³⁸ By contrast, I advocate a broader role for the presumption, namely that the key players in the criminal process (professionals such as police, prosecutors and judges, as well as lay participants such as jurors) should adopt the presumption of innocence as a practical attitude. I will consider broad and narrow applications for the presumption in the following section. For present purposes, however, it is important to note that the broader application I advocate relates to innocence_m: irrespective of their personal beliefs in the material guilt or innocence of the suspect/accused they must endeavour to behave *as if* they were dealing with a person who has *done nothing wrong*, to the extent that this is possible. Laudan is

³⁶ Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, *ibid.*, 105.

³⁷ ‘When a judge instructs jurors that they should presume the defendant to be innocent until proven otherwise, they will almost certainly interpret that as committing them to believe that the defendant did not perpetrate the crime.’ (*Ibid.*, 96).

³⁸ ‘[T]here is not the slightest warrant for supposing that the [presumption of innocence] governs events beyond the trial itself.’ (*Ibid.*, 94).

right to say that an acquittal does not mean that the accused has been declared to be ‘innocent’ – the choice of verdict is between ‘guilty’ and ‘not guilty’, and a fact-finder who delivers the latter verdict may well have some level of belief that the accused did, in fact, commit the crime, but is not satisfied that this has been established beyond a reasonable doubt. Nevertheless, I suggest that Laudan is not correct to insist that the presumption of innocence must refer to innocence_p. In the event of an acquittal, the presumption requires us to put aside any lingering doubts or suspicions about the defendant. Henceforth, he is to be treated in the same way as any other citizen: not merely as someone whose guilt the prosecution has been unable to establish, but as someone who has committed no crime, in other words, he benefits from a presumption of *material* innocence.

VI BROAD AND NARROW APPLICATION FOR THE PRESUMPTION

The approach being proposed in this article is a controversial one, with many scholars arguing that the presumption has no application other than at trial. Some doubt that it is sensible to presume innocence at any stage. One such was Jeremy Bentham:

The defendant is not in fact treated as if he were innocent, and it would be absurd and inconsistent to deal by him as if he were. The state he is in is a dubious one, betwixt non-delinquency and delinquency: supposing him non-delinquent, then immediately should the procedure against him drop: everything that follows is oppression and injustice.³⁹

Bentham highlights the contradiction inherent in the State declaring that an accused benefits from a presumption of innocence, while simultaneously acting in ways which suggest quite the opposite. As we have seen, Laudan dismisses any suggestion that the presumption applies beyond the confines of the trial. He regards suggestions that it might have a broader application as merely ‘wishful thinking’, since pre-trial there is ‘a host of decisions’ made by State officials which are incompatible with such an approach. For example, the police who

³⁹ J. Bentham, *Principles of Judicial Procedure*, Chapter XXIX: ‘Natural and Technical Systems Compared’. Similarly, it has been suggested that Packer regarded the presumption of innocence as ‘an unrealistic command’ to ignore the presumption of guilt ‘even though in most cases the suspect is guilty’: S. Baradaran, ‘Restoring the Presumption of Innocence’ (2011) 72 *Ohio State Legal Journal* 723, 756.

arrest a suspect cannot plausibly believe that he is innocent, since one can only be arrested if there is probable cause,⁴⁰ and a judge who denies bail to an accused is clearly not presuming innocence.⁴¹ There are, however, traces of a broader approach in the French *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (1789), Art 9 of which states:

As all persons are held innocent until they shall have been declared guilty, if arrest shall be deemed indispensable, all harshness not essential to the securing of the prisoner's person shall be severely repressed by law.

This recognises that some harsh treatment may be unavoidable – a suspect may have to be arrested – but declares that such treatment should be limited to that which is necessary for the proper investigation of the crime. Likewise, I accept that a suspect cannot be treated entirely the same as a non-suspect citizen: once suspicion of criminality focuses on a particular individual, his status does change, and his rights to liberty and to bodily integrity may be curtailed. For instance, he may be required to attend for police questioning, and will not generally be free to terminate the interview at a time of his choosing. He may have to submit to the taking of fingerprints and photographs, to participate in an identification parade, to a search of his home, office, or person, and to attend court for trial. This is regrettable, but unavoidable if the state is to fulfil its responsibility to investigate allegations of criminal wrongdoing. The crucial point is that although becoming a suspect does impose certain burdens, it is not to be equated to the status of one whose guilt has been formally established. If police and other state officials maintain an awareness of this distinction, infringement of rights is more likely to be kept to the minimum required to further the investigation, and the attitude of such officials towards the suspect is less likely to degenerate into one of disrespect, or even disdain.

Although the majority of courts and commentators take the view that the presumption has no application pre-trial, some authors have advocated a broader role – often a very broad role indeed.⁴² Thus

⁴⁰ In the UK, 'reasonable suspicion' rather than 'probably cause' is the threshold for arrest, but Laudan's argument is equally applicable in the UK.

⁴¹ Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, 95.

⁴² For example, Ashworth (n 18 above), 249; Baradaran (n 39 above), 723; H. Stewart, 'The Right to be Presumed Innocent' (2014) 8 *Criminal Law & Philosophy* 407; P. DeAngelis, 'Racial Profiling and the Presumption of Innocence' (2014) *Netherland Journal of Law and Philosophy* 43; P. Tomlin, 'Could the Presumption of Innocence Protect the Guilty?' (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 431; V. Tadros,

Patrick Tomlin argues that since it is grounded in a concern to avoid inappropriate punishment, the presumption should be applied to ensure that we avoid excessively punishing those who have been convicted, hence a sentencing judge should be satisfied beyond a reasonable doubt that the sentence being imposed is not an excessive one.⁴³ My theory differs from this; although I do believe that the presumption of innocence can have implications for how we treat *acquitted* persons, post-trial, I am of the view that following a conviction the presumption of innocence has no further application. Tomlin believes that the presumption ‘on its own, is not much to write home about’⁴⁴ and that ‘to have any teeth ... [it] must be coupled with a robust epistemic standard ... of “beyond reasonable doubt”’.⁴⁵ Thus his approach relates more to the standard of proof than the presumption of innocence.

Victor Tadros also favours a broader role for the presumption, and explores its implications for substantive law.⁴⁶ He contends that a breach of the presumption of innocence occurs where a legislature lowers the standard of proof, or removes some of the conditions of liability from the definition of an offence, with a view to making it easier to secure a conviction:

Where this is done the state warrants the conviction of defendants without meeting the standard of proof that the conditions of liability have been fulfilled. This implies the attitude that it is permissible to publicly condemn and punish citizens without reaching the epistemic standard appropriate for these activities.⁴⁷

Again, this seems more about the standard of proof than the presumption.

Antony Duff suggests that we recognise several presumptions of innocence, each of which operates in different ways and with different

Footnote 42 continued

‘The Ideal of the Presumption of Innocence’ (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 449.

⁴³ Tomlin, *ibid.*, 432.

⁴⁴ *Ibid.*, 433.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Tadros, (n 42 above).

⁴⁷ *Ibid.*, 459.

results.⁴⁸ Thus Duff argues that under English law, a presumption of innocence prevents a prosecution from going ahead without their being ‘a realistic prospect of conviction’, while a different and more familiar presumption of innocence operates during the trial. Duff suggests that we recognize presumptions of innocence that operate beyond the criminal process, and indeed, beyond the law, in the interactions between citizens, and between citizen and state.⁴⁹ The approach adopted in the present article differs from those proposed by Tomlin, Tadros or Duff, in that it confines the operation of the presumption of innocence to the criminal process.

VII THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AS PRACTICAL ATTITUDE AND POLITICAL STATEMENT

The reality, of course, is that once suspicion focuses on a particular individual, the mind set of many players in the criminal justice system is that the suspect ‘is probably guilty’.⁵⁰ It might be thought that this is an entirely appropriate stance for the police to take, and perhaps also for the prosecution, and prosecution expert witnesses; they are, after all, in the business of helping to build a case against the suspect. I suggest that treating the presumption of innocence as a practical attitude serves to remind them to challenge this and helps to alert investigators to the dangers inherent in assuming guilt. These dangers are twofold: first, it may blind them from considering alternative explanations, such as that the perpetrator may be someone else entirely. Presuming innocence makes it more likely that the police will look for evidence which might exonerate the suspect, rather than focussing only on incriminating evidence. Secondly, treating suspects as ‘probably guilty’ makes it easier for the police to ‘justify’ threatening or even physically abusing suspects, heightening the dangers of false confessions; requiring the police to treat suspects as if they were

⁴⁸ R.A. Duff, ‘Who must Presume Whom to be Innocent of What?’ (2013) 42 *Netherland Journal of Law and Philosophy* 170, 179. See also Duff (n 2 above).

⁴⁹ R.A. Duff, ‘Presumptions Broad and Narrow’ (2013) *Netherland Journal of Law and Philosophy* 268.

⁵⁰ See Packer (n 31 above) 160–161.

innocent makes such practices less likely.⁵¹ Both dangers increase the likelihood of wrongful conviction.

As the case builds against the suspect and the trial approaches, it is inevitable that many of the players in the criminal justice system will have formed the hypothesis, if not in fact reached the conclusion, that the accused is indeed guilty. But just as good scientists test their hypotheses by trying to find consequences which would render them false,⁵² so too should those in the criminal justice system strive to consider scenarios and explanations which are inconsistent with the guilt of the accused. Fact-finders (whether judges or jurors) should take a cautious and somewhat sceptical approach to the evidence due to its potential fallibility. They should be particularly sceptical of the types of evidence which have been shown to be unreliable, such as ‘fleeting glance’ identifications, where the perpetrator and witness were not acquainted prior to the incident, and the witness saw the perpetrator for a short time.⁵³ Evidence may be given by a ‘jailhouse informant’ – the accused’s cell mate may claim that the accused confessed to the crime. A high degree of scepticism seems appropriate here too, particularly where a deal has been struck with the State such that testimony is given in exchange for a reduced sentence for the informant.⁵⁴ Michael Risinger’s work reminds us that even scientific evidence is susceptible to human error. He has highlighted the dangers of wrongful conviction when an expert is given independent reasons to assume that the suspect is indeed the perpetrator.⁵⁵ For instance, a scientist who has been asked to compare a suspect’s fingerprints with a print left at the crime scene may learn that the suspect has already been identified as the perpetrator by an eyewitness.

⁵¹ See A. Leo et al., ‘Bringing Reliability Back In: False Confessions and Legal Safeguards in the 21st century’ (2006) 2 *Wisconsin Law Review* 479. Exoneration studies in the USA have estimated that false confessions account for 15–16% of wrongful conviction cases. For a useful summary of the literature see F. Stark, ‘Confession Evidence’ in J. Chalmers, F. Leverick and A. Shaw (eds.), *Post-Corroboration Safeguards Review Report of the Academic Expert Group* (2014), available at: <http://www.gov.scot/Resource/0046/00460650.pdf>.

⁵² K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (London: Routledge, 1959).

⁵³ E.F. Loftus, *Eyewitness Testimony* (Harvard: Harvard University Press, 1979); S. Rabner, ‘Evaluating Eyewitness Identification Evidence in the 21st Century’ (2012) 87 *New York University Law Review* 1249.

⁵⁴ S.A. Drizin and R.A. Leo, ‘The Problem of False Confessions in the Post-DNA World’ (2003–2004) 82 *North Carolina Law Review* 891.

⁵⁵ D.M. Risinger, ‘NAS/NRC Report on Forensic Science: A Glass Nine-tenths Full (This is about the Other Tenth)’ (2009) 50 *Jurimetrics* 21.

Risinger cites several empirical studies which demonstrate that such 'expectancy-inducing information' can bias the results of forensic examinations.⁵⁶ Taking a sceptical approach to potentially unreliable evidence is, of course, an epistemic requirement, but it is all too easy for police and prosecutors to lose sight of this in the desire to solve the case, particularly if the crime is a serious one. Adopting the presumption of innocence as a practical attitude helps guard against this.

It might be objected that this is taking things too far. Surely it is enough that officials, forensic experts, jurors etc. refrain from operating according to a 'presumption of guilt'? Might it not be sufficient for them to suspend all judgment, neither presuming guilt nor innocence? Richard Posner suggests that a 'principle of neutrality' could be employed instead. At the start of a trial an 'unbiased fact-finder' such as a judge or juror should begin with 'prior odds of 1 to 1 that the ... prosecutor has a meritorious case'.⁵⁷ Sometimes called 'even odds' or '50/50', where prior odds of 1:1 are given for a particular proposition, this represents an assessment that a proposition is just as likely to be true as to be false. Similarly to Packer and Laudan, Posner is clearly referring to probatory innocence: fact-finders should begin the trial believing that it is equally likely that the prosecution or the defence will prevail. Thus it might be suggested that the right to a 'fair' hearing by an 'independent and impartial tribunal', safeguarded by Art 6(1) of the ECHR and other international conventions,⁵⁸ would require a judge or juror to adopt Posner's 1:1 assessment, neither favouring the accused nor the prosecution. Richard Friedman criticises Posner's approach.⁵⁹ Friedman points out that if 'Observer' was asked to assess the likelihood that 'Passerby' (a stranger Observer encounters on the street) had assaulted Passerby's neighbour on a particular occasion, Observer would be likely to assess the odds that Passerby had committed such an assault as very low: after all, as Friedman reminds us, 'most people do not violently assault their neighbors on or about a given date, and Observer has no information concerning Passerby that would increase the odds.'⁶⁰ The reader is then asked to imagine that Observer has now become Juror, and

⁵⁶ *Ibid.*, 29.

⁵⁷ R. Posner, 'An Economic Approach to the Law of Evidence' (1999) 51 *Stanford Law Review* 1477, 1514.

⁵⁸ For example, art 11(d) of the Canadian Charter.

⁵⁹ Friedman (n 17 above).

⁶⁰ *Ibid.*, 880.

Passerby is now the Accused. If at the start of the trial Juror would assess the likelihood that Accused is guilty of having assaulted the neighbour as being even odds, this can only be based on the change of venue. In other words, Juror is allowing the fact that Accused is on trial as itself evidence of guilt – and it is this very assessment which the presumption of innocence is designed to prevent. Thus Friedman concludes that Posner's approach breaches the presumption of innocence.⁶¹

A common allegorical personification depicts justice as a woman who is holding a set of balance scales, comprising a balanced beam and two pans. The evidence for the prosecution is to be weighed on one pan of the scales, with evidence for the accused being weighed on the other. According to the neutrality principle, at the start of the trial the fact-finder should regard the pans as equally balanced. The standard of proof – 'beyond a reasonable doubt' – means that conviction can only follow where the evidence causes the scales to tilt so heavily in favour of the prosecution case that there remains no reasonable doubt but that the accused is guilty. In contrast to this, I suggest that, at the start of a trial, fact-finders should not approach the prosecution and defence positions as being similar to a set of evenly balanced scales. Instead, the presumption of innocence requires that the starting point is for one side of the scales to be tipped in favour of the accused. This means that rather than the prosecution presenting its case to jurors who are 'neutral' or open-minded about the accused's guilt or innocence, it faces an uphill struggle to change their minds from believing that the accused did *not* commit the crime, to being convinced of the opposite. The requirement for proof of guilt to be established 'beyond a reasonable doubt' tells the jurors where they must end up in order to convict. The presumption of innocence tells them from *where they must begin* – with our scale pans on the side of 'not guilty'.

The neutrality principle fails to recognize that it is the accused who has most to lose. This is reflected in Blackstone's claim that 'it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent party suffer'.⁶² Blackstone's maxim is often quoted, but its rationale is

⁶¹ Friedman (n 17 above), 874. Laudan reaches the same conclusion: *Truth, Error, and Criminal Law*, 105.

⁶² W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England* (1765), 713.

rarely articulated.⁶³ Others quote different ratios, such as 100 guilty to 1 innocent. Some have tried to devise the 'correct' ratio, believing that the proportions we decide upon reflect the extent to which we are prepared to tolerate false convictions.⁶⁴ I believe that fixating on whether we should refer to '10 to 1', '50 to 1' or '100 to 1' is beside the point. Saying that it is better that 10, 50 or 100 guilty persons escape than that one innocent party suffer should not be taken to mean that an error rate in wrongful convictions of 10%, 2% or 1% (as the case may be) is acceptable. Rather, the maxim reflects the sentiment that while we accept that no justice system can be infallible, we regard wrongful convictions as a particularly grave injustice.⁶⁵ Why should this be so? Both outcomes are equally detrimental to the victim of the crime, for the true perpetrator has not received his just deserts in either case. But with a wrongful conviction the State punishes an innocent person, depriving him of his liberty, and in some jurisdictions, perhaps even his life. Even in less serious cases where the punishment is more likely to be a monetary one, a verdict of guilty involves stigma and loss of reputation. The 'encumbrances of a criminal conviction'⁶⁶ can include forfeiture of civil rights, such as the right to sit on a jury and the right to vote in parliamentary elections,

⁶³ As Halvorsen notes, that wrongful convictions are much worse than wrongful acquittals is 'more or less taken for granted as self-evidently true'. (V. Halvorsen, 'Is it Better that Ten Guilty Persons Go Free Than that One Innocent Person be Convicted?' (2004) 23 *Criminal Justice Ethics* 3).

⁶⁴ *Ibid.* For an entertaining account of the many different ratios which have been proposed, see A. Volokh, 'n Guilty Men' (1997–1998) *University of Pennsylvania Law Review* 173.

⁶⁵ Not all authors are persuaded that this is self-evident. Youngjae Lee argues that since the State owes its citizens a duty of physical security, if it has to choose between conviction of defendants using a lower standard of proof, or instead accepting that the higher proof standard will mean that more murderers will be acquitted and thus more innocent citizens will be killed, it is not obvious that the latter is morally preferable. (Y. Lee, 'Deontology, Political Morality, and the State' (2010–2011) 8 *Ohio State Journal of Criminal Law* 385, 391).

⁶⁶ J. Schonsheck, *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1994), 5–6. See also G.J. Chin, 'What are Defence Lawyers For? Links between Collateral Consequences and the Criminal Process' (2012–2013) 45 *Texas Tech Law Review* 151, 152 who argues that 'in many cases, collateral consequences, not fine or imprisonment, are the most significant consequences in criminal cases. ... What is at stake for many defendants facing criminal charges is not a long stretch in prison, but a lifetime with a criminal record. Accordingly, if attorneys want to help clients, they must think about collateral consequences.'

and impacts on the convict's ability to find employment. Since punishment involves harsh treatment, it requires strong justification and it is the fact that a person has been *convicted* – that he has been shown to a high level of certainty ('beyond a reasonable doubt') to have breached the norms of the criminal law – which justifies its infliction. The presumption of innocence reminds us that unless and until an accused person's guilt is proved beyond a reasonable doubt, following a fair trial and according to due process, the State lacks moral legitimacy if it inflicts harsh treatment or imposes unpleasant consequences on a citizen. In the case of *In re Winship*⁶⁷ the US Supreme Court stressed that all of us, as citizens, need to be confident that if we are ever charged with a crime we cannot be convicted unless the prosecution can establish our guilt to a high degree of certainty. Youngjae Lee makes a similar point when he argues that

...fundamental legal protections that are promised to individuals ... are not merely requirements that flow directly from laws of morality that dictate how individuals ought to treat one another. They also spell out the proper relationship between the government and the governed, and they are among the many conditions that attach to the government's exclusive possession and use of the power to criminalize and punish.⁶⁸

The legal protections Lee has in mind are the requirement for proof beyond a reasonable doubt, and the principle that punishment should not exceed that which is deserved, but it may equally be said – and it is the focus of my argument – that the presumption of innocence is a legal protection which reflects the proper relationship which should apply between citizen and State.

It may, however, be suggested that failure to convict a guilty murderer, for example, will lead to greater loss of life, since the murderer may go on to kill yet more people. However, a wrongful conviction does not change this: the real murderer remains at liberty to perpetrate further murders. Perhaps the wrongful conviction will prevent some killings, since the knowledge that a person has been imprisoned, or even executed, for murder may deter other would-be murderers. On this basis, a wrongful conviction might be said to be justified on utilitarian grounds. However, as even Bentham accepted, the discovery that an innocent person has been convicted – or even the suspicion that this might be so – can have a much more detri-

⁶⁷ 397 U.S. 358, 363–364 (1970).

⁶⁸ N 65 above, 399.

mental impact on people's confidence in the criminal process than the knowledge that some guilty people manage to escape their just deserts. That society needs to be confident that convicted people are in fact guilty was also stressed by the Court in *Winship*. In England, following a spate of wrongful convictions, the UK Government established a Royal Commission to recommend changes to the criminal process. The Commission noted:

The great majority of criminal trials are conducted in a manner which all the participants regard as fair, and we see no reason to believe that the great majority of verdicts, whether guilt or not guilty, are not correct... But the damage done by the minority of cases in which the system is seen to have failed is out of all proportion to their number.⁶⁹

Loss of public confidence in criminal trials may lead to fewer crimes being reported to the police, a reluctance on the part of witnesses to come forward, and calls for changes to be made to the criminal process.⁷⁰ Thus the presumption has high instrumental value: it helps secure the rectitude of verdicts, reducing the likelihood of factually innocent people being convicted, and contributes to public trust in the justice system. Its normative value is equally crucial: it conveys an important message about the relationship which ought to exist between the individual *qua* suspect/accused and the State. It serves to remind our key players that they must endeavour to treat the accused, so far as possible, as they would treat any other citizen. It also communicates to the accused that he remains part of the polity, with status and rights, even though suspected of breaking the polity's norms. Thus Thomas Weigend suggests that the presumption instructs law enforcement officials:

“Assume that the suspect did not commit the crime ...and then ask yourself whether you can do to him what you intend to do.” By that standard, any interference with the suspect's rights is illegitimate unless it can be based on valid grounds distinct from an assumption that he is in fact guilty.⁷¹

⁶⁹ Royal Commission on Criminal Justice, *Report*, Cmnd 2263, London: HMSO, 1993.

⁷⁰ R. Ricciardelli, J.G. Bell and K.A. Clow, ‘Student Attitudes toward Wrongful Conviction’ (2009) 51 *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 411, 413.

⁷¹ N 15 above, 196. See also T. Weigend, ‘Assuming that the Defendant is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice’ (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 285, 287.

VIII IMPLICATIONS

Adoption of the presumption of innocence as a practical attitude has implications at several points in the criminal process, from first suspicion of wrongdoing to the stage of final conviction. A detailed examination of each of these may well merit an article in its own right: what follows is a brief sketch.

8.1 *Police Powers*

Police powers of search, detention and questioning almost invariably breach individuals' rights to privacy, bodily autonomy and liberty. The State routinely deprives *convicted* persons of these rights – but it is the very fact of conviction which justifies their abrogation. When formulating rules on police powers, therefore, legislators should keep in mind that these will apply to 'suspects', not 'convicts' – that is, to persons who are presumptively innocent. In general, police powers to stop, detain, question, or search citizens are contingent on them having 'reasonable suspicion' or 'probable cause' to believe that the person being detained or searched has committed a criminal offence.⁷² The presumption of innocence reminds law enforcement officers that they must exercise their powers with restraint. If reasonable suspicion/probable cause were synonymous with guilt, then more extensive police powers would be permissible. Instead, the presumption of innocence supports the demand for a minimalist approach: reasonable suspicion may justify the detention of an individual, but only for a limited (and relatively short) period, not indefinitely. Reasonable suspicion may be sufficient justification for an external body search, but for more invasive searches legal systems commonly require a court warrant, with the grounds for suspicion being verified by a member of the judiciary. Judicial oversight is required for these more intrusive searches, since, as a neutral arbiter, a judge should find it easier than a police officer or prosecutor to keep in mind the requirements of the presumption of innocence when weighing the epistemic value of the search against the inevitable invasion of privacy that this will entail for the suspect.

When the presumption is treated as an aspect of, or even equivalent to, the burden of proof, this lends weight to the notion that an

⁷² There are, however, exceptions to the general rule that reasonable suspicion is required. Controversially, the Terrorism Act 2000 gave the police in the UK power to stop, search and detain individuals in certain designated areas, without reasonable suspicion.

accused person should not co-operate with the state in any way, either before or during the trial: if it is for the state to prove guilt beyond a reasonable doubt, why should the accused be expected, far less required, to make this job any easier? This is not a helpful approach. It is not inconsistent with the presumption of innocence to require a suspect to co-operate to some extent with the police investigation. Clearly, a balance has to be struck between the interests of the (presumed innocent) accused and those of the State in the investigation of crime and the punishment of offenders. If the presumption of innocence were interpreted as meaning 'you are not expected to co-operate lest you help the prosecution establish its case against you', this would surely mean that we were operating under a presumption of *guilt!* Where a credible allegation of wrongdoing has been made against someone this must be rigorously investigated and, if need be, tested at trial. Adopting the presumption of innocence as a practical attitude means that during this process suspects must be afforded respect and treated in a way which preserves their dignity. They may be invited to attend the police station for questioning. If they are not willing to come, we may have to force them to do so, but only as a last resort. In the police station, we do not deny them refreshments or comfort breaks, and we try to minimize the period during which we deprive them of liberty. We may have to insist that suspects provide fingerprints, etc. A person against whom there is a reasonable suspicion of wrongdoing has both a moral and a legal duty to assist in the investigation: the moral duty arises because, as citizens, we should be ready to face up to accusations. The extent of the legal duty will vary from one jurisdiction to another. For example, in Scotland, legislation requires suspects to provide certain details which will enable their identity to be verified by the police, but they need not answer any additional questions.⁷³ Like their Scottish counterparts, suspects in police custody in America have a privilege against self-incrimination.⁷⁴ By contrast, in England a suspect must provide details of potential defences during police questioning, or risk adverse inferences being drawn by the fact finder if a defence is

⁷³ Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, s. 14(9): 'A person detained [by the police for questioning]... shall be under no obligation to answer any question other than to give the information mentioned in subsection (10) below, and a constable shall so inform him both on so detaining him and on arrival at the police station or other premises.' Section 14(10): 'That information is – (a)the person's name; (b)the person's address; (c)the person's date of birth; (d)the person's place of birth ... and (e)the person's nationality.'

⁷⁴ *Miranda v Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Edwards v Arizona* 451 U.S. 477 (1981).

produced for the first time at trial.⁷⁵ Which of these jurisdictions strikes the right approach regarding how much co-operation society is entitled to expect from a suspect is beyond the scope of this article; the point is that in each jurisdiction the police can properly say to a suspect: ‘As a presumptively innocent person [i.e. *even though you may be innocent*] you have a duty to cooperate’.

8.2 *Incarceration Pre-trial*

The adoption of a broadly based presumption of innocence may have implications for other aspects of a State’s treatment of citizens pre-trial, for example, in relation to the use of racial profiling,⁷⁶ but it is most controversial in respect of pre-trial incarceration. The Irish Law Reform Commission (ILRC) noted the two approaches which may be taken here.⁷⁷ The more common approach, as previously described, treats the presumption as a procedural rule which operates only during the criminal trial and has no application outside that forum. The second treats it as ‘a principle governing all stages of the criminal process’:

If the first view of the presumption is correct, it would not necessarily be impermissible to impose restrictions on the accused designed to ensure purposes other than his attendance at trial. Thus pre-trial detention to prevent crime would be acceptable. However, if the second view of the presumption of innocence is adopted, restrictions prior to trial, if any, must be minimal and must be designed to ensure that his trial will take place.⁷⁸

⁷⁵ Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 34: ‘Where, in any proceedings against a person for an offence, evidence is given that the accused ... on being questioned under caution by a constable trying to discover whether or by whom the offence had been committed, failed to mention any fact relied on in his defence in those proceedings ... the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the failure as appear proper.’ For criticism of the provision see D. Birch, ‘Suffering in Silence: a Cost-Benefit Analysis of Section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994’ [1999] *Crim. L.R.* 769; J. Jackson, ‘Silence and Proof: Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom’ (2001) *International Journal of Evidence & Proof* 145.

⁷⁶ DeAngelis (n 43 above).

⁷⁷ Law Reform Commission of Ireland, *Report on an Examination of the Law of Bail* (LRC 50–1995).

⁷⁸ *Ibid.*, para 5.29.

In 1951 the US Supreme Court declared that failure to recognise a right to pre-trial bail would make meaningless the presumption of innocence,⁷⁹ but by 1979 the Court had reached the opposite conclusion, holding that the presumption ‘has no application to a determination of the rights of a pretrial detainee during confinement before his trial has even begun’.⁸⁰ By contrast, the courts in Ireland adopt the second of the views described by the ILRC.⁸¹ There is also a presumption in favour of bail in both English and Scottish law,⁸² but this is often explained as being required by the right to liberty. As we have seen, however, a convicted person has no such right, thus the presumption of innocence again reminds us that since an accused is not to be treated as if he has already been found guilty, pre-trial incarceration cannot be justified on the basis that the accused ‘is guilty’. Bail may be denied for someone who has previously absconded pre-trial, since they have shown that they are a flight-risk.⁸³ It is the past, ascertained behaviour (the failure to turn up for a trial) which justifies the denial of bail, rather than an assumption that they are guilty of this current charge. In the case of serious crimes such as murder, it may be reasonable to base bail decisions on generalizations: if it is the case that people who are bailed on a charge of murder often attempt to abscond, a jurisdiction could adopt a policy of remanding in custody all who face such charges. This does not imply that all of those who are accused of murder are guilty as charged. Pre-trial flight may not be synonymous with guilt: in some cases even an innocent accused may rate the chances of acquittal as low. While bail may be refused for crime-prevention purposes due to the accused’s previous convictions – a person’s record does tell us

⁷⁹ *Stack v Boyle* 342 US 1, 3 (1951).

⁸⁰ *Bell v Wolfish* 441 US 520, 533 (1979). This is also the position in Canada: *R v Pearson* (1993) 17 C.R. (4th) 1, 77 CCC (3rd) 124. For a history of bail in the USA, see: M.J. Hegreness, ‘America’s Fundamental and Vanishing Right to Bail’ (2013) 55 *Arizona Law Review* 909. See also D. Kiselbach, ‘Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence’ (1989) 31 *Criminal Law Quarterly* 168.

⁸¹ *O’Callaghan* [1966] IR 501. This is also the approach taken in New South Wales: P. Shrestha, ‘Two Steps Back: The Presumption of Innocence and Changes to the Bail Act 2013 (NSW)’ (2015) 37 *Sydney Law Review* 47.

⁸² England: Bail Act 1976, s 4; Scotland: Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, s 23B.

⁸³ See the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, s. 23C(1)(a) which allows a court to refuse bail if there is a ‘substantial risk’ that the accused might abscond or fail to appear at the trial diet.

about propensity to behave in a particular fashion in future – it cannot be refused on the basis that solely by virtue of being charged with *this* crime, it is reasonable to conclude that an accused might commit ‘further crimes’ while awaiting trial. Similarly, while the strength of the case against the accused can be taken into account in determining the risk of flight, bail should not be denied solely on the strength of the case, since this is the very issue which has to be determined at trial.⁸⁴

The European Court of Human Rights (ECtHR) has stated repeatedly⁸⁵ that member states must have ‘due regard to the presumption of innocence’ in ensuring that pre-trial detention does not exceed a reasonable time, as required by Art 6(1) of the ECHR.⁸⁶ Of course, it may be argued that giving ‘due regard’ to the presumption of innocence means that *any* restrictions imposed when bail is granted are unjustified; after all, we do not subject non-accused citizens to equivalent forms of conditional liberty. The presumption of innocence tells us that if conditions are to be imposed in granting bail, these should be directed at ensuring that the trial takes place, rather than being based on the presumption that the accused committed the crime with which he is charged.⁸⁷

Adopting the presumption of innocence as a practical attitude also means that where bail is refused and suspects are remanded in custody awaiting trial, the conditions in which they are confined should reflect their un-tried/presumptively innocent status. Thus they should be kept separate from convicted prisoners, allowed to wear their own

⁸⁴ See R.A. Duff, ‘Pre-trial Detention and the Presumption of Innocence’ in A. Ashworth, L. Zedner and P. Tomlin (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 115; L. Stevens, ‘The Meaning of the Presumption of Innocence for Pre-trial Detention: An Empirical Approach’ (2013) 42 *Netherland Journal of Legal Philosophy* 239.

⁸⁵ *Letellier v France* (1991) 14 EHRR 83, para 35. See also *B v Austria* (1990) 13 EHRR 20, para 42; *Yargci and Sargin v Turkey* (1995), 20 EHRR 505, para 50.

⁸⁶ See also art 5(3) of the ECHR; art 14(3)(c) of the International Covenant on Civil and Political Rights; art 7.5 of the American Convention on Human Rights; art 20(4)(c) and art 21(4)(c) of the Statutes of the International Criminal Tribunals for Rwanda and for the former Yugoslavia, respectively; art 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; and art 7(1)(d) of the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

⁸⁷ Art 5(3) of the ECHR provides that accused persons have a right ‘to trial within a reasonable time or to release pending trial’ and expressly states that pre-trial release ‘may be conditioned by guarantees to appear for trial.’ For an analysis of this in relation to English law, see P. Leach, ‘Automatic Denial of Bail and the European Convention’ (1999) *Criminal Law Review* 300.

clothes, be entitled to more generous visiting hours, and have greater access to legal advisors. While these distinctions are recognized in some jurisdictions (for example, Scotland), conditions elsewhere are less favourable with untried prisoners being kept in worse conditions than convicted criminals.⁸⁸ If the presumption of innocence was irrelevant to the issue of bail or conditions on remand, our desire to minimize pre-trial detention would stem from concerns over the degrading of evidence, or the stress delay causes witnesses, rather than from a sense that deprivation of liberty is an unacceptable way to treat a presumptively innocent person.

8.3 *Pre-trial or Post-conviction Suggestions of Guilt*

In some states in the USA, victims and their family members are permitted to wear t-shirts, buttons or ribbons, or display other written signs in court suggesting that the accused is guilty.⁸⁹ This practice is not in keeping with the presumption of innocence: establishing guilt is the function of the prosecution. As such, during the trial and prior to the verdict only the prosecution ought to be allowed to suggest that the accused is in fact guilty. Equally problematic is the so-called ‘perp walk’, in which a suspect’s arrest is engineered by the police or prosecution to occur when reporters and news cameras are present, in order to humiliate the suspect and encourage a guilty plea.⁹⁰ Challenges to the practice have focussed on whether it violates the Fourth Amendment to the US Constitution which protects citi-

⁸⁸ See R.L. Lippke, ‘Preventive Pre-trial Detention without Punishment’ (2014) 20 *Res Publica* 111, 112.

⁸⁹ See S. Elizabeth, ‘The Newest Spectator Sport: Why Extending Victims’ Rights to the Spectators’ Gallery Eroded the Presumption of Innocence’ (2008) 58 *Duke Law Journal* 275.

⁹⁰ K.J. Kaiser, ‘Twenty-first Century Stocks and Pillory: Perp Walks as Pretrial Punishment’ (2002–2003) 88 *Iowa Law Review* 1205. In *Government of the United States of America v Tollman* [2008] EWHC 184 the (English) court had to determine whether the defendants should be extradited to the USA. The court at first instance described as ‘reprehensible’ the US Prosecuting Attorney’s comment that he was looking forward to having ‘a perp walk’: ‘By this he meant that he intended to walk publicly through the streets of New York, from the processing centre to the court-house, with Mrs Tollman handcuffed and in leg-irons for the benefit of the press’ [para 38].

zens' right to privacy against unreasonable searches and seizures.⁹¹ The presumption of innocence has not generally been preyed in aid since, as we have already noted, US courts regard the presumption as having no pre-trial application. I suggest that the 'perp walk' is a breach of the presumption of innocence: even the term 'perp[etrator] walk' suggests that the person being arrested is the guilty party.

The approach outlined in this article also means that prior to trial or following an acquittal, there should be no comments made by police, prosecutors or judges which give the impression that the accused is in fact guilty of committing the crime. This is indeed the stance which has been taken by the ECtHR, which has repeatedly held that the protection guaranteed by Art 6(2) extends beyond the criminal trial itself to other situations where the state may be said to be undercutting the presumption of innocence.⁹² Thus the Court has held that the presumption operates before criminal proceedings are pending,⁹³ and can subsist after the discontinuation of such proceedings, or following an acquittal. In the recent case of *Cleve v Germany*⁹⁴ the Court reiterated that the presumption protects those who have been acquitted of a criminal charge from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty.⁹⁵

8.4 Jury Majorities

If the prosecution is unable to establish guilt beyond a reasonable doubt, the presumption means that the accused is entitled to a verdict

⁹¹ Kaiser, *ibid.* See also R. Hagglund, 'Constitutional Protections Against the Harms to Suspects in Custody Stemming from Perp Walks' (2011–2012) 81 *Mississippi Law Journal* 1757; P. Paciocco, 'Pilloried in the Press: Rethinking the Constitutional Status of the American Perp Walk' (2013) 16 *New Criminal Law Review* 50.

⁹² Cases include *Sekanina v Austria* (1993) 17 EHRR 221; *Rushiti v Austria* (2000) 33 EHRR 1331; *Hussain v United Kingdom* (2006) 43 EHRR 22; *Geerings v Netherlands*, [2007] ECHR 191. For a helpful summary see L. Campbell, 'A Rights-based Analysis of DNA Retention: Non-conviction Databases and the Liberal State' (2010) *Crim LR* 889.

⁹³ *Allenet de Ribemont v France* App No 15175/89 (1995) 20 EHRR 557. See also *Butkevicius v Lithuania* App No 48297/99 (ECHR, 26 March 2002). Accused persons in France now have a right not to be referred to as if guilty, prior to trial: see F. Quintard-Morinas, 'The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions' (2010) 58 *American Journal of Comparative Law* 107, 140.

⁹⁴ App. No. 48144/09; [2015] ECHR 35.

⁹⁵ *Ibid.*, para 35.

of ‘not guilty’. This has consequences for jury majorities. In Scotland, 8 out of 15 jurors must favour conviction before a guilty verdict can be returned. As Gerry Maher has argued, it is questionable whether a conviction where 7 jurors have at least a reasonable doubt over guilt can be equated to proof beyond a reasonable doubt or is compatible with the presumption of innocence.⁹⁶ Commentators have traditionally founded on the requirement for corroborated evidence as a justification for the majority verdict. In 2013, the Scottish Government expressed its intention to abolish the requirement for corroboration, prompting a rethink of the ‘simple majority’ verdict.⁹⁷ In contrast to this, an English criminal jury comprises 12 jurors, at least 10 of whom must vote in favour of conviction *or acquittal*, otherwise a retrial will be ordered. That acquittal is not the outcome even when 9 out of 12 jurors favour a ‘not guilty’ verdict has been criticized as contrary to the presumption.⁹⁸

8.5 Retention of DNA samples

The presumption may have other implications post-trial, in respect of the retention by the State of DNA samples which have been taken from suspects who have subsequently been acquitted. In *S and Marper v UK*⁹⁹ the Grand Chamber of the ECtHR found that the retention of such samples could breach Art 8 of the ECHR (the right to privacy), and commented on the stigma involved in such retention. Liz Campbell has argued that DNA retention ‘denotes a degree of distrust on the part of state agents as to the future criminality of the person [whose sample is retained] and her likelihood of re-offending, and thus seems to relate to the presumption of innocence loosely speaking.’¹⁰⁰ Such a degree of mistrust may be justified where a person has been convicted of a serious crime, but arguably ought not

⁹⁶ G. Maher, ‘Jury Verdicts and the Presumption of Innocence’ (1982) 3 *Legal Studies* 146.

⁹⁷ Scottish Government, *Reforming Scots Criminal Law and Practice: Additional Safeguards Following the Removal of the Requirement for Corroboration* (Consultation Paper 2013). For an analysis and critique see J. Chalmers and F. Leverick, ‘Majority Jury Verdicts’ (2013) 17 *Edinburgh Law Review* 90.

⁹⁸ Maher (n 96 above).

⁹⁹ (2009) 48 EHRR 50 [119].

¹⁰⁰ L. Campbell, ‘Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence’ (2013) 76 *Modern Law Review* 681, 687.

to be a sufficient reason for stigmatising a person whose guilt has not been established by a court.¹⁰¹

IX CONCLUDING REMARKS

This article has argued for a broader application of the presumption of innocence, suggesting that it be treated as a practical attitude which should be adopted by those engaged in the justice system. Adoption of this broader, normative approach leads to a reassessment of pre-trial criminal procedure, trial procedure, and some aspects of post-trial treatment of acquitted people. It also encourages both professional and non-professional actors (jurors) to adopt a questioning attitude towards the evidence, particularly those forms of potentially problematic evidence which have been associated with wrongful convictions. The traditional approach in which the presumption is treated as applicable only to the trial itself leaves those accused of crime, as well as those who have been tried but acquitted, in danger of being treated less favourably than other citizens. Treating the presumption of innocence as a practical attitude reminds us that those who are accused or suspected of criminality are not to be equated to those whose guilt has been formally established.

ACKNOWLEDGMENTS

I am grateful to Professor Fraser Davidson, Professor Antony Duff, Professor Peter Duff and Mr Robin White for helpful comments, and also to the reviewers of this paper for their suggestions. Remaining shortcomings are mine.

Open Access This article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons license, and indicate if changes were made.

¹⁰¹ See also Campbell (n 92 above).

GIẢ ĐỊNH VÔ TỘI VÀ VAI TRÒ CỦA NÓ TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

Pamela R. Ferguson

Giáo sư về Luật Scotland, Đại học Dundee, Scotland, UK.

E-mail:p.r.ferguson@dundee.ac.uk

Người dịch: Bùi Tiên Đạt

Ghi chú của người dịch:

- Bản dịch này được lược dịch từ bài báo khoa học: Pamela R. Ferguson, *The presumption of innocence and its role in the criminal process*, Criminal Law Forum (2016) 27:131–158, open access at Springerlink.com, DOI 10.1007/s10609-016-9281-8.
- Đây là bản dịch tạm thời nhằm phục vụ hội thảo 'The Presumption of Innocence' Online Experts Workshop, 24/7/2020. Tác độc giả cần xem bản gốc tiếng Anh để trích dẫn chuẩn xác.
- Theo người dịch, mặc dù thuật ngữ “presumption” có nghĩa là “suy đoán” hoặc “giả định”, trong bài viết này nó nên được dịch là “giả định” để phù hợp với cách hiểu từ này trong khoa học pháp lý cũng như phù hợp với cách giải thích của tác giả bài viết này.

TÓM TẮT

Nhiều văn kiện quốc tế tuyên bố rằng những người phải đối mặt với truy tố hình sự cần được giả định vô tội, và tầm quan trọng và vai trò trung tâm của giả định này được các hệ thống pháp lý trên toàn thế giới công nhận. Tuy nhiên, còn có nhiều quan niệm khác nhau về cách hiểu và mức độ áp dụng của nó. Bài viết này xem xét các mục đích của các giả định pháp lý nói chung và khám phá các quan niệm khác nhau, đôi khi trái ngược nhau của giả định vô tội. Nhiều học giả đồng nhất giả định vô tội với yêu cầu rằng bên buộc tội phải chứng minh sự phạm tội mà không còn tồn tại nghi ngờ hợp lý. Như vậy, nó chỉ là một quy tắc của bằng chứng (mặc dù là một bằng chứng quan trọng), và không áp dụng trước hoặc sau giai đoạn xét xử. Bài viết này ủng hộ việc áp dụng một cách tiếp cận quy phạm rộng hơn, cụ thể hơn là giả định phản ánh mối quan hệ phải tồn tại giữa công dân và Nhà nước khi một công dân bị nghi ngờ vi phạm luật hình sự. Vì vậy, nó nên được thúc đẩy như một thái độ thực tế để được áp dụng, tôn trọng bởi các nhân vật chính trong hệ thống tư pháp (cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng - ND), trong toàn bộ các giai đoạn tố tụng hình sự.

I. GIỚI THIỆU

Vào tháng 8 năm 2014, Thị trường London đề nghị sửa đổi luật hình sự của Vương quốc Anh để đối phó với những nguy hiểm do nhóm thánh chiến ‘Nhà nước Hồi giáo’ (ISIS) gây ra. Liên quan đến các công dân Anh đi đến một số 'khu vực

chiến tranh' như Syria và Iraq: 'Luật pháp cần một sự thay đổi nhanh chóng và nhỏ gọn để có một “giả định có thể bác bỏ” mà tất cả những người đến thăm các khu vực chiến tranh mà không thông báo cho các nhà chức trách [Vương quốc Anh] đã làm như vậy vì mục đích khủng bố’.¹ Để đáp lại những lời kêu gọi ‘giả định có tội’ như vậy, người ta thường phải sử dụng biện pháp tu từ “giả định vô tội”, nhưng hiếm khi có bất kỳ nỗ lực nào để nói rõ điều này có nghĩa là, hoặc tại sao một giả định như vậy nên hoạt động ngay cả trong trường hợp có bằng chứng rất mạnh về hành vi phạm tội. Bài viết này tìm hiểu các mục đích của các giả định pháp lý nói chung và đánh giá các quan niệm khác nhau, thường mâu thuẫn nhau, của khái niệm nổi tiếng nhất này [giả định vô tội – ND]. Nó thường được coi là một quy tắc của bằng chứng, đồng nghĩa với trách nhiệm chứng minh thuộc về bên công tố để chứng minh tội phạm mà không còn nghi ngờ hợp lý, và do đó không được áp dụng ngoài phiên tòa. Bài viết ủng hộ cách tiếp cận rộng và chuẩn mực hơn, cụ thể là giả định phản ánh mối quan hệ giữa công dân và Nhà nước khi một công dân bị nghi ngờ vi phạm luật hình sự. Bài viết đề xuất rằng giả định vô tội được đề cao như một ‘thái độ thực tế’, một quan niệm có ảnh hưởng đến hành vi.² Thái độ thực tế này nên được áp dụng, tôn trọng bởi các nhân vật chính trong hệ thống tư pháp (cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng - ND), trong toàn bộ các giai đoạn tố tụng hình sự.

II. TẦM QUAN TRỌNG CỦA GIẢ ĐỊNH

Công ước châu Âu về quyền con người (ECHR) quy định rằng ‘mọi người bị buộc tội hình sự sẽ được coi là vô tội cho đến khi được chứng minh là có tội theo pháp luật’.³ Những bảo đảm tương tự được tìm thấy trong Tuyên ngôn quốc tế về quyền con người⁴ và Hiến chương về quyền và tự do của Canada.⁵ Mặc dù không được quy định cụ thể trong Hiến pháp Hoa Kỳ, giả định này đã được ngầm định trong các Tu chính án thứ 5, 6 và 14.⁶ Nó không chỉ tồn tại giới hạn trong các hệ thống pháp luật Tây Âu và Anh-Mỹ; các phiên bản xuất hiện trong các văn kiện đa dạng như hiến pháp các quốc gia Brazil,⁷ Columbia,⁸ Iran,⁹ Nga¹⁰ và Nam Phi.¹¹

¹ B. Johnston, ‘Do nothing, and we invite the tide of terror to our front door’ The Telegraph, 24 August 2014.

² As coined by Antony Duff: R.A. Duff, ‘Presuming Innocence’ in L. Zedner and J.V. Roberts (eds), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 52.

³ ECHR, art 6(2).

⁴ Universal Declaration on Human Rights 1948, art 11(1).

⁵ Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982, s 11(d).

⁶ Coffin v US 156 U S 432 (1895). For a history of the presumption in the USA, see J.N. Sorrentino, ‘Demystifying the Presumption of Innocence’ (1996) 15 Glendale Law Review 16–26.

⁷ Brazilian Constitution 1988, art 5.

⁸ Political Constitution of Columbia 1991, art 29.

Giả định này được gọi là ‘quyền con người’,¹² ‘luật không thể nghi ngờ, tiên đề và sơ cấp’,¹³ và ‘nguyên tắc cơ bản của công bằng thủ tục trong luật hình sự’.¹⁴ Mặc dù nguyên tắc giả định vô tội được công nhận rộng rãi trên thế giới, còn có nhiều quan niệm khác nhau về cách hiểu và mức độ áp dụng của nó.¹⁵

III. GIẢ ĐỊNH VÔ TỘI VÀ TRÁCH NHIỆM CHỨNG MINH

Thông thường người ta nhấn mạnh đến giá trị mang tính phương tiện của việc giả định, nghĩa là, vai trò của nó trong việc bảo đảm ‘kết quả đúng đắn’ bằng cách bảo vệ chống lại tình trạng oan, sai.¹⁶ Tuy nhiên, rất ít khi cách thức thực hiện nguyên tắc này được nêu rõ. Có đề nghị rằng đó là một cơ chế để đảm bảo rằng các yếu tố bất hợp pháp như không hợp tác với cảnh sát điều tra, quyết định không làm chứng tại phiên tòa, hoặc thậm chí thực tế là bị cáo đang phải đối mặt với một phiên tòa hình sự, không bị trượt vào các thang chứng cứ về phía công tố.¹⁷ Biểu hiện nổi tiếng nhất của nó trong pháp luật Anh là từ vụ án của Woolmington v DPP¹⁸ năm 1935. Thẩm phán xét xử đã chỉ đạo bồi thẩm đoàn rằng nơi mà công tố đã xác minh rằng ai đó đã chết do hành vi của bị cáo, đây được coi là giết người trừ khi bị cáo có thể thuyết phục bồi thẩm đoàn rằng cái chết là ngộ sát, giết người vô tình hoặc giết người chính đáng.¹⁹ Điều này được coi là một hành vi sai trái, và chuyên mục của Viscount Sankey (đưa ra quyết định của Viện Nguyên lão) thường được trích dẫn: ‘Trong trang mạng về Luật Hình sự Anh, luôn luôn thấy một nguyên tắc kim chỉ

⁹ Constitution of the Islamic Republic of Iran 1979, art 37.

¹⁰ Constitution of the Russia Federation 1993, art 49.

¹¹ Bill of Rights in the Constitution of the Republic of South Africa 1996, s 35(3)(h).

¹² H.L. Ho, ‘The Presumption of Innocence as a Human Right’ in P. Roberts and J. Hunter, *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions* (Oxford: Hart Publishing, 2012) 259, 259 n 1.

¹³ Coffin v US (n 6 above) 453.

¹⁴ A. Ashworth and J. Horder, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 71.

¹⁵ Many scholars have pointed out this lack of clarity: J. Thaler, ‘Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial’ (1978) *Wisconsin Law Review* 441, 459 and 460; P.J. Schwikkard, ‘The Presumption of Innocence: What Is It?’ (1998) 11 *South African Journal of Criminal Justice* 396, 396; T. Weigend, ‘There is Only One Presumption of Innocence’ (2013) 42 *Netherland Journal of Legal Philosophy* 193, 193; C. Stuckenberg, ‘Who is Presumed Innocent of What by Whom?’ (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 301.

¹⁶ N 14 above, 71. A similar point is made in relation to US law in J.G. Pickett, ‘The Presumption of Innocence Imperilled: The New Federal Rules of Evidence and the Use of other Sexual-Offense Evidence in Washington’ (1995) 70 *Washington Law Review* 883, 899.

¹⁷ In *Taylor v Kentucky* 436 U S 478, 485 (1978) the US Supreme Court stated that the presumption ‘cautions the jury to put away from their minds all the suspicion that arises from the arrest, the indictment, and the arraignment, and to reach their conclusion solely from the legal evidence adduced’. See also R.D. Friedman, ‘A Presumption of Innocence, Not of Even Odds’ (1999–2000) 52 *Stanford Law Review* 873, 880.

¹⁸ [1935] AC 462. For an appreciation of the case see J.C. Smith, ‘The Presumption of Innocence’ (1987) 38 *Northern Ireland Law Quarterly* 223, 224: ‘Never ... has the House of Lords done more noble a deed in the field of criminal law than on that day’. Reservations about Lord Sankey’s dicta have, however, been expressed by Ashworth in ‘Four Threats to the Presumption of Innocence’ (2006) 10 *International Journal of Evidence & Proof* 241, 245.

¹⁹ [1935] AC 462, 472.

nam về nhiệm vụ chứng minh tội lỗi của tù nhân của công tố'.²⁰ Mặc dù Woolmington thường được coi là một sự chứng thực vang dội của nguyên tắc giả định vô tội, nó thực sự tập trung nhiều hơn vào trách nhiệm chứng minh, và hai khái niệm này thường được coi là đồng nghĩa.²¹ Tòa án tối cao Hoa Kỳ²² và Tòa án tối cao Vương quốc Anh²³ đã từng đồng nhất hai khái niệm này. Việc coi nguyên tắc giả định vô tội chỉ là một cách khác để nói lên gánh nặng chứng minh đã dẫn đến việc tập trung vào việc liệu các điều khoản “đảo ngược trách nhiệm”, tức đòi hỏi bị cáo phải chứng minh sự bào chữa, là sự vi phạm nguyên tắc này.²⁴

Tôi ủng hộ một cách tiếp cận khác: giả định và trách nhiệm chứng minh không đồng nghĩa với nhau. Hơn nữa, trái ngược với quan điểm được chấp nhận chung rằng giả định vô tội không có được áp dụng ngoài phiên tòa,²⁵ tôi đề nghị chúng ta nên coi nó là nguyên tắc của toàn bộ quá trình tố tụng. Ý nghĩa của việc này được xem xét thêm, dưới đây. Tuy nhiên, trước khi mô tả phương pháp thay thế này, chúng ta phải xem xét ý nghĩa của việc gắn nhãn một cái gì đó như là một giả định pháp lý, và cách các giả định đó hoạt động trong thực tế. Chúng ta cũng phải xem xét bản chất của ‘sự vô tội’, vốn là vấn đề trọng tâm của sự suy đoán vô tội.

IV BẢN CHẤT CỦA NHỮNG SỰ GIẢ ĐỊNH PHÁP LÝ

Pháp luật sử dụng nhiều loại giả định khác nhau. Có những loại không thể bị phản bác, và có những loại có thể bị phản bác, nhưng những loại không thể bị phản bác có thể được cho là hoạt động như các quy tắc pháp lý thay vì giả định vì không

²⁰ Ibid., 481–482.

²¹ See, for example, A.N. Brown, *Criminal Evidence and Procedure: An Introduction* (London: Bloomsbury, 2010): ‘The accused does not have to explain anything at all, ever, unless the prosecution case is sufficient in itself to justify a conviction. This is the meaning of the presumption of innocence...’ (emphasis added). See also F. Picinali, ‘Innocence and Burdens of Proof in English Criminal Law’ (2014) 13: 4 *Law, Probability and Risk* 243; and B. Rea, ‘The Presumption of Innocence in Criminal Cases’ (1941–1942) 3 *Washington & Lee Law Review* 82, 84. The latter concludes: ‘In truth then, the presumption of innocence has no independent significance. The rule that the accused is presumed to be innocent is synonymous with the rule that the prosecution has the burden of proof.’

²² See *Bell v Wolfish* 441 US 520, 533 (1979), per Mr Justice Rehnquist: ‘The presumption of innocence is a doctrine that allocates the burden of proof in criminal trials.’

²³ See *Sheldrake v DPP* [2005] 1 AC 264, 292–293 per Lord Bingham ‘...the underlying rationale of the presumption in domestic law and in the [European] Convention is an essentially simple one: that it is repugnant to ordinary notions of fairness for a prosecutor to accuse a defendant of crime and for the defendant to be then required to disprove the accusation on pain of conviction and punishment if he fails to do so.’

²⁴ See, for example, Duff (n 2 above); I. Dennis, ‘Reverse Onuses and the Presumption of Innocence: In Search of Principle’ (2005) *Criminal Law Review* 901; A. Gray, ‘Constitutionally Protecting the Presumption of Innocence’ (2012) 31 *University of Tasmania Law Review* 132; R. Shiner, ‘Corporations and the Presumption of Innocence’ (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* 485.

²⁵ See, for example, A. Stumer, *The Presumption of Innocence* (Oxford: Hart Publishing, 2010): he notes that the presumption could be viewed as requiring the accused to be treated as if innocent throughout the criminal process, but calls this approach a ‘vaporous euphemism for fairness’ and limits his assessment of the presumption to its relationship with the burden and standard of proof (at xxxviii). Stumer is quoting P. Healy, ‘Proof and Policy: No Golden Thread’ (1987) *Criminal Law Review* 355, 365.

có bằng chứng nào có thể được đưa ra để thách thức họ. Chúng ta cũng có thể rút ra sự khác biệt giữa ‘giả định phái sinh’ và các ‘giả định nền tảng’. Khi áp dụng các giả định phái sinh, đưa ra bằng chứng về một thực tế ‘P’, một tòa án có thể (hoặc đôi khi phải) giả định ‘Q’; quy tắc bảo đảm việc vẽ ‘Q’, như một kết luận từ ‘P’, ngay cả khi, nếu không có quy tắc đó, ‘P’ sẽ không đủ để chứng minh ‘Q’. Ngược lại, với các giả định nền tảng, ‘Q’ đúng hơn là một đề xuất mà một tòa án ban đầu phải chấp nhận, mà không có bất kỳ cơ sở nào cho ‘Q’ yêu cầu phải được chứng minh trước tòa.²⁶ Các giả định trong đó, bằng chứng về một số sự kiện nhất định, một tòa án phải rút ra một suy luận cụ thể đã được mô tả là các giả định thuyết phục, với những giả thuyết mà tòa án có thể suy ra thực tế trong vấn đề được phân loại là ‘giả định tạm thời’.²⁷ Do đó, nhiều giả định pháp lý chỉ là các công cụ được tòa án sử dụng để ‘tăng tốc quá trình chứng minh’.²⁸

Hai giả định phổ biến được áp dụng trong các hệ thống pháp luật Anh-Mỹ bao gồm giả định rằng trẻ em dưới một độ tuổi nhất định thiếu trách nhiệm hình sự, và rằng một bị cáo có ‘tâm trí tốt’ tại thời điểm bị cáo buộc phạm tội. Liên quan đến giả định đầu tiên, luật pháp Anh có liên quan quy định: ‘Sẽ được kết luận rằng không có trẻ em dưới 10 tuổi nào có thể phạm tội bất kỳ hành vi phạm tội nào’,²⁹ do đó tạo ra một giả định không thể bỏ qua/phái sinh/thuyết phục: một khi điều đó được chứng minh rằng một đứa trẻ từ chín tuổi trở xuống, tòa án phải kết luận rằng không có trách nhiệm hình sự. Có thể nói rằng đây thực sự không phải là một giả định, mà là một kết luận. Ngược lại, sự giả định của sự tinh táo rõ ràng là một nền tảng nhưng có thể bác bỏ được, với gánh nặng chứng minh một rối loạn tâm thần, có khả năng phủ nhận trách nhiệm hình sự được đặt lên bị cáo.³⁰ Áp dụng phân tích này vào giả định vô tội, nó rõ ràng là nền tảng nhưng có thể bác bỏ; nó đặt trách nhiệm chứng minh tội lỗi đối với Nhà nước/công tố, nhưng tất nhiên là thường xuyên bị bác bỏ, trong thực tế.

Một số giả định dựa trên ý thức chung và kiến thức chung - những gì người ta có thể gọi là các giả định của thế giới thực hoặc dựa trên kinh nghiệm. Có vẻ không

²⁶ I am indebted to Antony Duff for clarifying these distinctions.

²⁷ T. Denning, ‘Presumptions and Burdens’ (1945) *Law Quarterly Review* 379, 379.

²⁸ F. Raitt, *Evidence: Principles, Policy and Practice* (Edinburgh: W. Green, 2013), para 6–18.

²⁹ Children and Young Persons Act 1933, s. 50 as amended by Children and Young Persons Act 1963, s. 16(1) (emphasis added). The wording of the equivalent Scottish provision is identical, save that the relevant age in Scotland is eight. Children under the age of 12 are not prosecuted in Scotland but are subject to the Children’s Hearing System, which focusses on their welfare. For a critique of these provisions, see C. McDiarmid, ‘An Age of Complexity: Children and Criminal Responsibility in Law’ (2014) 13 *Youth Justice* 145.

³⁰ For English law see *McNaghten* (1843) 10 Cl & F 200, 8 ER 718; *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386. In Scotland this is governed by statute: *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, s. 51A: ‘Mental disorder’ must be proven by the accused on the balance of probabilities.

hợp lý khi cho rằng sự tinh táo; mặc dù nhiều người mắc chứng rối loạn tâm thần, một số trong đó có thể ảnh hưởng đến trách nhiệm đối với các hành vi tội phạm, hầu hết mọi người, các trạng thái tinh thần của họ có thể bị đối xử như một người chịu trách nhiệm. Trong một số hệ thống pháp luật, chẳng hạn như England và Scotland, giả định rằng một đứa trẻ dưới một độ tuổi nhất định không thể phạm tội cũng dựa trên kinh nghiệm, vì thực tế, trẻ nhỏ không có khả năng hình thành yếu tố tinh thần cần thiết phạm tội. Tuy nhiên, độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự thay đổi theo từng quốc gia: ví dụ như ở Na Uy là 15 tuổi. Trong một số hệ thống, sự lựa chọn một độ tuổi này thay vì một độ tuổi khác có thể được cho là dựa trên chính sách, thay vì dựa trên bằng chứng thực nghiệm. Nó phản ánh thái độ của một xã hội cụ thể đối với trẻ em. Ngay cả khi một công tố viên Na Uy có thể chứng minh rằng một đứa trẻ 14 tuổi cụ thể - hoặc thậm chí là phần lớn trẻ em 14 tuổi - đã đủ chín chắn để được gọi đến tòa án hình sự, điều này sẽ không cho phép một công tố viên đi trước. Điều này, sau đó, là một quy tắc pháp lý hơn là một giả định, thể hiện các đề xuất quy phạm mà xã hội nên đối xử với trẻ em theo một cách cụ thể. Tương tự như vậy, giả định vô tội có thể được coi là một đề xuất quy phạm, phản ánh chính sách. Nhưng chính xác chính sách đó là gì? Để trả lời điều này, trước tiên chúng ta phải xem xét: việc giả định vô tội là gì?

V. CÓ TỘI, VÔ TỘI ‘THỰC’ VÀ CÓ TỘI, VÔ TỘI ‘PHÁP LÝ’

Một sự khác biệt có thể được rút ra giữa 'có tội thực' (như bị cáo đã làm, như một vấn đề thực tế, thực hiện hành vi phạm tội với *rea mens* cần thiết) và 'có tội pháp lý' (công tố có thể vượt quá sự nghi ngờ hợp lý và trong sự phù hợp với thủ tục tố tụng mà bị cáo thực hiện hành vi phạm tội v.v.) Hệ quả của việc dán nhãn cho những người 'làm điều đó' là 'thực sự có tội' là những người không 'làm điều đó' có thể được mô tả là 'thực sự vô tội'.³¹ Một số quan điểm dường như cho rằng giả định vô tội là một giả định 'theo sự thực khách quan' hoặc 'theo kinh nghiệm' dựa trên khả năng rằng bị cáo thực sự vô tội, nhưng điều này chắc chắn không phải vậy. Có thể hầu hết mọi người đều 'tốt, trung thực và không có lỗi',³² nhưng thực tế, những người bị buộc tội đã phạm tội hình sự không được đánh đồng với 'hầu hết mọi người' vì thực tế, phần lớn những người bị buộc tội đã phạm tội và do đó 'thực sự có tội' chứ không phải 'thực sự vô tội'.

³¹ 'Factual innocence' and 'factual guilt' are the terms used in H.L. Packer, 'Two Models of the Criminal Process' (1964) 113 *University of Pennsylvania Law Review* 1; H.L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford: Stanford University Press, 1968), 161. Stuckenberg draws a similar distinction, contrasting 'real' and 'formal' innocence (n 15 above), 307–308. Laudan uses the terms 'material innocence' and 'probatory innocence': see text at n 35, below.

³² J.B. Thayer, 'The Presumption of Innocence in Criminal Cases' (1896–1897) 6 *Yale Law Journal* 185, 189.

Sự khác biệt giữa ‘tội lỗi thực tế’ và ‘tội lỗi pháp lý’, công nhận rằng ngay cả một người ‘thực sự có tội’ cũng có thể không bị kết án. Có lẽ các nhân chứng bằng mắt không thể xác định bị cáo là hung thủ; có lẽ công tố viên đã vô tình tiết lộ những lời buộc tội trước đó của bị cáo với bồi thẩm đoàn khi bắt đầu phiên tòa, đòi hỏi phải có một sự tha bổng. Có nhiều cách mà một công tố có thể thất bại. Các quy tắc của chứng minh, chứng cứ có thể khác biệt giữa các hệ thống pháp luật, nhưng tất cả đều có các yêu cầu về thủ tục tố tụng, vi phạm một số trong đó có thể có nghĩa là ngay cả một bị cáo phạm tội thực sự phải bị buộc tội. Tất nhiên, phần lớn những người bị buộc tội nhận tội hoặc bị kết án sau khi xét xử. Do đó, giả định vô tội cho rằng không có khả năng hơn là bị cáo thực sự vô tội, cũng không phải là anh ta vô tội về mặt pháp lý, vì cả hai đều sai về mặt thực nghiệm. Giả định vô tội không phải là một dự đoán của bất cứ điều gì. Thay vào đó, như đã đề xuất trước đây, tôi cho rằng nó được xem tốt nhất như là một đề xuất quy phạm, phản ánh một quyết định chính sách rằng Nhà nước nên đối xử với công dân của mình theo một cách cụ thể.

Đề xuất được nêu ở đây được xây dựng theo cách tiếp cận Herbert Packer: ông đã coi giả định vô tội là chủ yếu ‘một định hướng cho người thi hành công vụ về cách họ thực thi nhiệm vụ’.³³ Tuy nhiên, có vẻ Packer đã tập trung vào sự vô tội ‘pháp lý’ thay vì sự vô tội ‘thực tế’:

...sự giả định vô tội buộc phải vận dụng tất cả các học thuyết đủ điều kiện và vô hiệu hóa nhằm giới hạn việc sử dụng hình phạt hình sự đối với bị cáo, qua đó tăng cường cơ hội của bị cáo để bảo đảm một kết quả thuận lợi... tội lỗi thực sự dù có thể là vô tội về mặt pháp lý, và tạo cơ hội đủ điều kiện cho cách giải quyết đó.³⁴

Larry Laudan có sự phân biệt tương tự giữa cái mà ông gọi là vô tội vật chất hoặc ‘vô tội (m)’ (bị cáo ‘không phạm tội’) và vô tội chứng minh hoặc ‘vô tội (p)’ (bị cáo được tha bổng hoặc được giải thoát khỏi sự giám sát tư pháp).³⁵ Laudan sau đó giải thích rõ rằng ở giai đoạn tiền xét xử, sự vô tội có nghĩa là hệ thống pháp luật chưa được xác định tội lỗi / vẫn chưa có bằng chứng chắc chắn. Ông cũng cho rằng, ‘sự vô tội’ được cho là vô tội chứng minh. Ông lập luận rằng vì một vụ tha bổng không có nghĩa là bồi thẩm đoàn tin rằng bị cáo ‘không làm điều đó’ (vô tội (m)), mà chỉ có nghĩa là bồi thẩm đoàn không hài lòng rằng tội lỗi đã được thiết lập vượt

³³ Packer (n 31 above). For a similar approach see L.H. Tribe, ‘An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell’ (1970) 56 Virginia Law Review 371.

³⁴ Packer, *ibid.*, 17 and 167, respectively.

³⁵ L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (New York: Cambridge University Press, 2006), 12. See also L. Laudan, ‘The Presumption of Innocence: Material or Probatory?’ (2005) *Legal Theory* 333, 339.

quá sự nghi ngờ hợp lý (vô tội (p)), họ không cần thiết phải bắt đầu bằng một giả định về sự vô tội vật chất. Ông cũng chỉ ra rằng vì bồi thẩm đoàn không biết gì về bị đơn hoặc vụ án trước khi xét xử, nên họ không có cơ sở để giả định vô tội về vật chất. Vì họ nhận thức rõ rằng Nhà nước không truy tố người dân mà không có lý do chính đáng, yêu cầu bồi thẩm đoàn cho rằng sự vô tội về vật chất là xúc phạm trí thông minh của họ. Ông kết luận: 'Ngược lại, hướng dẫn bồi thẩm đoàn để họ đã thấy chưa có bằng chứng nào về tội của bị cáo phản ánh chính xác tình trạng nhận thức của bồi thẩm và do đó, họ có thể hành động theo lương tâm đúng đắn'.³⁶ Tuy vậy, Laudan chấp nhận rằng các bồi thẩm thực tế hiểu "sự vô tội" có nghĩa là "sự vô tội vật chất".³⁷

Một thẩm phán xét xử dường như tập trung vào sự vô tội (p) sẽ mang ý nghĩa với bồi thẩm đoàn là 'bạn phải cho rằng tội lỗi của bị cáo chưa được chứng minh' dường như là điều hiển nhiên, và được cho là xúc phạm đến trí thông minh của bồi thẩm đoàn hơn là yêu cầu họ cho rằng bị cáo là vô tội về mặt vật chất. Vì Laudan coi giả định vô tội là 'cơ chế phân bổ gánh nặng chứng minh', ông cho rằng ứng dụng duy nhất của nó là trong quá trình xét xử tại phiên tòa.³⁸ Ngược lại, tôi ủng hộ vai trò rộng hơn cho giả định vô tội, cụ thể là những nhân vật chủ chốt trong quá trình tố tụng (cảnh sát, công tố viên và thẩm phán, cũng như những người tham gia như ban hội thẩm) nên chấp nhận giả định vô tội như một thái độ thực tế. Tôi sẽ xem xét các phạm vi ứng dụng rộng và hẹp cho giả định vô tội trong phần sau. Tuy nhiên, đối với các mục đích hiện tại, điều quan trọng cần lưu ý là ứng dụng rộng rãi hơn mà tôi ủng hộ liên quan đến vô tội (m): bất kể niềm tin cá nhân của họ vào sự có tội hay vô tội của nghi phạm/bị cáo, họ phải nỗ lực đến mức có thể để hành xử như thể họ đang ứng xử với một người người đã không làm gì sai. Laudan có quan điểm đúng khi cho rằng một vụ tha bổng không có nghĩa là bị cáo đã được tuyên bố là 'vô tội' - sự lựa chọn của bản án là giữa 'có tội' và 'không có tội', và một người tìm hiểu thực tế có thể đưa ra phán quyết sau đó cũng có thể tin rằng các bị cáo đã thực sự phạm tội, nhưng không hài lòng vì điều này đã được thiết lập vượt quá sự nghi ngờ hợp lý. Tuy nhiên, tôi cho rằng Laudan là không đúng khi nhấn mạnh rằng giả định vô tội phải đề cập đến sự vô tội (p). Trong trường hợp được tha bổng, sự giả định đòi hỏi chúng ta phải gác lại mọi nghi ngờ hay nghi ngờ còn sót lại về bị cáo. Do đó, anh ta phải được đối xử giống như bất kỳ công dân nào khác: không chỉ đơn

³⁶ Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, *ibid.*, 105.

³⁷ 'When a judge instructs jurors that they should presume the defendant to be innocent until proven otherwise, they will almost certainly interpret that as committing them to believe that the defendant did not perpetrate the crime.' (*Ibid.*, 96).

³⁸ '[T]here is not the slightest warrant for supposing that the [presumption of innocence] governs events beyond the trial itself.' (*Ibid.*, 94).

thuần là người có tội mà công tố không thể thành lập, mà là một người không phạm tội, nói cách khác, anh ta được hưởng lợi từ một giả định vô tội về vật chất.

VI. ÁP DỤNG GIẢ ĐỊNH VÔ TỘI TRONG PHẠM VI RỘNG VÀ HẸP

Cách tiếp cận được đề xuất trong bài viết này là một phương pháp gây tranh cãi, với nhiều học giả cho rằng nguyên tắc giả định vô tội không có ứng dụng nào khác ngoài phiên tòa. Một số nghi ngờ tính hợp lý của nguyên tắc khi giả định vô tội ở mọi giai đoạn tố tụng. Một trong số đó là Jeremy Bentham:

Bị cáo trong thực tế không được đối xử như thể anh ta vô tội, và nó sẽ là vô lý và không nhất quán để đối phó với anh ta như thể anh ta là như vậy.

Trạng thái anh ta đang ở là một thứ đáng ngờ, nằm giữa không phạm pháp và phạm pháp: giả sử anh ta không phạm pháp, sau đó ngay lập tức nên làm thủ tục chống lại anh ta: mọi thứ sau đó là áp bức và bất công.³⁹

Bentham nhân mạnh mâu thuẫn vốn có ở Nhà nước tuyên bố rằng một bị cáo được hưởng lợi từ sự giả định vô tội, đồng thời hành động theo những cách gợi ý hoàn toàn ngược lại. Như chúng ta đã thấy, Laudan bác bỏ mọi đề nghị rằng giả định được áp dụng ngoài phạm vi phiên tòa. Ông cho rằng các đề xuất rằng nó có thể có một ứng dụng rộng hơn chỉ đơn thuần là ‘suy nghĩ mong muốn’, vì giai đoạn trước phiên tòa, có một loạt các quyết định mà các quan chức Nhà nước đưa ra không phù hợp với cách tiếp cận như vậy. Ví dụ, cảnh sát bắt giữ một nghi phạm không thể tin rằng anh ta vô tội, vì người ta chỉ có thể bị bắt nếu có lý do có thể xảy ra,⁴⁰ và một thẩm phán từ chối bảo lãnh cho bị cáo rõ ràng không phải là vô tội.⁴¹ Tuy nhiên, có những dấu vết của một cách tiếp cận rộng hơn trong Tuyên ngôn của nước Pháp về quyền của con người và của công dân (1789), Điều 9 trong đó nêu rõ:

Vì tất cả mọi người đều vô tội cho đến khi họ bị tuyên là có tội, nếu việc bắt giữ sẽ được coi là không thể thiếu, mọi sự đối xử hà khắc không cần thiết đối với việc bảo vệ người tù bị pháp luật nghiêm cấm.

Điều này công nhận rằng một số biện pháp khắc nghiệt có thể là không thể tránh khỏi - một nghi phạm có thể phải bị bắt – nhưng cũng tuyên bố rõ ràng việc xử lý như vậy nên được giới hạn ở những điều cần thiết cho việc điều tra tội phạm. Tương tự như vậy, tôi chấp nhận rằng một nghi phạm không thể được đối xử hoàn toàn giống như một công dân không không bị nghi ngờ phạm tội: một khi nghi ngờ

³⁹ J. Bentham, *Principles of Judicial Procedure*, Chapter XXIX: ‘Natural and Technical Systems Compared’. Similarly, it has been suggested that Packer regarded the presumption of innocence as ‘an unrealistic command’ to ignore the presumption of guilt ‘even though in most cases the suspect is guilty’: S. Baradaran, ‘Restoring the Presumption of Innocence’ (2011) 72 *Ohio State Legal Journal* 723, 756.

⁴⁰ In the UK, ‘reasonable suspicion’ rather than ‘probably cause’ is the threshold for arrest, but Laudan’s argument is equally applicable in the UK.

⁴¹ Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, 95.

về tội phạm tập trung vào một cá nhân cụ thể, tình trạng của anh ta thay đổi, và quyền tự do và toàn vẹn của cơ thể có thể bị kiểm chế. Chẳng hạn, anh ta có thể được yêu cầu tham dự buổi thẩm vấn của cảnh sát, và nói chung sẽ không được tự do chấm dứt cuộc phỏng vấn tại thời điểm anh ta chọn. Anh ta có thể phải việc lấy dấu vân tay và hình ảnh, để tham gia vào một cuộc nhận dạng, để tìm kiếm nhà, văn phòng hoặc người của anh ta, và tham dự phiên tòa để xét xử. Điều này thật đáng tiếc, nhưng không thể tránh khỏi nếu nhà nước phải hoàn thành trách nhiệm của mình để điều tra các cáo buộc về hành vi phạm tội hình sự. Điểm cốt yếu là mặc dù trở thành nghi phạm không áp đặt một số gánh nặng nhất định, nhưng nó không được đánh đồng với tình trạng của một người có tội chính thức được thiết lập. Nếu cảnh sát và các quan chức nhà nước khác duy trì nhận thức về sự khác biệt này, việc vi phạm các quyền có nhiều khả năng được giữ ở mức tối thiểu cần thiết để tiếp tục điều tra, và thái độ của các quan chức đó đối với nghi phạm ít có khả năng biến thành một sự thiếu tôn trọng, hoặc thậm chí thái độ đó không còn nữa.

Mặc dù phần lớn các tòa án và nhà bình luận cho rằng giả định vô tội không áp dụng trước phiên tòa, một số tác giả đã ủng hộ vai trò rộng hơn - thực sự thường là một vai trò rất rộng.⁴² Do đó, Patrick Tomlin lập luận rằng vì lý do để tránh bị trừng phạt không phù hợp, nên áp dụng giả định vô tội để đảm bảo rằng chúng ta tránh trừng phạt quá mức những người đã bị kết án, do đó, một thẩm phán tuyên án nên được thỏa mãn vượt quá sự nghi ngờ hợp lý rằng hình phạt áp đặt không quá đáng.⁴³ Lý thuyết của tôi khác với điều này; Mặc dù tôi tin rằng sự giả định vô tội có thể có ý nghĩa đối với cách chúng ta đối xử với những người được tha bổng, sau khi xét xử, tôi cho rằng sau khi bị kết án thì sự giả định vô tội không còn được áp dụng nữa. Tomlin tin rằng sự giả định 'tự nó, không có gì nhiều để viết'⁴⁴ và rằng 'để có ý nghĩa [nó] phải được kết hợp với một tiêu chuẩn nhận thức mạnh mẽ của... vượt quá sự nghi ngờ hợp lý'.⁴⁵ Do đó, cách tiếp cận của ông liên quan nhiều đến tiêu chuẩn của bằng chứng hơn là giả định vô tội.

Victor Tadros cũng ủng hộ vai trò rộng hơn của giả định và tìm hiểu ý nghĩa của nó đối với luật nội dung.⁴⁶ Ông cho rằng việc vi phạm giả định vô tội xảy ra khi cơ quan lập pháp hạ thấp tiêu chuẩn chứng minh hoặc loại bỏ một số điều kiện trách

⁴² For example, Ashworth (n 18 above), 249; Baradaran (n 39 above), 723; H. Stewart, 'The Right to be Presumed Innocent' (2014) 8 Criminal Law & Philosophy 407; P. DeAngelis, 'Racial Profiling and the Presumption of Innocence' (2014) Netherland Journal of Law and Philosophy 43; P. Tomlin, 'Could the Presumption of Innocence Protect the Guilty?' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy 431; V. Tadros, 'The Ideal of the Presumption of Innocence' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy 449.

⁴³ Tomlin, *ibid.*, 432.

⁴⁴ *Ibid.*, 433.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Tadros, (n 42 above).

nhiệm khởi định nghĩa về hành vi phạm tội, nhằm giúp dễ dàng bảo đảm một sự buộc tội:

Trường hợp này được thực hiện, nhà nước đảm bảo việc kết án các bị cáo mà không đáp ứng tiêu chuẩn chứng minh rằng các điều kiện trách nhiệm đã được thực hiện. Điều này ngụ ý thái độ cho phép công khai lên án và trừng phạt công dân mà không đạt được tiêu chuẩn nhận thức thích hợp cho những hoạt động này.⁴⁷

Một lần nữa, điều này có vẻ là tiêu chuẩn của bằng chứng hơn là giả định vô tội.

Antony Duff đề nghị chúng tôi nhận ra một số giả định vô tội, mỗi giả định hoạt động theo những cách khác nhau và có kết quả khác nhau.⁴⁸ Do đó, Duff lập luận rằng theo luật pháp Anh, một giả định vô tội ngăn cản một công tố viên cáo buộc một bị cáo mà không có ‘triển vọng thực tế của việc kết án’, trong khi có một giả định vô tội khác và quen thuộc hơn hoạt động trong phiên tòa. Duff đề nghị chúng ta nhận ra các giả định vô tội nằm ngoài quy trình tố tụng hình sự, và thực sự, vượt ra ngoài luật pháp, trong các tương tác giữa các công dân, và giữa công dân và nhà nước.⁴⁹ Cách tiếp cận được áp dụng trong bài viết hiện tại khác với những đề xuất của Tomlin, Tadros hoặc Duff, ở chỗ nó giới hạn hoạt động của sự giả định vô tội đối với quá trình phạm tội.

VII. GIẢ ĐỊNH VÔ TỘI NHƯ LÀ THÁI ĐỘ THỰC TẾ VÀ CHÍNH SÁCH CHÍNH TRỊ

Tất nhiên, thực tế là một khi sự nghi ngờ tập trung vào một cá nhân cụ thể, tâm trí của nhiều người tham gia trong hệ thống tư pháp hình sự là nghi phạm ‘có lẽ là có tội’.⁵⁰ Có thể nghĩ rằng đây là một lập trường hoàn toàn thích hợp của cảnh sát, và có lẽ cũng của cả công tố viên và các nhân chứng; Rốt cuộc, họ đang trong công việc giúp xây dựng một vụ án chống lại nghi phạm. Tôi đề nghị rằng coi việc giả định vô tội là một thái độ thực tế để nhắc nhở họ kiểm chứng điều này và giúp cảnh báo các nhà điều tra về những nguy hiểm vốn có khi giả định có tội. Những mối nguy hiểm này có hai mặt: đầu tiên, nó có thể khiến họ mù quáng khi xem xét các giải thích thay thế, chẳng hạn như thủ phạm có thể là một người hoàn toàn khác. Giả định vô tội làm cho nhiều khả năng cảnh sát sẽ tìm kiếm bằng chứng có thể miễn tội cho nghi phạm, thay vì chỉ tập trung vào bằng chứng buộc tội. Thứ hai, đối

⁴⁷ Ibid., 459.

⁴⁸ R.A. Duff, ‘Who must Presume Whom to be Innocent of What?’ (2013) 42 *Netherland Journal of Law and Philosophy* 170, 179. See also Duff (n 2 above).

⁴⁹ R.A. Duff, ‘Presumptions Broad and Narrow’ (2013) *Netherland Journal of Law and Philosophy* 268.

⁵⁰ See Packer (n 31 above) 160–161.

xử với các nghi phạm như ‘có lẽ là có tội’, giúp cảnh sát dễ dàng hơn trong việc biện minh cho các nghi phạm đe dọa hoặc thậm chí lạm dụng thể xác, làm tăng thêm nguy cơ của những lời thú tội sai trái; yêu cầu cảnh sát đối xử với các nghi phạm như thể họ vô tội làm cho những hành vi đó ít xảy ra hơn.⁵¹ Cả hai mối nguy hiểm đều làm tăng khả năng kết án sai.

Khi vụ án được xây dựng để chống lại nghi phạm và các phương pháp xét xử, không thể tránh khỏi việc nhiều người trong hệ thống tư pháp hình sự sẽ hình thành giả thuyết, nếu không thực sự đưa ra kết luận, rằng bị cáo thực sự có tội. Nhưng cũng giống như các nhà khoa học giỏi kiểm tra các giả thuyết của họ bằng cách cố gắng tìm ra hậu quả sẽ khiến họ sai,⁵² cũng như những người trong hệ thống tư pháp hình sự cố gắng xem xét các kịch bản và giải thích không phù hợp với tội của bị cáo. Những người tìm hiểu thực tế (dù là thẩm phán hay bồi thẩm) nên có cách tiếp cận thận trọng và có phân hoài nghi đối với các bằng chứng do khả năng sai lầm tiềm tàng của nó. Họ nên đặc biệt hoài nghi về các loại bằng chứng được chứng minh là không đáng tin cậy, chẳng hạn như các nhận dạng ‘thoáng qua’, trong đó thủ phạm và nhân chứng không được làm quen trước khi xảy ra vụ việc, và nhân chứng đã nhìn thấy hung thủ trong một thời gian ngắn.⁵³ Bằng chứng có thể được đưa ra bởi một người cung cấp thông tin cho trại giam - người bạn cùng phòng giam bị buộc tội có thể cho rằng bị cáo đã nhận tội. Một mức độ hoài nghi cao cũng có vẻ phù hợp ở đây, đặc biệt khi một thỏa thuận đã được ký kết với Nhà nước sao cho lời khai được đưa ra để đổi lấy sự giảm án cho người cung cấp thông tin.⁵⁴ Công việc của Michael Risinger nhắc nhở chúng ta rằng ngay cả bằng chứng khoa học cũng dễ bị lỗi của con người. Ông đã nhấn mạnh những nguy hiểm của việc kết án sai khi một chuyên gia được đưa ra những lý do độc lập để cho rằng nghi phạm thực sự là người phạm tội.⁵⁵ Chẳng hạn, một nhà khoa học được yêu cầu so sánh dấu vân tay của nghi phạm với dấu vết để lại tại hiện trường vụ án có thể biết rằng nghi phạm đã được một nhân chứng xác định là người phạm tội.

⁵¹ See A. Leo et al., ‘Bringing Reliability Back In: False Confessions and Legal Safeguards in the 21st century’ (2006) 2 Wisconsin Law Review 479. Exoneration studies in the USA have estimated that false confessions account for 15–16% of wrongful conviction cases. For a useful summary of the literature see F. Stark, ‘Confession Evidence’ in J. Chalmers, F. Leverick and A. Shaw (eds.), *Post-Corroborated Safeguards Review Report of the Academic Expert Group* (2014), available at: <http://www.gov.scot/Resource/0046/00460650.pdf>.

⁵² K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (London: Routledge, 1959).

⁵³ E.F. Loftus, *Eyewitness Testimony* (Harvard: Harvard University Press, 1979); S. Rabner, ‘Evaluating Eyewitness Identification Evidence in the 21st Century’ (2012) 87 *New York University Law Review* 1249.

⁵⁴ S.A. Drizin and R.A. Leo, ‘The Problem of False Confessions in the Post-DNA World’ (2003–2004) 82 *North Carolina Law Review* 891.

⁵⁵ D.M. Risinger, ‘NAS/NRC Report on Forensic Science: A Glass Nine-tenths Full (This is about the Other Tenth)’ (2009) 50 *Jurimetrics* 21.

Risinger trích dẫn một số nghiên cứu thực nghiệm chứng minh rằng 'thông tin gây ra kỳ vọng' như vậy có thể làm sai lệch kết quả của các cuộc kiểm tra pháp y.⁵⁶ Tất nhiên, áp dụng một cách tiếp cận đầy nghi ngờ đối với các bằng chứng có khả năng không đáng tin cậy là một yêu cầu mang tính thời đại, nhưng tất cả đều quá dễ dàng để cảnh sát và các công tố viên đánh mất điều này trong mong muốn giải quyết vụ án, đặc biệt nếu tội phạm là một vấn đề nghiêm trọng. Việc chấp nhận sự giả định vô tội như một thái độ thực tế giúp bảo vệ chống lại điều này.

Nó có thể bị phản đối rằng điều này đang đưa mọi thứ đi quá xa. Chắc chắn là đủ để các quan chức, chuyên gia pháp y, hội thẩm... kiểm chế hoạt động theo một 'giả định có tội'? Có thể nó không đủ để họ đình chỉ tất cả các bản án, không cho là có tội hay vô tội? Richard Posner cho rằng thay vào đó, một nguyên tắc trung lập có thể được sử dụng. Khi bắt đầu phiên tòa, một 'nhân tố không thiên vị' như thẩm phán hoặc bồi thẩm nên bắt đầu với 'tỷ lệ cược trước 1 đến 1... mà công tố viên của vụ án có một trường hợp đáng khen'.⁵⁷ Đôi khi được gọi là 'tỷ lệ cược chẵn' hoặc '50/50', trong đó tỷ lệ cược 1:1 được đưa ra cho một đề xuất cụ thể, điều này thể hiện một đánh giá rằng một đề xuất có khả năng đúng hoặc sai. Tương tự như Packer và Laudan, Posner rõ ràng đề cập đến sự vô tội dựa trên chứng cứ: những người xác minh tình tiết vụ án nên bắt đầu phiên tòa với niềm tin rằng việc truy tố hoặc bào chữa sẽ đóng vai trò ngang nhau. Do đó, có thể đề nghị rằng quyền được xét xử 'công bằng' bởi một 'tòa án độc lập và vô tư', được bảo vệ bởi Điều 6(1) của ECHR và các công ước quốc tế khác,⁵⁸ sẽ yêu cầu một thẩm phán hoặc bồi thẩm đoàn chấp nhận 1:1 của Posner đánh giá, không ủng hộ bị cáo cũng không ủng hộ bên truy tố. Richard Friedman phê phán cách tiếp cận Posner.⁵⁹ Friedman chỉ ra rằng nếu 'Người quan sát' được yêu cầu đánh giá khả năng 'Người qua đường' (một Người quan sát xa lạ gặp trên đường) đã tấn công người hàng xóm của 'Người qua đường' trong một dịp đặc biệt, thì Người quan sát có thể sẽ đánh giá tỷ lệ cược mà Người qua đường đã phạm phải như vậy. tấn công rất thấp: sau tất cả, như Friedman nhắc nhở chúng ta, 'hầu hết mọi người không tấn công dữ dội vào hàng xóm của họ vào hoặc về một ngày nhất định và Người quan sát không có thông tin nào liên quan đến Người qua đường sẽ làm tăng tỷ lệ cược'.⁶⁰ Người đọc được yêu cầu tưởng tượng rằng Người quan sát giờ đã trở thành bồi thẩm và Người qua đường giờ là bị cáo. Nếu khi bắt đầu phiên tòa, bồi thẩm sẽ đánh giá khả năng bị cáo phạm tội đã

⁵⁶ Ibid., 29.

⁵⁷ R. Posner, 'An Economic Approach to the Law of Evidence' (1999) 51 Stanford Law Review 1477, 1514.

⁵⁸ For example, art 11(d) of the Canadian Charter.

⁵⁹ Friedman (n 17 above).

⁶⁰ Ibid., 880.

tấn công người hàng xóm là thậm chí là tỷ lệ cược, điều này chỉ có thể dựa trên sự thay đổi địa điểm. Nói cách khác, bồi thẩm đang cho phép thực tế rằng bị cáo đang bị xét xử như là bằng chứng của tội phạm - và chính sự đánh giá này mà giả định vô tội được thiết kế để ngăn chặn. Do đó Friedman kết luận rằng cách tiếp cận của Posner đã vi phạm giả định vô tội.⁶¹

Một sự nhân cách hóa mang tính ngụ ngôn phổ biến mô tả công lý là một người phụ nữ đang giữ một cái cân, bao gồm một quả cân và hai chảo. Bằng chứng cho việc truy tố là được cân trên một chiếc cân, với bằng chứng cho bị cáo được cân trên cái kia. Theo nguyên tắc trung lập, khi bắt đầu thử nghiệm, người tìm hiểu thực tế nên coi hai chảo cân bằng như nhau. Tiêu chuẩn của bằng chứng - ‘vượt quá sự nghi ngờ hợp lý’, có nghĩa là việc kết án chỉ có thể theo dõi khi bằng chứng khiến thang đo nghiêng rất nhiều để ủng hộ vụ án truy tố bị cáo có tội mà không có nghi ngờ hợp lý nào. Ngược lại với điều này, tôi đề nghị rằng, khi bắt đầu một phiên tòa, những người tìm hiểu thực tế không nên tiếp cận các vị trí công tố và bào chữa tương tự như một tập hợp các thang đo cân bằng. Thay vào đó, giả định vô tội đòi hỏi rằng điểm bắt đầu dành cho một bên của các thang đo được nghiêng về phía bị cáo. Điều này có nghĩa là thay vì truy tố trình bày vụ việc của mình cho các bồi thẩm viên ‘trung lập’ hoặc cởi mở về tội lỗi hoặc sự vô tội của bị cáo, nó phải đối mặt với một cuộc đấu tranh khó khăn để thay đổi suy nghĩ của họ về việc bị cáo không phạm tội trở thành được thuyết phục ngược lại. Yêu cầu về bằng chứng phạm tội lỗi được thiết lập ‘vượt quá sự nghi ngờ hợp lý’, gợi ý cho các bồi thẩm khi nào họ có thể kết án. Giả định vô tội gợi ý cho các bồi thẩm nơi họ phải bắt đầu - với các chảo cân nghiêng về phía ‘không phạm tội’.

Nguyên tắc trung lập không nhận ra rằng chính bị cáo là người mất nhiều nhất. Điều này được phản ánh trong tuyên bố của Blackstone: ‘tốt hơn là mười người có tội thoát tội, hơn là một bên vô tội phải chịu oan sai’.⁶² Câu châm ngôn của Blackstone thường được trích dẫn, nhưng ít khi được giải thích chi tiết.⁶³ Những người khác trích dẫn các tỷ lệ khác nhau, chẳng hạn như 100 người có tội và 1 người vô tội. Một số người đã cố gắng đưa ra một tỷ lệ ‘đúng’, tin rằng tỷ lệ chúng ta quyết định phản ánh mức độ mà chúng tôi đã chuẩn bị để chịu đựng những kết án sai.⁶⁴ Tôi tin rằng việc khắc phục xem chúng ta nên tham khảo ‘10 đến 1’, ‘50 đến

⁶¹ Friedman (n 17 above), 874. Laudan reaches the same conclusion: Truth, Error, and Criminal Law, 105.

⁶² W. Blackstone, Commentaries on the Law of England (1765), 713.

⁶³ As Halvorsen notes, that wrongful convictions are much worse than wrongful acquittals is ‘more or less taken for granted as self-evidently true’. (V. Halvorsen, ‘Is it Better that Ten Guilty Persons Go Free Than that One Innocent Person be Convicted?’ (2004) 23 Criminal Justice Ethics 3).

⁶⁴ Ibid. For an entertaining account of the many different ratios which have been proposed, see A. Volokh, ‘n Guilty Men’ (1997–1998) University of Pennsylvania Law Review 173.

1', hay '100 đến 1' nằm ngoài vấn đề. Nói rằng tốt hơn là 10, 50 hoặc 100 người có tội trốn thoát hơn một bên vô tội phải chịu không có nghĩa là tỷ lệ lỗi trong các kết án sai là 10%, 2% hoặc 1% (tùy trường hợp) là chấp nhận được. Thay vào đó, câu châm ngôn phản ánh tình cảm rằng trong khi chúng tôi chấp nhận rằng không có hệ thống công lý nào có thể không thể sai lầm, chúng tôi coi những kết án sai lầm là một sự bất công đặc biệt nghiêm trọng.⁶⁵ Tại sao điều này nên được như vậy? Cả hai kết quả đều gây bất lợi như nhau đối với nạn nhân của tội ác, vì hung thủ thực sự đã không nhận được sự sa đọa của mình trong cả hai trường hợp. Nhưng với một niềm tin sai lầm, Nhà nước trừng phạt một người vô tội, tước đoạt quyền tự do của anh ta, và thậm chí có thể là cả mạng sống của anh ta trong một số hệ thống pháp luật. Ngay cả trong những trường hợp ít nghiêm trọng hơn mà hình phạt có nhiều khả năng là phạt tiền, một bản án có tội liên quan đến sự kỳ thị và mất danh tiếng. 'Mức độ hà khắc của một bản án hình sự',⁶⁶ có thể bao gồm việc tước bỏ các quyền dân sự, chẳng hạn như quyền ngồi vào bồi thẩm đoàn và quyền bỏ phiếu trong các cuộc bầu cử quốc hội, và tác động đến khả năng tìm kiếm việc làm của người bị kết án. Vì hình phạt liên quan đến sự đối xử khắc nghiệt, nó đòi hỏi sự biện minh mạnh mẽ và thực tế là một người đã bị kết án - rằng anh ta đã được chứng minh ở mức độ chắc chắn cao ('vượt quá sự nghi ngờ hợp lý') đã vi phạm các quy tắc của luật hình sự - để biện minh cho hình phạt. Giả định vô tội nhắc nhở chúng ta rằng trừ khi và cho đến khi một người bị buộc tội tội lỗi được chứng minh vượt quá sự nghi ngờ hợp lý, sau một phiên tòa công bằng và theo thủ tục tố tụng, Nhà nước thiếu tính chính đáng về mặt đạo đức nếu gây ra sự đối xử khắc nghiệt hoặc gây ra hậu quả khó chịu cho công dân. Trong vụ án *In re Winship*,⁶⁷ Tòa án Tối cao Hoa Kỳ nhấn mạnh rằng tất cả chúng ta, với tư cách là công dân, cần phải tự tin rằng nếu chúng ta bị buộc tội, chúng ta không thể bị kết án trừ khi công tố có thể xác định tội của mình ở mức độ chắc chắn cao. Youngjae Lee đưa ra quan điểm tương tự khi lập luận rằng

⁶⁵ Not all authors are persuaded that this is self-evident. Youngjae Lee argues that since the State owes its citizens a duty of physical security, if it has to choose between conviction of defendants using a lower standard of proof, or instead accepting that the higher proof standard will mean that more murderers will be acquitted and thus more innocent citizens will be killed, it is not obvious that the latter is morally preferable. (Y. Lee, 'Deontology, Political Morality, and the State' (2010–2011) 8 *Ohio State Journal of Criminal Law* 385, 391).

⁶⁶ J. Schonsheck, *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1994), 5–6. See also G.J. Chin, 'What are Defence Lawyers For? Links between Collateral Consequences and the Criminal Process' (2012–2013) 45 *Texas Tech Law Review* 151, 152 who argues that 'in many cases, collateral consequences, not fine or imprisonment, are the most significant consequences in criminal cases. ... What is at stake for many defendants facing criminal charges is not a long stretch in prison, but a lifetime with a criminal record. Accordingly, it attorneys want to help clients, they must think about collateral consequences.'

⁶⁷ 397 U.S. 358, 363–364 (1970).

Các biện pháp bảo vệ pháp lý cơ bản được hứa hẹn cho các cá nhân không chỉ đơn thuần là các yêu cầu xuất phát trực tiếp từ các quy tắc đạo đức mà chỉ ra cách các cá nhân nên đối xử với nhau. Chúng cũng thể hiện mối quan hệ đúng đắn giữa chính phủ và chính quyền, và họ là một trong nhiều điều kiện gắn liền với sự chiếm hữu độc quyền của chính phủ và sử dụng quyền lực để hình sự hóa và trừng phạt.⁶⁸

Các biện pháp bảo vệ pháp lý mà Lee ủng hộ là yêu cầu chứng minh vượt quá sự nghi ngờ hợp lý và nguyên tắc trừng phạt không được vượt quá mức đáng bị phạt, nhưng có thể nói như vậy - và đó là trọng tâm của lập luận của tôi - rằng giả định vô tội là một sự bảo vệ pháp lý phản ánh mối quan hệ đúng đắn nên được áp dụng giữa công dân và Nhà nước.

Tuy nhiên, có thể lập luận rằng việc không kết án một kẻ giết người có tội, chẳng hạn, sẽ dẫn đến mất mạng nhiều hơn, vì kẻ giết người có thể tiếp tục giết thêm người. Tuy nhiên, một kết án sai lầm không thay đổi điều này: kẻ giết người thực sự vẫn được tự do để tiếp tục giết người. Có lẽ việc kết án sai sẽ ngăn chặn một số vụ giết người, vì sự hiểu biết rằng một người đã bị cầm tù, hoặc thậm chí bị xử tử, vì tội giết người có thể ngăn chặn những kẻ giết người khác. Trên cơ sở này, một kết án sai có thể được cho là hợp lý trên cơ sở thực dụng. Tuy nhiên, ngay cả khi Bentham chấp nhận, việc phát hiện ra rằng một người vô tội đã bị kết án - hoặc thậm chí nghi ngờ rằng điều này có thể là như vậy - có thể có tác động bất lợi hơn nhiều đối với niềm tin của mọi người đối với quá trình phạm tội so với kiến thức mà một số người có tội quản lý thoát khỏi sự trừng phạt nghiêm khắc. Xã hội đó cần phải tự tin rằng những người bị kết án trên thực tế là có tội cũng bị Tòa án nhân mạnh trong vụ *Winship*. Ở England, sau một loạt các kết án sai, Chính phủ Vương Quốc Anh đã thành lập một Ủy ban Hoàng gia để khuyến nghị thay đổi quy trình tố tụng hình sự. Ủy ban lưu ý:

Phần lớn các phiên tòa hình sự được thực hiện theo cách mà tất cả những người tham gia coi là công bằng, và chúng tôi thấy không có lý do nào để tin rằng phần lớn các bản án, dù có tội hay không có tội, đều không đúng... Các trường hợp mà hệ thống được coi là đã thất bại nằm ngoài tỷ lệ với số lượng của chúng.⁶⁹

Mất niềm tin của công chúng vào các phiên tòa hình sự có thể dẫn đến ít tội phạm hơn được báo cáo cho cảnh sát, nhân chứng ngại ngần, và kêu gọi cải cách

⁶⁸ N 65 above, 399.

⁶⁹ Royal Commission on Criminal Justice, Report, Cmnd 2263, London: HMSO, 1993.

quy trình tố tụng hình sự.⁷⁰ Do đó, giả định vô tội có giá trị phương tiện cao: nó giúp bảo đảm sự đúng đắn của các bản án, làm giảm khả năng những người vô tội thực sự bị kết án và góp phần tạo niềm tin của công chúng vào hệ thống tư pháp. Giá trị quy phạm của nó cũng không kém phần quan trọng: nó truyền tải một thông điệp quan trọng về mối quan hệ phải tồn tại giữa cá nhân (nghị phạm/bị cáo) và Nhà nước. Nó nhắc nhở những người tiến hành tố tụng rằng họ phải nỗ lực để đối xử với bị cáo như đối xử với bất kỳ công dân nào khác. Nó cũng thông báo cho các bị cáo rằng anh ta vẫn là một phần của xã hội, với địa vị và quyền, mặc dù bị nghi ngờ vi phạm các quy tắc của xã hội. Do đó, Thomas Weigend cho rằng giả định này hướng dẫn các quan chức thực thi pháp luật:

'Giả sử rằng nghi phạm không phạm tội và sau đó tự hỏi liệu bạn có thể làm gì với anh ta những gì bạn định làm không'. Theo tiêu chuẩn đó, mọi can thiệp vào quyền của nghi phạm là bất hợp pháp trừ khi có thể dựa trên các căn cứ hợp lệ khác với một giả định rằng anh ta thực sự có tội.⁷¹

VIII. KHẢ NĂNG ÁP DỤNG

Việc chấp nhận giả định vô tội như một thái độ thực tế có ý nghĩa ở một số điểm trong tố tụng hình sự, từ nghi ngờ đầu tiên về hành vi sai trái đến giai đoạn kết án cuối cùng. Một khảo cứu chi tiết về một vấn đề trong số này cũng có thể xứng đáng với một bài viết theo đúng nghĩa của nó: những gì sau đây là một bản phác thảo ngắn gọn.

8.1. Quyền hạn của cảnh sát

Quyền hạn của cảnh sát về truy tìm, giam giữ và thẩm vấn gần như luôn luôn vi phạm các quyền của cá nhân về riêng tư, tự chủ thân thể và tự do. Nhà nước thường xuyên tước bỏ những quyền này từ những người bị kết án - và sự kết án mà biện minh cho sự tước bỏ đó. Do đó, khi xây dựng các quy tắc về quyền hạn của cảnh sát, các nhà lập pháp nên ghi nhớ rằng những điều này sẽ áp dụng cho 'nghị phạm', không phải 'người bị kết tội', tức là đối với những người được cho là vô tội. Nói chung, các lực lượng cảnh sát ngăn chặn, giam giữ, đặt câu hỏi hoặc tìm kiếm công dân đang phụ thuộc vào họ có 'nghi ngờ hợp lý' hoặc 'nguyên nhân có thể' khiến cho tin rằng người bị giam giữ hoặc truy tìm đã phạm tội hình sự.⁷² Giả định vô tội nhắc nhở các nhân viên thực thi pháp luật rằng họ phải thực thi quyền hạn

⁷⁰ R. Ricciardelli, J.G. Bell and K.A. Clow, 'Student Attitudes toward Wrongful Conviction' (2009) 51 Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice 411, 413.

⁷¹ N 15 above, 196. See also T. Weigend, 'Assuming that the Defendant is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy 285, 287.

⁷² There are, however, exceptions to the general rule that reasonable suspicion is required. Controversially, the Terrorism Act 2000 gave the police in the UK power to stop, search and detain individuals in certain designated areas, without reasonable suspicion.

của mình với sự kiềm chế. Nếu sự nghi ngờ hợp lý/nguyên nhân có thể xảy ra đồng nghĩa với sự phạm tội, thì quyền lực cảnh sát rộng lớn hơn sẽ được cho phép. Thay vào đó, giả định vô tội hỗ trợ cho nhu cầu về cách tiếp cận tối giản: sự nghi ngờ hợp lý có thể biện minh cho việc giam giữ một cá nhân, nhưng chỉ trong một khoảng thời gian giới hạn (và tương đối ngắn), không phải là vô thời hạn. Nghi ngờ hợp lý có thể đủ để biện minh cho việc khám người bên ngoài, nhưng đối với các biện pháp ngăn chặn ảnh hưởng quyền lớn hơn, các hệ thống pháp lý thường yêu cầu lệnh của tòa án, với lý do nghi ngờ được xác minh bởi một thành viên của cơ quan tư pháp. Giám sát tư pháp là cần thiết cho những truy tìm xâm phạm quyền này, vì với tư cách là một trọng tài viên trung lập, một thẩm phán sẽ cảm thấy dễ dàng hơn một sĩ quan cảnh sát hoặc công tố viên để ghi nhớ các yêu cầu của sự giả định vô tội cho nghi phạm khi cân nhắc giá trị của cuộc điều tra chống lại sự xâm phạm quyền riêng tư không thể tránh khỏi.

Khi giả định vô tội được coi là một khía cạnh, hoặc thậm chí tương đương với trách nhiệm chứng minh, điều này sẽ ảnh hưởng đến quan niệm rằng một người bị buộc tội không nên hợp tác với nhà nước dưới bất kỳ hình thức nào, trước hoặc trong phiên tòa: Nhà nước phải chứng minh tội phạm vượt quá sự nghi ngờ hợp lý, tại sao bị cáo phải được mong đợi, ít yêu cầu hơn, để làm cho công việc này dễ dàng hơn? Đây không phải là một cách tiếp cận hữu ích. Nó không phù hợp với giả định vô tội để yêu cầu một nghi phạm hợp tác ở một mức độ nào đó với cuộc điều tra của cảnh sát. Rõ ràng, một sự cân bằng phải được đánh vào giữa lợi ích của bị cáo (vô tội) và những người của Nhà nước trong việc điều tra tội phạm và trừng phạt người phạm tội. Nếu giả định vô tội được hiểu là có nghĩa bạn sẽ không hợp tác vì sợ bạn sẽ giúp công tố thành lập vụ kiện chống lại bạn, điều này chắc chắn có nghĩa là chúng tôi đang hoạt động theo giả định có tội! Trường hợp một cáo buộc đáng tin cậy về hành vi sai trái đã được đưa ra chống lại ai đó thì điều này phải được điều tra nghiêm ngặt và, nếu cần, được kiểm tra tại phiên tòa. Chấp nhận sự giả định vô tội như một thái độ thực tế có nghĩa là trong quá trình này, nghi phạm phải được tôn trọng và đối xử theo cách giữ gìn phẩm giá của họ. Họ có thể được mời tham dự buổi thẩm vấn tại đồn cảnh sát. Nếu họ không sẵn lòng đến, chúng ta có thể buộc họ phải làm như vậy, nhưng chỉ là phương sách cuối cùng. Trong đồn cảnh sát, chúng ta không từ chối họ giải khát hoặc nghỉ ngơi thoải mái, và chúng tôi cố gắng giảm thiểu khoảng thời gian mà chúng tôi tước đoạt tự do. Chúng tôi có thể yêu cầu nghi phạm cung cấp dấu vân tay, v.v ... Một người chống lại sự nghi ngờ hợp lý về hành vi sai trái vừa có trách nhiệm đạo đức vừa là nghĩa vụ pháp lý để hỗ trợ điều tra: nghĩa vụ đạo đức phát sinh bởi vì, là công dân, chúng ta nên sẵn sàng

đổi mặt với những lời buộc tội. Phạm vi của nghĩa vụ pháp lý sẽ thay đổi từ thẩm quyền này sang thẩm quyền khác. Ví dụ, ở Scotland, luật pháp yêu cầu nghi phạm cung cấp một số chi tiết nhất định sẽ cho phép danh tính của họ được cảnh sát xác minh, nhưng họ không cần trả lời bất kỳ câu hỏi nào khác.⁷³ Giống ở Scotland, nghi phạm bị cảnh sát giam giữ ở Mỹ có đặc quyền chống lại sự tự buộc tội.⁷⁴ Ngược lại, ở England, một nghi phạm phải cung cấp chi tiết về các biện pháp phòng vệ trong khi cảnh sát thẩm vấn, hoặc có nguy cơ suy luận bất lợi được tìm thấy bởi người điều tra được đưa ra lần đầu tiên tại phiên tòa.⁷⁵ Những hệ thống trong số các hệ thống pháp luật này đưa ra cách tiếp cận đúng đắn về mức độ hợp tác xã hội có quyền mong đợi từ một nghi phạm nằm ngoài phạm vi của bài viết này; vấn đề là ở mỗi hệ thống pháp luật, cảnh sát có thể nói đúng với một nghi phạm: ‘Là một người vô tội được cho là [i.e. mặc dù bạn có thể vô tội] bạn có nghĩa vụ hợp tác với nhau’.

8.2 Giam giữ trước khi xét xử

Việc áp dụng một giả định vô tội theo nghĩa rộng có thể có ý nghĩa đối với các khía cạnh khác của việc đối xử với công dân trước khi xét xử, ví dụ, liên quan đến việc sử dụng hồ sơ chủng tộc,⁷⁶ nhưng nó gây tranh cãi nhất đối với việc giam giữ trước khi xét xử. Ủy ban cải cách luật pháp Ireland (ILRC) lưu ý hai cách tiếp cận có thể được thực hiện ở đây.⁷⁷ Cách tiếp cận phổ biến hơn, như được mô tả trước đây, coi giả định là một quy tắc tổ tụng chỉ hoạt động trong phiên tòa hình sự và không có ứng dụng bên ngoài diễn đàn đó. Thứ hai coi đó là ‘một nguyên tắc chi phối tất cả các giai đoạn của quá trình phạm tội’:

Nếu quan điểm đầu tiên của giả định là chính xác, thì không nhất thiết phải áp đặt các hạn chế đối với các bị cáo được thiết kế để đảm bảo các mục đích khác ngoài việc tham dự phiên tòa. Do đó, giam giữ trước khi xét xử để ngăn chặn tội phạm sẽ được chấp nhận. Tuy nhiên, nếu quan điểm thứ hai về giả định vô tội được thông qua, các hạn chế trước khi xét xử, nếu có,

⁷³ Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, s. 14(9): ‘A person detained [by the police for questioning]... shall be under no obligation to answer any question other than to give the information mentioned in subsection (10) below, and a constable shall so inform him both on so detaining him and on arrival at the police station or other premises.’ Section 14(10): ‘That information is – (a)the person’s name; (b)the person’s address; (c)the person’s date of birth; (d)the person’s place of birth ... and (e)the person’s nationality.’

⁷⁴ *Miranda v Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Edwards v Arizona* 451 U.S. 477 (1981).

⁷⁵ Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 34: ‘Where, in any proceedings against a person for an offence, evidence is given that the accused ... on being questioned under caution by a constable trying to discover whether or by whom the offence had been committed, failed to mention any fact relied on in his defence in those proceedings ... the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the failure as appear proper.’ For criticism of the provision see D. Birch, ‘Suffering in Silence: a Cost-Benefit Analysis of Section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994’ [1999] *Crim. L.R.* 769; J. Jackson, ‘Silence and Proof: Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom’ (2001) *International Journal of Evidence & Proof* 145.

⁷⁶ DeAngelis (n 43 above).

⁷⁷ Law Reform Commission of Ireland, Report on an Examination of the Law of Bail (LRC 50–1995).

phải tối thiểu và phải được thiết kế để đảm bảo rằng phiên tòa của anh ta sẽ diễn ra.⁷⁸

Năm 1951, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ tuyên bố rằng việc không công nhận quyền được tại ngoại trước khi xét xử sẽ khiến cho việc giả định vô tội trở nên vô nghĩa,⁷⁹ nhưng đến năm 1979, Tòa án đã đưa ra kết luận ngược lại, cho rằng giả định 'không áp dụng quyết định của quyền của một người bị giam giữ trước khi bị giam cầm trước khi phiên tòa của anh ta bắt đầu'.⁸⁰ Ngược lại, các tòa án ở Ireland thông qua quan điểm thứ hai được mô tả bởi ILRC.⁸¹ Ngoài ra còn có một giả định ủng hộ bảo lãnh trong cả luật pháp của England và Scotland,⁸² nhưng điều này thường được giải thích là được đòi hỏi bởi quyền tự do. Tuy nhiên, như chúng ta đã thấy, một người bị kết án không có quyền như vậy, do đó, sự giả định vô tội một lần nữa nhắc nhở chúng ta rằng vì một bị cáo không được đối xử như thể anh ta đã bị kết tội, việc giam giữ trước khi xét xử có thể được biện minh căn cứ rằng bị cáo 'có tội'. Bảo lãnh có thể bị từ chối đối với người trước đó đã bỏ trốn ở giai đoạn trước phiên tòa, vì họ đã cho thấy rằng có rủi ro họ có thể bỏ trốn.⁸³ Đó là quá khứ, hành vi được xác định (không thể đưa ra xét xử) mà biện minh cho việc từ chối bảo lãnh, thay vì một giả định rằng họ có tội về tội danh hiện tại này. Trong trường hợp phạm tội nghiêm trọng như giết người, có thể hợp lý khi đưa ra các quyết định bảo lãnh dựa trên sự khái quát hóa: nếu đó là trường hợp những người được tại ngoại với tội danh giết người thường cố gắng bỏ trốn, một cơ quan tài phán có thể áp dụng chính sách từ bỏ giam giữ tất cả những người phải đối mặt với cáo buộc như vậy. Điều này không ngụ ý rằng tất cả những người bị buộc tội giết người đều có tội như bị buộc tội. Bỏ trốn trước khi xét xử có thể không đồng nghĩa với sự có tội: trong một số trường hợp, ngay cả một bị cáo vô tội cũng có thể đánh giá cơ hội được tha bổng là thấp. Mặc dù tại ngoại có thể bị từ chối vì mục đích phòng chống tội phạm do những cáo buộc trước đó của bị cáo - hồ sơ của một người cho chúng ta biết về xu hướng hành xử theo một kiểu cụ thể trong tương lai - không thể bị từ chối vì lý do chỉ bị buộc tội vì điều này tội phạm, thật hợp lý khi kết luận rằng một bị cáo có thể

⁷⁸ Ibid., para 5.29.

⁷⁹ *Stack v Boyle* 342 US 1, 3 (1951).

⁸⁰ *Bell v Wolfish* 441 US 520, 533 (1979). This is also the position in Canada: *R v Pearson* (1993) 17 C.R. (4th) 1, 77 CCC (3rd) 124. For a history of bail in the USA, see: M.J. Hegreness, 'America's Fundamental and Vanishing Right to Bail' (2013) 55 *Arizona Law Review* 909. See also D. Kiselbach, 'Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence' (1989) 31 *Criminal Law Quarterly* 168.

⁸¹ O'Callaghan [1966] IR 501. This is also the approach taken in New South Wales: P. Shrestha, 'Two Steps Back: The Presumption of Innocence and Changes to the Bail Act 2013 (NSW)' (2015) 37 *Sydney Law Review* 47.

⁸² England: *Bail Act 1976*, s 4; Scotland: *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, s 23B.

⁸³ See the *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, s. 23C(1)(a) which allows a court to refuse bail if there is a 'substantial risk' that the accused might abscond or fail to appear at the trial diet.

‘phạm thêm tội ác’ trong khi chờ xét xử. Tương tự, trong khi sức mạnh của vụ kiện chống lại bị cáo có thể được tính đến trong việc xác định rủi ro của việc bỏ trốn, thì không nên từ chối chỉ dựa vào tính nghiêm trọng của vụ án, vì đây là vấn đề phải được quyết định tại phiên tòa.⁸⁴

Tòa án Nhân quyền Châu Âu (ECtHR) đã tuyên bố nhiều lần⁸⁵ rằng các quốc gia thành viên phải ‘lưu ý đúng mức đến nguyên tắc giả định vô tội’ để đảm bảo rằng việc giam giữ trước khi xét xử không vượt quá thời gian hợp lý, theo yêu cầu của Điều 6(1) của ECHR.⁸⁶ Tất nhiên, có thể lập luận rằng ‘lưu ý đúng mức’ đến sự giả định vô tội có nghĩa là bất kỳ hạn chế nào được áp đặt khi bảo lãnh được chấp nhận đều không chính đáng; xét cho cùng, chúng ta không đưa các công dân không bị buộc tội phải chịu các hình thức tự do có điều kiện. Giả định vô tội cho chúng ta biết rằng nếu các điều kiện được áp dụng trong việc cấp bảo lãnh, thì những điều này nên được hướng đến để đảm bảo rằng phiên tòa diễn ra, thay vì dựa trên giả định rằng bị cáo đã phạm tội mà anh ta bị buộc tội.⁸⁷

Áp dụng giả định vô tội như một thái độ thực tế cũng có nghĩa là khi từ chối bảo lãnh và nghi phạm bị tạm giam chờ xét xử, các điều kiện trong đó họ bị giam giữ phải phản ánh tình trạng vô tội/không được xét xử của họ. Vì vậy, họ nên được tách biệt khỏi các tù nhân bị kết án, được phép mặc quần áo của họ, được quyền có nhiều giờ thăm viếng hào phóng hơn và được tiếp cận nhiều hơn với các cố vấn pháp lý. Trong khi những sự phân biệt này được công nhận trong một số khu vực tài phán (ví dụ, Scotland), các điều kiện ở nơi khác ít thuận lợi hơn với các tù nhân chưa được giam giữ trong điều kiện tồi tệ hơn so với tội phạm bị kết án.⁸⁸ Nếu giả định vô tội là không liên quan đến vấn đề bảo lãnh hoặc điều kiện bị tạm giam, thì mong muốn của chúng tôi để giảm thiểu việc giam giữ trước khi xét xử sẽ xuất phát từ những lo ngại về sự xuống cấp của bằng chứng, hoặc sự chậm trễ, căng thẳng gây

⁸⁴ See R.A. Duff, ‘Pre-trial Detention and the Presumption of Innocence’ in A. Ashworth, L. Zedner and P. Tomlin (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 115; L. Stevens, ‘The Meaning of the Presumption of Innocence for Pre-trial Detention: An Empirical Approach’ (2013) 42 *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 239.

⁸⁵ *Letellier v France* (1991) 14 EHRR 83, para 35. See also *B v Austria* (1990) 13 EHRR 20, para 42; *Yargci and Sargin v Turkey* (1995), 20 EHRR 505, para 50.

⁸⁶ See also art 5(3) of the ECHR; art 14(3)(c) of the International Covenant on Civil and Political Rights; art 7.5 of the American Convention on Human Rights; art 20(4)(c) and art 21(4)(c) of the Statutes of the International Criminal Tribunals for Rwanda and for the former Yugoslavia, respectively; art 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; and art 7(1)(d) of the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

⁸⁷ Art 5(3) of the ECHR provides that accused persons have a right ‘to trial within a reasonable time or to release pending trial’ and expressly states that pre-trial release ‘may be conditioned by guarantees to appear for trial.’ For an analysis of this in relation to English law, see P. Leach, ‘Automatic Denial of Bail and the European Convention’ (1999) *Criminal Law Review* 300.

⁸⁸ See R.L. Lippke, ‘Preventive Pre-trial Detention without Punishment’ (2014) 20 *Res Publica* 111, 112.

ra cho các nhân chứng, thay vì từ quan niệm tước đoạt tự do là một cách không được chấp nhận để đối xử với một người được giả định vô tội.

8.3 Đề xuất trước khi xét xử hoặc sau khi kết án về sự phạm tội

Ở một số tiểu bang của Hoa Kỳ, nạn nhân và các thành viên gia đình của họ được phép mặc áo phông, nút hoặc ruy băng, hoặc hiển thị các dấu hiệu bằng văn bản khác trước tòa cho thấy rằng bị cáo có tội.⁸⁹ Thực tiễn này không phù hợp với giả định vô tội: thiết lập sự có tội là chức năng của công tố. Như vậy, trong phiên tòa và trước khi đưa ra phán quyết, chỉ nên cho phép bên truy tố có thể nêu ra việc bị cáo thực sự có tội. Một vấn đề nữa là cái gọi là ‘dẫn giải tội phạm’ (perp walk), trong đó một vụ bắt giữ nghi phạm được cảnh sát hoặc công tố viên đưa ra trước công chúng, khi các phóng viên và máy quay tin tức có mặt, để làm nhục nghi phạm và khuyến khích nhận tội.⁹⁰ Những thách thức đối với thực tiễn đã tập trung vào việc liệu nó có vi phạm Tu chính án thứ tư của Hiến pháp Hoa Kỳ nhằm bảo vệ quyền công dân của mình về quyền riêng tư trước những điều tra và bắt giữ vô lý hay không.⁹¹ Giả định vô tội nói chung không được áp dụng ở đây vì như chúng tôi đã lưu ý, các tòa án Hoa Kỳ coi giả định vô tội không áp dụng trước xét xử. Tôi đề nghị rằng việc đi bộ perp là vi phạm giả định vô tội: ngay cả thuật ngữ ‘dẫn giải tội phạm’ gợi ý rằng người bị bắt là người có tội.

Cách tiếp cận được nêu trong bài viết này cũng có nghĩa là trước khi xét xử hoặc sau khi được tha bổng, không nên có ý kiến nào của cảnh sát, công tố viên hoặc thẩm phán đưa ra ấn tượng rằng thực tế bị cáo phạm tội. Đây thực sự là lập trường đã được ECtHR đưa ra, đã nhiều lần cho rằng sự bảo vệ được bảo đảm bởi Art 6 (2) vượt ra ngoài phiên tòa hình sự đối với các tình huống khác mà nhà nước có thể được cho là đang áp dụng giả định vô tội.⁹² Do đó, Tòa án đã tuyên bố rằng

⁸⁹ See S. Elizabeth, ‘The Newest Spectator Sport: Why Extending Victims’ Rights to the Spectators’ Gallery Eroded the Presumption of Innocence’ (2008) 58 *Duke Law Journal* 275.

⁹⁰ K.J. Kaiser, ‘Twenty-first Century Stocks and Pillory: Perp Walks as Pretrial Punishment’ (2002–2003) 88 *Iowa Law Review* 1205. In *Government of the United States of America v Tollman* [2008] EWHC 184 the (English) court had to determine whether the defendants should be extradited to the USA. The court at first instance described as ‘reprehensible’ the US Prosecuting Attorney’s comment that he was looking forward to having ‘a perp walk’: ‘By this he meant that he intended to walk publicly through the streets of New York, from the processing centre to the courthouse, with Mrs Tollman handcuffed and in leg-irons for the benefit of the press’ [para 38].

⁹¹ Kaiser, *ibid.* See also R. Hagglund, ‘Constitutional Protections Against the Harms to Suspects in Custody Stemming from Perp Walks’ (2011–2012) 81 *Mississippi Law Journal* 1757; P. Paciocco, ‘Pilloried in the Press: Rethinking the Constitutional Status of the American Perp Walk’ (2013) 16 *New Criminal Law Review*

⁹² Cases include *Sekanina v Austria* (1993) 17 EHR 221; *Rushiti v Austria* (2000) 33 EHR 1331; *Hussain v United Kingdom* (2006) 43 EHR 22; *Geerings v Netherlands*, [2007] ECHR 191. For a helpful summary see L. Campbell, ‘A Rightsbased Analysis of DNA Retention: Non-conviction Databases and the Liberal State’ (2010) *Crim LR* 889.

giả định hoạt động trước khi các thủ tục tố tụng hình sự đang chờ xử lý,⁹³ và có thể tồn tại sau khi ngừng các thủ tục tố tụng đó, hoặc sau khi được tha bổng. Trong vụ án gần đây *Cleve v Germany*,⁹⁴ Tòa án nhắc lại rằng giả định vô tội bảo vệ những người đã bị buộc tội hình sự khỏi bị các quan chức và chính quyền đối xử như thể họ thực sự có tội.⁹⁵

8.4 Biểu quyết đa số trong bồi thẩm đoàn

Nếu công tố không thể xác định được sự phạm tội vượt quá sự nghi ngờ hợp lý, thì giả định vô tội có nghĩa là bị cáo có quyền được hưởng phán quyết 'không phạm tội'. Điều này có hậu quả cho biểu quyết đa số trong bồi thẩm đoàn. Tại Scotland, 8 trong số 15 bồi thẩm đoàn phải ủng hộ kết án trước khi bản án có tội có thể được trả lại. Như Gerry Maher đã lập luận, có một câu hỏi đặt ra là liệu một bản án mà 7 bồi thẩm có ít nhất một nghi ngờ hợp lý về tội lỗi có thể được đồng nhất với sự chứng minh vượt quá sự nghi ngờ hợp lý hoặc sự tương thích với giả định vô tội.⁹⁶ Các nhà bình luận có truyền thống dựa trên yêu cầu về bằng chứng chứng thực như một sự biện minh cho phán quyết của đa số. Vào năm 2013, Chính phủ Scotland đã bày tỏ ý định bãi bỏ yêu cầu về sự làm chứng, khiến cho việc xem xét lại phán quyết 'đa số đơn giản'.⁹⁷ Trái ngược với điều này, một bồi thẩm đoàn hình sự England bao gồm 12 bồi thẩm, ít nhất 10 người trong số họ phải bỏ phiếu ủng hộ kết án hoặc tha bổng, nếu không sẽ tái thẩm. Sự tha bổng đó không phải là kết quả ngay cả khi 9 trong số 12 bồi thẩm ủng hộ một phán quyết 'không có tội' đã bị chỉ trích là trái với giả định vô tội.⁹⁸

8.5 Lưu giữ mẫu DNA

Giả định này có thể có những ứng dụng khác sau phiên tòa, liên quan đến việc Nhà nước lấy mẫu DNA được giữ lại từ các nghi phạm đã được tha bổng sau đó. Trong vụ án *S và Marper v UK*,⁹⁹ ECtHR đã phát hiện ra rằng việc giữ lại các mẫu như vậy có thể vi phạm Điều 8 của ECHR (quyền riêng tư) và nhận xét về sự kỳ thị liên quan đến việc giữ lại như vậy. Liz Campbell đã lập luận rằng việc giữ lại DNA 'biểu thị một mức độ không tin tưởng đối với các công chức nhà nước về tội phạm

⁹³ *Allet de Ribemont v France* App No 15175/89 (1995) 20 EHRR 557. See also *Butkevicius v Lithuania* App No 48297/99 (ECHR, 26 March 2002). Accused persons in France now have a right not to be referred to as if guilty, prior to trial: see F. Quintard-Morinas, 'The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions' (2010) 58 *American Journal of Comparative Law* 107, 140.

⁹⁴ App. No. 48144/09; [2015] ECHR 35.

⁹⁵ *Ibid.*, para 35.

⁹⁶ G. Maher, 'Jury Verdicts and the Presumption of Innocence' (1982) 3 *Legal Studies* 146.

⁹⁷ Scottish Government, *Reforming Scots Criminal Law and Practice: Additional Safeguards Following the Removal of the Requirement for Corroboration* (Consultation Paper 2013). For an analysis and critique see J. Chalmers and F. Leverick, 'Majority Jury Verdicts' (2013) 17 *Edinburgh Law Review* 90.

⁹⁸ Maher (n 96 above).

⁹⁹ (2009) 48 EHRR 50 [119].

trong tương lai của người [có mẫu được giữ lại] và khả năng tái phạm của người đó, và do đó dường như liên quan đến giả định của sự vô tội'.¹⁰⁰ Một mức độ ngờ vực như vậy có thể được biện minh khi một người đã bị kết án về một tội phạm nghiêm trọng, nhưng có lẽ không nên là một lý do đủ để làm án tích cho một người mà tội phạm chưa được tòa án xác lập.¹⁰¹

IX KẾT LUẬN

Bài viết này đề xuất cần áp dụng nguyên tắc giả định vô tội rộng rãi hơn, cho thấy rằng nó được coi là một thái độ thực tế nên được áp dụng bởi những người tham gia hệ thống tư pháp. Việc áp dụng phương pháp tiếp cận quy phạm và mở rộng hơn này dẫn đến việc đánh giá lại thủ tục hình sự trước khi xét xử, thủ tục xét xử và một số khía cạnh của việc xử lý sau xét xử của những người được tha bổng. Nó cũng khuyến khích cả các người tiến hành/tham gia tố tụng chuyên nghiệp và không chuyên nghiệp (bồi thẩm đoàn) áp dụng thái độ thẩm vấn đối với bằng chứng, đặc biệt là các dạng bằng chứng có khả năng có vấn đề có khả năng dẫn đến oan sai. Cách tiếp cận truyền thống trong đó giả định vô tội chỉ áp dụng cho phiên tòa khiến cho những người bị buộc tội cũng như những người đã bị xét xử nhưng được tha bổng, có nguy cơ bị đối xử kém thuận lợi hơn các công dân khác. Đối xử với sự giả định vô tội như một thái độ thực tế nhắc nhở chúng ta rằng những bị cáo hoặc nghi phạm không được đánh đồng với những người có tội chính thức được chứng minh.

¹⁰⁰ L. Campbell, 'Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence' (2013) 76 *Modern Law Review* 681, 687.

¹⁰¹ See also Campbell (n 92 above).

LỜI CẢM ƠN

Tôi biết ơn Giáo sư Fraser Davidson, Giáo sư Antony Duff, Giáo sư Peter Duff và Ông Robin White vì những bình luận hữu ích, và cũng cho những người đánh giá bài báo này về những gợi ý của họ. Những thiếu sót còn lại là của tôi.

Truy cập mở (Open Access). Bài viết này được phân phối theo các điều khoản của Giấy phép quốc tế Creative Commons Attribution 4.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), cho phép sử dụng, phân phối và sao chép không hạn chế trong bất kỳ phương tiện nào, miễn là bạn cung cấp tín dụng phù hợp cho (các) tác giả gốc và nguồn, cung cấp liên kết đến giấy phép Creative Commons và cho biết nếu thay đổi được thực hiện.