

Critique de l'Ordonnance émergence du concept

Le grand bouillonnement intellectuel que connaît le XVIII^{ème} siècle ne manque pas de toucher le milieu judiciaire. Les écrits des Lumières qui examinent une autre grille de lecture des droits de l'individu face à l'autorité, entreprennent une réflexion générale sur une justice obsolète, coûteuse et incompréhensible, et plus spécifiquement sur une justice criminelle imparfaite source d'erreurs judiciaires (²⁹⁸) et qui émeuvent l'opinion publique. L'intérêt porté aux systèmes judiciaires étrangers, forgeait l'idée que les règles procédurales organisant le procès pénal de l'Ancien régime étaient inadaptées aux idées nouvelles qui voulaient consacrer le principe d'une liberté individuelle face aux cadres organisationnels de la société d'Ancien régime.

Certains représentants du monde judiciaire vont critiquer l'Ordonnance criminelle de 1670 qui, en reprenant les précédentes ordonnances de 1498 et de 1539, avait pérennisé une procédure secrète et inquisitoire où s'inscrivait un rapport d'inégalité entre le juge qui savait, parce qu'il avait accès au dossier, et l'accusé qui ignorait tout parce ce même dossier lui était inaccessible. Ce déséquilibre procédural trouvait son explication dans un schéma intellectuel qui amenait le juge à voir dans l'accusé un coupable en devenir. En décider autrement, c'est-à-dire en neutralisant son regard sur ce dernier jusqu'à ce qu'une décision de justice soit rendue, ne pouvait se concevoir, ce qui paralysait toute émergence d'un droit à l'innocence.

Le système de la preuve légale consubstantiel de la procédure fixée par l'Ordonnance criminelle de 1670 n'avait d'autre conséquence que d'enchaîner le juge. Les actions ou exceptions dont disposait l'accusé pour

²⁹⁸ Ce que souligne un magistrat des Lumières qui s'écrie "*Ayons le courage de nous rappeler le souvenir de ces histoires consignées dans toutes les archives de magistrature ; de ces fatales erreurs qui ont fait périr l'innocence sous les apparences du crime. Juges malheureux mais excusables, vain jouet d'un hasard cruel qui se plaisoit à marquer une tête innocente de tous les caractères du crime*", SERVAN (Joseph Michel Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1768, p. 61.

s'opposer à l'accusation lancée contre lui, et qui consistaient à contester la régularité des actes d'instruction ou la déposition des témoins par le dépôt de requêtes, à faire juger de la partialité du juge, ne pouvaient réellement constituer, bien que les criminalistes continuent à considérer que ce formalisme procédural soit la garantie d'un jugement équitable, de véritables droits de la défense. La preuve pénale construite suivant des règles minutieuses et quantifiables, interdisait en effet que l'accusé soit regardé comme innocent dès le début de la procédure. Le juge devait démontrer la culpabilité de ce dernier.

La critique naissante sur cette justice criminelle estimait nécessaire d'améliorer un texte peu protecteur des libertés individuelles. Selon ses détracteurs, il fallait améliorer la démarche qui amenait à constater la culpabilité de l'accusé. Cette volonté de changement, sur le statut procédural de l'accusé, se concrétisera à la veille de la Révolution (Section 1). Le principe d'un droit à l'innocence reconnu à l'accusé, durant la phase d'instruction, et lors de l'audience de jugement allait être, indirectement, consacré par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. (Section 2).

Section 1 Une justice criminelle remise en cause

Section 2 Un milieu judiciaire qui évoque des idées nouvelles

Section 1. Une justice criminelle remise en cause

L'administration de la preuve pénale décrite par les criminalistes, fait l'objet de critiques de plus en plus vives. La *preuve pleine et entière*, pierre angulaire du système, parce qu'elle contraint juge, non seulement dans la quête de la vérité, mais aussi dans la décision qu'il doit prononcer, se trouve remise en question car elle méconnaît les droits de la défense (Paragraphe 1). Mais surtout, l'abandon progressif de la question, complément nécessaire de cette preuve, au profit d'une intime conviction, constitue le ferment d'un droit à l'innocence (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La preuve pénale en question.

Pour la doctrine du XVIII^{ème} siècle, la recherche d'une preuve objective protège l'accusé puisqu'elle se forme sur des règles préalablement définies et indépendamment de l'appréciation personnelle du juge. Pour autant des critiques existent qui évoquent non seulement un droit à l'innocence (A) mais aussi le caractère plus protecteur d'une preuve conviction (B).

A) Un droit à l'innocence évoqué

En 1715, la mort de Louis XIV ne fait pas disparaître ce que l'on appelait "la doctrine du grand siècle". Construite sur le nécessaire respect de la volonté divine et de ses représentants sur terre, elle imprime une ligne de conduite qui organise non seulement les mentalités, mais aussi les actions des sujets du roi de France en posant le principe que "*la société fondée sur l'obéissance sera défendue contre tout désordre [...]. Commandés, punis, récompensés par les décisions souveraines du prêtre et du roi, les hommes serviront des desseins qui sont les meilleurs parce qu'ils sont divins. Autorité, hiérarchie, discipline, obéissance seront les fondements de l'ordre social et de l'ordre moral*" (299). L'institution judiciaire, et plus spécifiquement la justice criminelle, participe

²⁹⁹ MORNET (Daniel), *Les Origines intellectuelles de la Révolution française*, 1989, p.32.

à ce vaste programme qui transcende les destinées individuelles dans le seul but de parvenir à une vie éternelle enfin libérée de tous les maux de la vie terrestre.

Toutefois, quelques représentants d'une société que l'on veut passive et obéissante vont initier une réflexion fondée sur la seule raison. Par leurs idées nouvelles, ils n'ont d'autre objectif que d'améliorer, voire de transformer les cadres institutionnels rigides et vieillissants de cette société d'Ancien Régime. Le fonctionnement de la justice criminelle n'échappe pas à cet examen critique, notamment lorsqu'il s'agit de dénoncer les conditions légales qui régissent la démonstration de la vérité judiciaire et qui s'imposent au juge. La raison doit aussi présider à un fonctionnement éclairé de la justice, et plus encore de la justice criminelle.

C'est dans ce contexte précis que MONTESQUIEU inaugure "*tout le mouvement de la réflexion critique sur l'organisation politique et les principes d'une réforme de droit pénal dans son ensemble*"⁽³⁰⁰⁾. En publiant, dans le cadre d'une fiction littéraire, la correspondance imaginaire de deux voyageurs persans, USBEK et RICA qui, curieux des mœurs françaises, brossent un tableau non seulement satirique mais surtout critique des archaïsmes et des travers de ce "*royaume, le plus ancien et le plus important de l'Europe*"⁽³⁰¹⁾, celui-ci n'hésite pas à stigmatiser et à dénoncer les maux et les travers dont souffrent, dans son ensemble, la justice de son époque ; l'abandon de lois ancestrales au profit de lois étrangères qui encadrent et asservissent la justice⁽³⁰²⁾, ainsi que l'influence néfaste d'une doctrine qui

³⁰⁰ ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la justice en France*, Paris, 2001, p. 188.

³⁰¹ MONTESQUIEU (Charles de SECONDAT, Baron de la BREDE de), *Lettres persanes*, Lettre C, Paris, 1988, p.233.

³⁰² "*Qui peut penser qu'un royaume, le plus ancien et le plus puissant de l'Europe soit gouverné depuis plus de dix siècles, par des lois qui ne sont pas faites pour lui [...] ils (les français), ont abandonné les lois anciennes, faites par leurs premiers rois dans les assemblées générales de la nation [...] ils ont adopté toutes les constitutions des papes, et en ont fait une nouvelle partie de leur droit : nouveau genre de servitude*", MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Lettre C, Paris, 1988, p.233.

reste toute puissante (³⁰³). Par touches fragmentaires, il livre son sentiment sur une justice qui ne l'enthousiasme guère (³⁰⁴), bien qu'il occupât, certes pour peu de temps, une charge de Président à mortier.

Il poursuit notamment cette réflexion sur la justice criminelle dans le cadre d'un long travail, difficile et harassant (³⁰⁵), qui se conclura par la publication, en 1748, d'un ouvrage intitulé *De l'esprit des Lois* (³⁰⁶). En transposant à la science juridique une méthode d'observation issue des sciences positives et fondée sur la seule raison (³⁰⁷), MONTESQUIEU "jette les bases d'une nouvelle philosophie pénale, authentiquement libérale, aux antipodes des obsessions répressives de la législation et de la doctrine officielle" (³⁰⁸). Il s'efforce de "découvrir un ressort principal, un grand rouage central dont

³⁰³ "Cette armée effroyable de glossateurs, de commentateurs, de compilateurs, gens aussi faibles par le peu de justesse de leur esprit, qu'ils sont forts par leur nombre prodigieux" MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre C, p. 233.

³⁰⁴ MONTESQUIEU évoque ainsi son désintéret pour la fonction qu'il occupait depuis plusieurs années quant il fait écrire à RICA "J'allai l'autre jour dîner chez un homme de robe, qui m'en avait prié plusieurs fois. Après avoir parlé de bien des choses, je lui dis : « Monsieur, il me paraît que votre métier est bien pénible. – Pas tant que vous vous l'imaginez, répondit-il : [...] N'êtes-vous pas toujours occupé de choses qui ne sont point intéressantes? Vous avez raison ; ces choses ne sont point intéressantes, car nous nous y intéressons si peu que rien ; et cela même fait que le métier n'est pas si fatigant que vous le dites ", MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, lettre LXVIII, p. 179-180.

³⁰⁵ Montesquieu écrit ainsi "j'ai bien des fois commencé et bien des fois abandonné aux vents les feuilles que j'avais écrites ; je sentais tous les jours les mains paternelles tomber ; je suivais mon objet sans former de dessein ; je ne connaissais ni les règles ni les exceptions ; je ne trouvais la vérité que pour la perdre", MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Textes établis avec une introduction des notes et des variantes par Gonzague TRUC, Paris, 1961, p. 2.

³⁰⁶ Le titre exact en est *De l'esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, cf sur ce point l'article de Jean BRETHER de la GRESSAYE, L'histoire de l'esprit des Lois, *La pensée constitutionnelle et politique de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, Paris, 1952, pp. 69-96.

³⁰⁷ En effet "la démarche réside dans la volonté de d'introduire, pour la première fois, dans l'opacité de l'univers juridique les puissances clarificatrices de l'analyse et de la raison" ROYER (Jean Pierre), *Histoire de la justice en France*, p. 189.

³⁰⁸ POUMAREDE (Jacques), Montesquieu, Voltaire, Beccaria, *La révolution de la Justice. Des lois du Roi au droit moderne*, Paris, 1989, p. 109.

dépend une multitude de rouages secondaires"⁽³⁰⁹⁾, sans pour autant édifier "un système cohérent et complet de science et de procédure criminelle"⁽³¹⁰⁾. Surtout, il fait "l'esquisse de quelques principes constructeurs"⁽³¹¹⁾ qui conduisent le procès pénal. Il pose en préliminaire comme principe fondamental, que "c'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen"⁽³¹²⁾.

Guidé par l'idée essentielle que la liberté, y compris celle d'un accusé, ne puisse souffrir d'aucune atteinte, lors des premiers actes procéduraux entrepris par le pouvoir judiciaire, MONTESQUIEU considère comme indispensable de limiter toute arrestation pour garantir la sûreté du citoyen. Pour lui, "si la puissance législative laisse à l'exécutrice le droit d'emprisonner les citoyens qui peuvent donner caution de leur conduite, il n'y a plus de liberté, à moins qu'ils ne soient arrêtés pour répondre, sans délai, à une accusation que la loi a rendue capitale"⁽³¹³⁾. Il admet cependant que si cette même puissance "se croyait en danger par quelque conjuration secrète contre l'état, ou quelque intelligence avec les ennemis du dehors, elle pourrait, pour un temps court et limité, permettre à la puissance exécutrice de faire arrêter les citoyens suspects qui ne perdraient leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours" ⁽³¹⁴⁾. L'ancien Président à mortier énonce alors cet

³⁰⁹ CHEVALLIER (Jean Jacques), *Histoire de la pensée politique*, Paris, 1973, Tome 2, p.60.

³¹⁰ GRAVEN (Jean), Montesquieu et le droit pénal, *La pensée constitutionnelle et politique de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, p. 211.

³¹¹ GRAVEN (Jean), Montesquieu et le droit pénal, *La pensée constitutionnelle et politique de MONTESQUIEU, Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, p. 242.

³¹² MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XII, Chapitre II, p. 197.

³¹³ MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p.166.

³¹⁴ MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT) *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p. 166.

axiome que lorsque "*l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus*"⁽³¹⁵⁾.

MONTESQUIEU, grâce à quelques formules lapidaires mais significatives d'une pensée qui se veut critique, esquisse les principes d'une mécanique procédurale où l'accusation, soutenue par un officier du roi ⁽³¹⁶⁾, sera contradictoirement et publiquement discutée par les parties ⁽³¹⁷⁾. Poursuivant son exposé, il stigmatise le système inquisitoire et secret ⁽³¹⁸⁾, pour lui préférer une autre procédure plus équilibrée, où le tribunal, composé de juges désignés par l'accusé ⁽³¹⁹⁾, et de même condition sociale que celui-ci ⁽³²⁰⁾, statuera en fonction de critères légaux intangibles car "*si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on*

³¹⁵ MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XII, Chapitre II, p.197.

³¹⁶ "*Nous avons aujourd'hui une loi admirable : c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal : pour poursuivre, en son nom, tous les crimes*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I Livre VI, Chapitre VIII, p.88.

³¹⁷ "*Dans les jugements des procès, on ne servira du ministère ni d'avocat, ni de procureur. On ne fera aucune écriture, à moins que le juge ne l'ordonne pour son instruction [...] On prendra sa partie par la manche, devant deux témoins, pour la mener devant les juges*", MONTESQUIEU (publié par le Baron Gaston de MONTESQUIEU), *Pensées et fragments inédits de MONTESQUIEU*, Bordeaux, 1901, Tome II, 1901, p. 397.

³¹⁸ *Le tribunal de l'inquisition, formé par les moines chrétiens sur l'idée du tribunal de la pénitence, est contraire à toute bonne police [...]. Ce tribunal est insupportable dans tous les gouvernements...*, MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Livre XXVI, Chapitre XI, p.178.

³¹⁹ "*Il faut même que, dans les grandes accusations, le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges; ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre, que ceux qui restent soient censés être de son choix*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p. 165-166. cf également le livre XXVIII, Chapitre XLII.

³²⁰ "*Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence*, MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p. 166.

vivrait dans la société sans avoir précisément les engagements que l'on y contracte"⁽³²¹⁾.

Cependant, ces développements, certes révélateurs d'une réflexion très avancée sur une autre organisation judiciaire du procès pénal, demeurent extrêmement restreints sur la preuve pénale. Si MONTESQUIEU rejette l'usage des ordalies "*qui ne prouvaient point, et qui n'étaient liées ni avec l'innocence ni avec le crime*"⁽³²²⁾ et fait montre de son hostilité à l'égard de la torture ⁽³²³⁾, il admet néanmoins que la culpabilité puisse être acquise sur la déposition de deux témoins, car elle contribue à établir un équilibre entre la dénégation et l'accusation ⁽³²⁴⁾.

Il reste, par ailleurs, peu disert sur le système probatoire de son époque et n'envisage pas que l'accusé puisse bénéficier d'un autre statut procédural. S'il considère comme indispensable d'encadrer strictement l'arrestation et l'emprisonnement de ce dernier parce que la liberté reste essentielle, il ne le considère aucunement comme supposé innocent dès le début de la procédure.

³²¹ MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Tome I, Livre XI, Chapitre VI, p.166.

³²² MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, Chapitre XVII, p. 226.

³²³ "*Chaque province a établi des tourments particuliers pour la question, et c'est un spectacle affligeant que de repasser dans son esprit la fécondité des inventions à cet égard, la plupart absurdes [...] J'ai remarqué que, de dix personnes condamnées à la question, il y en a neuf qui la souffrent. Si tant d'innocents ont été condamnés à une si grande peine, quelle cruauté ! Si tant de criminels ont échappé à la mort, quelle injustice!*", MONTESQUIEU (publié par le Baron Gaston de MONTESQUIEU), *Pensées et fragments inédits de MONTESQUIEU*", Tome II, 1901, p. 385-386.

³²⁴ "*Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté. La raison en exige deux ; parce qu'un témoin qui affirme et un accusé qui nie font un partage ; et il faut un tiers pour le vider*", MONTESQUIEU (Charles Louis de SECONDAT), *De l'esprit des lois*, Livre XII, Chapitre III, p. 198. Comme le note Jean GRAVEN "*l'étude générale de son œuvre [...], indique actuellement bien, nous semble t'il, que, s'il admet la règle traditionnelle des deux témoins, ce n'est point qu'il la considère comme inattaquable dans l'absolu, mais simplement comme bonne relativement[...], et que Montesquieu désapprouve le système de conviction et de jugement général employé par la juridiction criminelle de son temps*", GRAVEN (Jean), *Montesquieu et le droit pénal, La pensée constitutionnelle et politique de Montesquieu Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, p. 244-245, note n°6.

Cependant, les principes que pose celui qui entend éclairer l'univers juridique par une analyse raisonnée, et qui touchent dans ce domaine précis aux droits de l'homme, préfigurent le mouvement qui conduira à examiner d'autres règles pour le procès pénal.

C'est dans ce contexte critique que, dans la deuxième partie de sa vie, VOLTAIRE, de retour de la cour de FREDERIC II ⁽³²⁵⁾, utilise la notoriété de son nom mais aussi la précision de sa plume pour examiner sur un ton polémique ⁽³²⁶⁾ les travers de l'Ordonnance criminelle de 1670 qui "*en plusieurs points, semble n'avoir été dirigée qu'à la perte des accusés*"⁽³²⁷⁾. En s'impliquant intensément dans les grandes causes judiciaires qui émaillèrent la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle ⁽³²⁸⁾, le patriarche de FERNEY dénonce l'institution des monitoires ⁽³²⁹⁾, la possibilité de poursuivre pour faux témoignage le témoin qui se rétracte après le récolement ⁽³³⁰⁾. Il critique également l'institution du serment, s'élève contre l'usage de

³²⁵ VOLTAIRE quitte définitivement Postdam le 26 mars 1753.

³²⁶ Comme le souligne Jean Pierre ROYER ", *Voltaire devient le maître écrivain, sinon même le maître à penser, qui va, avec les ressources si diverses de son talent littéraire et de son génie de la publicité s'attaquer à l'éclairage critique des questions de l'époque, et, plus spécialement, aux questions de la réforme et de l'humanisation de la procédure pénale*", *Histoire de la justice en France*, p. 204, n°127.

³²⁷ VOLTAIRE (François AROUET dit), *Commentaire sur le livre des délits et des peines, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Paris, 1817, Tome VI, p.141.

³²⁸ Les combats menés pour CALAS, SIRVEN le Chevalier de la Barre, LALLY, TOLLENDAL, MONTBAILLI, LANGLADE, le Comte de MORANGIES, Mademoiselle CAMP... sont autant d'occasions qui permirent à VOLTAIRE de dénoncer une justice criminelle inhumaine et attentatoire aux droits de l'accusé, cf sur ce point l'ouvrage de Monsieur Rémy BIJAOU, *Voltaire Avocat*, Paris, 1994.

³²⁹ "*Il faut avouer, monsieur, que, s'il y a quelques cas où un monitoire est nécessaire, il y en a beaucoup d'autres où il est très dangereux. Il invite les gens de la lie du peuple à porter des accusations contre les personnes élevées au-dessus d'eux, dont ils sont toujours jaloux. C'est alors un ordre intimé par l'église de faire le métier infâme de délateur*", VOLTAIRE, *Relation de la mort du chevalier de la Barre, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI p. 342. Il maintiendra cette critique acerbe quelques années après en écrivant que "*grâce aux monitoires reste odieux de la procédure de l'inquisition, Saucourt et Broutel avaient fait entendre cent vingt témoins, la plupart gens de la lie du peuple ; et, de ces cent vingt témoins, il n'y en avait pas trois d'oculaires*", VOLTAIRE, *Le cri du sang innocent, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, p.348.

torture (³³¹), montre que l'instruction préparatoire défavorise l'accusé (³³²), réclame la présence d'un conseil à ses cotés (³³³), mais surtout ironise sur un système probatoire qui n'a d'autre conséquence que de bafouer l'innocence. Pour mettre en valeur toute son iniquité, il décrit, non sans ironie, la pratique judiciaire qui consiste à additionner, dans une logique mathématique, les indices et les présomptions qui, selon lui, autoriseraient le juge à condamner l'accusé (³³⁴), même si l'analyse qu'il peut faire, de cet aspect cependant limité de la preuve légale, relève plus de la critique acerbe que d'une connaissance de la doctrine en cette matière (³³⁵).

³³⁰ "Les déposans sont, pour l'ordinaire, des gens de la lie du peuple, et à qui le juge, enfermé avec eux, peut faire dire tout ce qu'il voudra. Ces témoins sont entendus une seconde fois, toujours en secret, ce qui s'appelle récolement. Et si après ce récolement ils se rétractent dans leurs dépositions, ou s'ils les changent dans des circonstances essentielles, ils sont punis comme faux témoins.", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p.141.

³³¹ "On ne rencontre, dans les livres qui tiennent lieu de code en France, que ces mots affreux, question préparatoire, question provisoire, question ordinaire, question extraordinaire, question avec réserve des preuves, question sans réserve des preuves [...], il semble que tous ces livres aient été composés par le bourreau", VOLTAIRE, *Le prix de la justice et de l'humanité*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Vol II, p. 180.

³³² "La loi semble obliger le magistrat à se conduire envers l'accusé plutôt en ennemi qu'en juge", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p.143.

³³³ "S'il s'agit d'un crime le prévenu ne peut avoir d'avocat [...].Quoi ! Votre loi permet qu'un concussionnaire, un banquier frauduleux ait recours au ministère d'avocat ; et très souvent un homme d'honneur est privé de ce secours ! S'il peut se trouver une seule occasion où un innocent serait justifié par le ministère d'un avocat, n'est-il pas clair que la loi qui l'en prive est injuste ?", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p. 143.

³³⁴ "A Toulouse, on admet des quarts et des huitièmes de preuves. On y peut regarder, par exemple, un oui-dire plus vague comme un huitième ; de sorte que huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé, peuvent devenir une preuve complète ; et c'est à peu près sur ce principe que Jean Calas fut condamné à la roue", VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI, p.144.

³³⁵ La doctrine n'a guère décrit ce qu'étaient les demi preuves ou le quart de preuves. On le retrouve dans certains arrêts. Nous renvoyons sur ce point à l'article de Bernard DURAND, Arbitraire du juge et droit de la torture : Exemple du conseil souverain du Roussillon, *Recueil de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des anciens pays de droit écrit*, plus précisément p.171.

Néanmoins, il met ainsi en évidence le danger d'un légalisme induit par la stricte application d'une doctrine savante et montre, dans ces conditions, que la rigidité de la preuve légale non seulement dans sa définition mais aussi dans son application pratique ⁽³³⁶⁾ favorise l'erreur judiciaire ⁽³³⁷⁾. Ce faisant, il apporte sa contribution à une réforme globale du droit criminel, où il faudrait "*concilier la rigueur de la loi et les droits imprescriptibles de l'homme*"⁽³³⁸⁾ et précise simplement qu'on serait "*tenté de souhaiter que toute loi fût absolue, et qu'il n'y en eût d'autres que la conscience et le bon sens des magistrats*"⁽³³⁹⁾, évoquant les prémices d'une intime conviction, qui cependant ne paraît recueillir véritablement son agrément car il montre une certaine méfiance sur l'usage que le juge ferait de cette liberté dans l'appréciation de la culpabilité. Pour lui, "*qui répondra que cette conscience et ce bon sens ne s'égareront pas? Ne restera-t-il d'autres ressources que de lever les yeux au ciel, et de pleurer sur la nature humaine*"⁽³⁴⁰⁾. La perplexité l'envahit quand il convient de trouver la formule la mieux adaptée pour parvenir à la vérité judiciaire. Le système de la preuve légale est plus que critiquable, mais il n'est pas de solution idéale.

Ce que nous estimons devoir retenir des écrits de VOLTAIRE, c'est qu'ils ne posent pas le cadre conceptuel d'une autre forme de preuve pénale. Pour ce dernier, il s'agit avant tout d'améliorer la situation de l'accusé aux prises avec la machine judiciaire. Cette démarche humaniste nous permet néanmoins de

³³⁶ "*Deux témoins constans, invariables dans leurs dépositions uniformes, suffisent pour faire condamner un accusé*", VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, Article XXII, p. 176.

³³⁷ "*Ces erreurs meurtrières qui se renouvellent chaque année en Europe dans presque tous ces tribunaux gouvernés par la compilation de Tribonien, ou par l'ancienne coutume féodale !*", VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, Article XXII, p. 177.

³³⁸ POMEAU (René), *VOLTAIRE en son temps*, 1995, Volume II, p. 549.

³³⁹ VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, article XXII, p. 178.

³⁴⁰ VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, article XXII, p.178.

penser que celui ci regardait, comme une règle essentielle, le principe selon lequel l'accusé ne peut immédiatement être considéré comme présumé coupable. En effet, dans son *Dictionnaire philosophique*, il écrit un que "*si contre cent mille probabilités que l'accusé est coupable, il y en a une seule qu'il est innocent, cette seule doit balancer toutes les autres*"⁽³⁴¹⁾. On peut sans doute voir, dans ces quelques lignes, l'ébauche de ce que le droit à l'innocence supposée doit l'emporter sur la culpabilité supposée.

Il reprendra cette position quelques années plus tard quand, dissertant sur la doctrine de la probabilité, il indique que si "*un homme est accusé d'un délit, il n'est pas évidemment nécessaire qu'il soit livré au bourreau sur la plus grande probabilité. Il est très possible qu'il vive sans troubler l'harmonie de l'état. Il se peut que vingt apparences contre lui soient balancées par une seule en sa faveur*"⁽³⁴²⁾. Derrière cette notion de probabilité, utilisée dans deux ouvrages différents, et qui concerne un moment précis du procès pénal, à savoir le jugement, il nous faut constater que VOLTAIRE évoque cette possibilité que le juge puisse avoir sur l'accusé un autre l'accusé un regard procédural différent de celui initiée par la preuve légale. La démarche ne peut être ignorée, en ce sens qu'elle favorise l'accusé, plus exactement qu'elle ne considère pas ce dernier comme un coupable supposé.

Avec certaines affaires particulières auxquelles il s'intéresse parce qu'elles sont des exemples criants d'injustice, VOLTAIRE pose ce postulat que les présomptions et autres indices matériels débattus devant le juge ne s'imposeront plus à lui en fonction de valeur préétablie, mais seront examinés dans le cadre d'une introspection personnelle. Un accusé peut ne pas être inquiété tant qu'il subsiste un élément, si petit soit-il, qui lui soit favorable. La question se pose de savoir si cet élément favorable peut être le doute. La

³⁴¹ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article des Crimes ou délits de temps ou de lieu, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, p. 684.

³⁴² VOLTAIRE, *Essai sur les probabilités en fait de justice*, *Œuvres complètes de VOLTAIRE*, Tome VI, p. 375.

forme paraît l'emporter sur le fond et seul le fait, pour un juge, d'être persuadé en son for intérieur continue de sensibiliser les réformateurs.

B) Pour un système probatoire différent

Pour les philosophes des Lumières le procès pénal ne garantit pas suffisamment les droits de l'accusé. En effet, si la démarche procédurale s'organise autour de "*deux objets principaux; l'un de constater l'existence du crime; l'autre de convaincre l'accusé d'en être l'auteur*"⁽³⁴³⁾, elle se structure suivant un système probatoire qui consiste à rechercher puis à obtenir une *preuve pleine et entière* seule susceptible de fonder une condamnation. La culpabilité se trouve donc être la résultante d'une combinaison mathématique de valeurs attribuées aux indices ou aux éléments recueillis lors de l'enquête et leur liaison. Il faut penser autrement le moyen qui permette au juge de fixer la vérité judiciaire sans qu'il soit enfermé dans sa démarche mais qui tienne compte des droits de l'accusé.

Dans cette réflexion qui s'entame, il faut relever la correspondance que vont entretenir CONDORCET et TURGOT⁽³⁴⁴⁾ sur le jury. Cet échange de lettres, qui s'inscrit dans cet examen critique de la justice criminelle durant cette fin du XVIII^{ème} siècle⁽³⁴⁵⁾, marque "*le premier témoignage d'une recherche*

³⁴³ MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, p.778.

³⁴⁴ Celle-ci est constituée par six courriers rédigés les 12 Février, 25 avril, 17 mai, 4 juin et 16 juillet 1771 et qui furent envoyés par DUPONT de NEMOURS, après qu'il eut sollicité TURGOT, à Charles-Frédéric de Bade, Margrave puis Grand duc de Bade qui souhaitait s'informer des problèmes relatifs à la justice criminelle. Comme l'écrit DUPONT de NEMOURS à ce dernier "*je lui ai demandé la permission de vous en faire part, non seulement parce que je n'aurais sûrement pas aussi profondément traité la question que ces deux messieurs, tous deux d'un mérite si distingué, l'ont fait en débattant leurs opinions opposées mais surtout que je suis bien loin d'avoir sur la jurisprudence des connaissances aussi consommées que M. TURGOT*", *Œuvres de TURGOT et document le concernant avec biographie et note par Gustave Schelle*, Paris, 1919, p. 513 note c.

³⁴⁵ TURGOT avoue au cours de cette correspondance qu'il est "*fort loin de défendre notre procédure dont je connais toute l'injustice et tout l'odieux*", (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, Paris, 1994, p. 46.

sérieuse d'un nouveau système de certitude"⁽³⁴⁶⁾. Bien que le désaccord subsiste entre TURGOT et CONDORCET ⁽³⁴⁷⁾ sur le recours au jugement par jury, ceux-ci font le constat de "*l'injustice*", comme le souligne TURGOT, du système de la preuve légale. CONDORCET précise que les condamnations sont parfois prononcées alors que la culpabilité n'est pas véritablement certaine. Ainsi écrit-il que "*Le Parlement de Paris qui se dit le vengeur de notre liberté politique, et n'est réellement que l'ennemi de la liberté civile, s'est pourtant permis de condamner le comte de Lally sans spécifier son crime et condamne tous les jours à mort des gens qu'il déclare en même temps véhémentement soupçonnés*"⁽³⁴⁸⁾. TURGOT lui répond à l'identique qu'"*un autre préjugé souvent funeste à l'innocence est l'idée très répandue qu'un juge doit juger secundum allegata et probata, et qu'il y a des preuves légales auxquelles le juge doit se rendre*"⁽³⁴⁹⁾.

La critique porte donc sur le fait que l'on ne peut attacher à chaque indice ou à chaque moyen de preuve une valeur prédéfinie, et, par voie de conséquence sur l'attitude des juges qui acceptent, pour la tranquillité de leur conscience,

³⁴⁶ ASTAING (Antoine), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI^e-XVIII^e siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, p. 370, TURGOT suggère à CONDORCET de conserver "*récioproquement nos lettres qui pourront ensuite servir à celui de nous deux qui voudrait arranger définitivement ses idées sur une question aussi importante pour l'humanité*", (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Première lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 12 février 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 41.

³⁴⁷ "*Je vous ai fait part de mes doutes, Monsieur, sur la forme des jugements par jurés en matière criminelle [...]. Ce qui me répugne le plus dans la procédure par jurés, c'est ce choix de juges pour chaque crime particulier, qui me paraît devoir rendre souvent la justice arbitraire et dépendante, ou du parti dominant, ou du souffle de l'opinion populaire actuelle*" (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Première lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 12 février 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 41.

³⁴⁸ (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Première lettre de Mr TURGOT à Mr CONDORCET, Limoges le 12 février 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 42.

³⁴⁹ Troisième lettre de Mr TURGOT à Mr de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Seconde lettre en réponse de Mr de CONDORCET à Mr TURGOT, Ribemont le 25 avril 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 47.

de se soumettre docilement aux conséquences d'un tel système ⁽³⁵⁰⁾. Parce qu'il peut être source d'injustice, ce système de preuve légale est à leurs yeux insuffisant pour parvenir à la vérité judiciaire. CONDORCET et TURGOT estiment alors nécessaire de modifier, voire de transformer les règles qui participent du jugement.

CONDORCET écrit que, *"comme il est impossible que chacun examine les preuves de crime, la certitude que chacun en doit avoir ne peut être fondée que sur la confiance qu'inspire le tribunal qui a jugé. Ainsi, la question de la meilleure forme possible qu'on puisse donner à un tribunal se réduit à celle de la meilleure manière possible d'acquérir la certitude d'un fait dont on ne peut examiner les preuves et sur lequel on ne peut asseoir son jugement que d'après l'opinion d'autrui"*⁽³⁵¹⁾. Le principe est donc posé d'un lien étroit entre la certitude qu'il faut acquérir pour condamner et les conditions dans lesquelles elle sera établie. Celui-ci énonce que *"les juges ne prononcent pas qu'un fait est vrai, lorsqu'il le trouveront prouvé selon certaines règles toujours fort arbitraires et sujettes à une infinité de d'exceptions, mais lorsqu'ils le jugeront vrai d'après leur conviction intérieure"*⁽³⁵²⁾. TURGOT lui répond sur cette notion de certitude que *"tout juge saurait que la condition nécessaire, pour qu'il puisse infliger justement une peine est sa conviction intime que le crime a été réellement commis"*⁽³⁵³⁾, précisant ainsi *"qu'aucune loi ne peut déterminer le nombre ni le genre des*

³⁵⁰ Il les décrit comme *"une foule de gens assez imbéciles et assez féroces pour que la déposition de deux témoins tranquillise pleinement leur conscience"*, (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771 *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 47.

³⁵¹ CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Seconde lettre en réponse de M. de CONDORCET à M. TURGOT le 25 avril 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 42-43.

³⁵² CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Seconde lettre en réponse de M. de CONDORCET à M. TURGOT le 25 avril 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 43-44.

³⁵³ CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 47.

preuves qui peuvent produire en lui cette conviction intime"⁽³⁵⁴⁾. Ces échanges épistolaires constituent le premier témoignage daté d'une réflexion profonde sur les conditions qui permettent aux juges de parvenir à la certitude, et par la même de fixer la vérité judiciaire.

Néanmoins, si la critique de la preuve légale est ici réaffirmée à raison de son insuffisance, il faut cependant reconnaître qu'il paraît difficile pour ces auteurs de l'abandonner définitivement ⁽³⁵⁵⁾. Le juge pourra continuer à l'utiliser mais elle ne constituera qu'un socle sur lequel viendra se greffer sa conviction. Comme le note TURGOT, le juge "*regarderait, en conséquence, ce qu'on appelle preuve légale, non pas comme une preuve suffisante pour condamner, mais comme le minimum de preuve sans lequel il ne peut condamner*"⁽³⁵⁶⁾. Poursuivant alors son raisonnement celui-ci pose, avec une certaine acuité, le mécanisme qui conduit à la décision. Pour juger, il faut "*discuter la force des preuves. Ces preuves sont du genre des preuves morales qui ne portent pas avec elles une conviction irrésistible. Il faut donc savoir estimer les probabilités, discuter les indices, apprécier les témoignages*"⁽³⁵⁷⁾. Les deux auteurs montrent ainsi que cette preuve reste insuffisante pour

³⁵⁴ CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Troisième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 17 mai 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 47-48.

³⁵⁵ CONDORCET reste "*persuadé qu'il est possible de combiner le système de jurisprudence criminelle [...] ou de corriger la jurisprudence de manière que, dans l'une et l'autre forme, la sûreté publique et les droits des citoyens accusés ne soient point sacrifiés l'un à l'autre, et que les particuliers y aient très peu à craindre, soit de la violence, soit de l'ignorance ou de l'oppression*", Sixième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p.66.

³⁵⁶ CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Sixième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 48, CONDORCET approuve ce principe puis qu'il répond à TURGOT avoir "*été charmé de votre idée sur ce qu'on appelle légales, et je la crois si juste et si utile que je voudrais qu'elle fût consacrée par une forme*", (CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de) Quatrième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, le 4 juin 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 49.

³⁵⁷ CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Cinquième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 16 juillet 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p.50.

établir une culpabilité certaine et qu'elle doit nécessairement trouver un complément dans la conviction intime du juge.

Toutefois, cette nouvelle approche de la culpabilité, où la règle de la pluralité évoquée par TURGOT (³⁵⁸) le dispute à la règle de l'unanimité posée par CONDORCET (³⁵⁹), tend à ignorer le statut de l'accusé avant le jugement. Bien plus, elle ne se prononce pas sur les conséquences d'une conviction imparfaitement acquise. Si le juge doit modifier sa perception des moyens de preuve pour éviter une injustice et protéger l'innocence, il ne change pas pour autant son regard sur l'accusé. Le principe de la présomption d'innocence, tel qu'il nous est actuellement connu dans ses conséquences, n'est aucunement évoqué par ces deux auteurs. Cette correspondance a cependant le mérite de montrer toute l'ambiguïté que revêt la question pénale. S'il est indispensable de fournir au juge d'autres moyens pour décider du sort de l'accusé, il n'est pas envisagé de réfléchir sur un autre système probatoire. TURGOT et CONDORCET ouvrent un champ de réflexion en examinant le moyen de parvenir avec le plus de sûreté possible à une certitude judiciaire, et ce, grâce à la rigueur que la science imposait. Néanmoins, c'est un mouvement novateur qui réfléchit sur un autre système probatoire sans pour autant se limiter au seul royaume de France.

³⁵⁸ *"il suffit à la sécurité des citoyens qu'ils ne puissent être condamnés qu'à une très grande pluralité, comme des trois quarts ou des même des quatre cinquièmes des voix"* CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Cinquième lettre de M. TURGOT à M. de CONDORCET, Limoges le 16 juillet 1771, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p. 61.

³⁵⁹ *"Je ne trouve pas suffisante la pluralité des trois quarts ou des quatre cinquième des voix. D'abord je demande que cette pluralité soit réglée de manière qu'en supposant les juges éclairés et impartiaux, et l'accusé bien entendu et bien défendu, je doive regarder son crime comme avéré, de cela seul qu'il a été décidé tel par le tribunal Je remarque ensuite qu'il n'y a ici aucune certitude absolue, mais une certitude morale, et que par conséquent il faut fixer une unité qu'on regardera comme une certitude absolue à laquelle on comparera celle qu'on acquiert dans les différentes hypothèses. Je crois devoir prendre pour cette unité, l'unanimité libre d'un nombre donné de gens éclairés et impartiaux"* CONDORCET (Marie Jean Antoine Nicolas CARITAT marquis de), Sixième lettre de M. de CONDORCET à M. TURGOT, *Condorcet Arithmétique politique Textes rares ou inédits (1767-1789)*, p.66

C'est ainsi que quelques années plus tard, un auteur italien des Lumières, Gaetano FILANGIERI (³⁶⁰) allait lui aussi s'attaquer au problème récurrent de la justice criminelle dans un ouvrage dont la publication devait connaître un retentissement certain (³⁶¹). Il rappelle que, si elle "*doit donc inspirer de l'effroi au méchant, et de la sécurité à l'innocence*" (³⁶²), son application démontre que "*Malheureusement pour l'Europe, les lois criminelles, chez la plupart des nations, ne tendent ni à l'un ni à l'autre de ces objets*" (³⁶³). Il en résultait un "*désordre*" certain dont les sources paraissaient multiples (³⁶⁴).

³⁶⁰ Gaetano FILANGIERI, né le 18 août 1752 à Naples, il meurt le 21 juillet 1788 à Vico Equense (Italie). Avocat au Barreau de Naples, c'est un lecteur assidu de CONDILLAC, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, ROUSSEAU, HELVETIUS, BUFFON. Il publie en 1774 un ouvrage intitulé *Réflexions politiques sur la dernière loi du souverain relative à l'administration de la justice* dans lequel il défend les réformes entreprises par le Marquis TANUCCI, ministre de Charles III, Roi de Naples, pour réformer la justice criminelle du royaume napolitain. En 1777, il est reçu majordome de semaine et gentilhomme de la chambre du roi. Ce séjour à la cour ne l'empêcha nullement de se consacrer à la rédaction de *La Science de la législation*, œuvre d'importance qui examine la législation dans toutes ses branches et en établit les principes. Publiée en 1780, elle restera inachevée à sa mort. FILANGIERI occupe une place importante parmi les publicistes italiens du XVIII^{ème} siècle.

³⁶¹ "*Aucun ouvrage n'eut autant que le sien d'éditions en Italie et de traduction chez l'étranger. [...] La science de la législation devint ainsi, en peu de temps, le code général de toute l'Europe ; on l'entendait citer partout, et dans les écoles et dans les tribunaux*", *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, 1840, Tome 1, Eloge de Gaetano FILANGIERI, p. XL.

³⁶² FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p.272.

³⁶³ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p. 272.

³⁶⁴ "*Quelles sont les causes de ce désordre ? Les vices de la procédure criminelle ; le mélange monstrueux des principes de la jurisprudence romaine, avec ceux de la législation de nos barbares ancêtres, et avec ceux du système féodal et des lois canoniques, [...], des maximes contraires à la liberté de l'homme, et destructives de tous les droits du citoyen...*", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p. 272.

Pour cet auteur des Lumières, il était indispensable d'élaborer un autre système de preuve construit "sur les fondements inébranlables de la raison"⁽³⁶⁵⁾. Pour autant, celui-ci ne se contente pas d'une simple dénonciation amorcée et développée par les philosophes des Lumières⁽³⁶⁶⁾. Il pose en effet les prémices d'un nouveau système probatoire⁽³⁶⁷⁾ qui, pris dans son ensemble, redonnait à la loi pénale sa véritable finalité, à savoir "soustraire, autant qu'il est possible l'innocent à l'effroi, le coupable à l'espérance, et le juge à l'empire de sa volonté"⁽³⁶⁸⁾. Dans l'examen des réformes indispensables, selon lui, à une transformation de la législation criminelle, Gaetano FILANGIERI consacre quelques développements sur la preuve pénale.

Comme il le précise à la fin du chapitre XI de *la Science de la législation* consacré à un "parallèle des jugements de dieu et de la torture", il s'efforce de "développer le plan d'un système qui puisse être substitué à l'ancienne méthode"⁽³⁶⁹⁾. Il s'agit pour lui de proposer un autre système probatoire. Dénonçant alors cette "partie de la législation ou les contradictions et les mauvais raisonnements de la plupart des législateurs et des interprètes des lois"⁽³⁷⁰⁾ qui aboutissait à méconnaître les droits

³⁶⁵ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation, La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Tome 1, p. 316.

³⁶⁶ "Vainement on s'est élevé, d'un bout de l'Europe à l'autre, contre l'irrégularité de la procédure criminelle ; ce murmure universel n'a pas encore fait naître une forme que l'on puisse substituer à l'ancienne méthode. La philosophie a attaqué quelques-uns des abus les plus dangereux de ce système ; mais elle n'a pas encore osé le combattre dans toutes ses parties", *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1p. 273.

³⁶⁷ "Le seul qui entreprit de passer en revue tous les défauts de la législation existante, d'en rechercher, d'en proposer les remèdes, de donner enfin un plan de réforme le plus convenable à tous les états du monde civilisé, fut FILANGIERI et de proposer des moyens pour les faire" *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Eloge de Gaetano FILANGIERI, op. cit. , p. XI

³⁶⁸ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 274.

³⁶⁹ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 344.

de l'accusé, il écrit, non sans fermeté, que "*c'est un principe universellement reconnu, que pour condamner un citoyen à une peine, il faut avoir une certitude morale qu'il a violé la loi, qu'il a commis le délit contre lequel la loi a établi cette peine. Sans cette certitude morale, la condamnation sera toujours une injustice, et l'exécution un acte de violence*"⁽³⁷¹⁾. Par ces quelques lignes, notre auteur italien pose avec beaucoup de force le principe de l'intime conviction. Il estime qu'il est intemporel et indépendant de la variation des législations ⁽³⁷²⁾. Quant à la certitude qui sert de cadre au processus décisionnel, il la définit comme "*la disposition d'esprit d'un homme assuré de la vérité d'une proposition relative à l'existence d'un fait qui ne s'est pas passé sous ses yeux*"⁽³⁷³⁾.

A partir de ce nouveau mécanisme probatoire que constitue la conviction intime du juge, Gaetano FILANGIERI examine "*quelles conséquences le législateur doit tirer de ce principe*"⁽³⁷⁴⁾, et énonce que "*si pour condamner un homme à une peine, il faut avoir une certitude morale qu'il a violé la loi, le juge qui n'a point cette certitude ne peut donc, quoi qu'en disent les moralistes, ou plutôt les casuistes, condamner un accusé sans enfreindre les devoirs de son ministère, sans offenser la justice, sans trahir sa conscience*"⁽³⁷⁵⁾. S'affirme ici l'idée que la condamnation ne peut être que la

³⁷⁰ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 316.

³⁷¹ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 344-345.

³⁷² Il conclut en effet que "*tous les publicistes conviennent de ce principe, et il a été adopté par la jurisprudence ancienne comme par la jurisprudence moderne*", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p.345.

³⁷³ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 348.

³⁷⁴ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi Ibidem*, p. 348.

seule conséquence d'une démarche personnelle entreprise par le juge, puis poursuivie jusqu'à la conviction que l'accusé a bien commis le fait pour lequel il était poursuivi. Celle-ci est acquise sur une certitude absolue, reflet d'un accord entre la conscience du juge et la décision qu'il prend. Dès lors, toute incertitude doit, par conséquent, l'empêcher de condamner.

Pour autant, cette affirmation diaphane que le doute doit profiter à l'accusé, reste sans grande incidence sur la construction du principe procédural de la présomption d'innocence. Si Gaetano FILANGIERI innove, en proposant une méthode inédite d'analyse de la preuve qui prenne en considération le cadre sociologique dans lequel elle s'inscrit (³⁷⁶), il fragilise néanmoins ce qu'il a précédemment développé en esquissant le danger que représente cette liberté de juger (³⁷⁷). La perception personnelle que le juge construit à partir des moyens de preuve qui lui sont présentés doit, pour éviter des erreurs de jugement, être tempérée par d'autres principes.

³⁷⁵ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, p. 349.

³⁷⁶ Dans sa dénonciation de la torture l'auteur pose ce principe que les formes probatoires suivent l'évolution des mœurs. En effet si "*la superstition et l'ignorance qui virent naître les jugements de Dieu faisaient regarder comme infaillible ces sortes d'épreuves. Les progrès des connaissances, les Lumières du siècle et les raisonnements des philosophes ont persuadé même au peuple, que la torture est la preuve, non de la vérité mais de la force du corps*", il conclut alors qu'"il y a donc cette différence entre ces deux méthodes, que nos ancêtres avaient de la confiance dans celle qu'ils employaient, et que nous n'en avons aucune dans la nôtre", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 341.

³⁷⁷ "*si la preuve qui rend un homme sûr de la vérité d'un fait ne produit pas sur un autre le même effet ; si une bonne ou mauvaise digestion peut rendre un homme plus ou moins crédule[...] ; si la liberté civile ne permet pas qu'un juge puisse condamner un innocent, et que cependant cette opinion de certitude, déterminant la vérité du fait, donne au magistrat un pouvoir arbitraire, illimité, sur la vie, la liberté, l'honneur des citoyens ;[...] il est nécessaire que la Science de la législation trouve un moyen propre à prévenir les désordres d'un tel pouvoir*", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 349

Les juges ne peuvent, lors du jugement, être laissés sans repère. Il faudra "*combiner la certitude morale du juge avec la règle prescrite par le législateur, c'est à dire, avec le criterium ou la certitude de la loi*"⁽³⁷⁸⁾. Concrètement, ce que propose Gaetano FILANGIERI consiste à dire que "*le code criminel d'une nation devrait renfermer quelques règles invariables : ces règles comprendraient les preuves légales, sans lesquelles la loi ne doit jamais regarder un délit comme prouvé*"⁽³⁷⁹⁾. Il s'agit donc d'encadrer cette intime conviction par d'autres moyens de preuve préalablement déterminés. Ce système mixte, tout en se référant à la conviction du juge, interdit de fait toute présomption d'innocence car il met en place une réponse juridique en totale contradiction avec ce principe.

Il est ainsi précisé que "*l'accusation ne pourrait être déclarée vraie que lorsque la certitude morale du juge serait unie à la certitude légale ; qu'elle serait déclarée fausse, lorsqu'elle n'aurait point ces deux bases ; et incertaine lorsque l'une d'elles serait en faveur de l'accusé, c'est à dire lorsque la certitude morale du juge ne serait point accompagnée des preuves légales établies par la loi, ou que les preuves légales ne seraient pas unies à la certitude morale du juge*"⁽³⁸⁰⁾. Gaetano FILANGIERI ne fait ici que reprendre les distinctions opérées par le droit romain et qui avaient créé une situation intermédiaire entre la condamnation et l'absolution protectrice des intérêts de l'accusé. Comme ce dernier le rappelle ⁽³⁸¹⁾"*cette suspension,*

³⁷⁸ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 349.

³⁷⁹ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi* Ibidem, Tome 1, p. 349.

³⁸⁰ FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 350.

³⁸¹ "A Rome, les juges du fait ne pouvaient prononcer que ces trois réponses : *absolvo, condemno, non liquet*, mots dont ils présentaient, comme on sait, les lettres initiales", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle*

laissant toujours l'accusé sub judice, n'entraînerait pas la perte de sa liberté personnelle"⁽³⁸²⁾. Pour lui, cette décision demeure plus favorable à l'accusé que celle d'être condamnée à une peine arbitraire ⁽³⁸³⁾. Il reste donc silencieux, en imaginant une situation intermédiaire entre condamnation et absolution, sur la possibilité de concevoir un principe directeur du procès pénal où l'accusé sera regardé comme innocent tout au long de la procédure.

Les dernières années de l'ancien régime voient donc une production littéraire importante qui prend pour cible la justice criminelle et met en avant certains droits fondamentaux ⁽³⁸⁴⁾. Toutefois, les auteurs n'apportent guère de réflexion sur le seul problème de la preuve pénale, même si à leurs yeux, le système de la preuve légale reste préjudiciable à l'accusé. Seul, un statut procédural spécifique garantissant à l'accusé la neutralisation du regard porté par le juge assurerait un éventuel droit à l'innocence. Cependant l'émergence d'une intime conviction constitue, indépendamment des conséquences négatives qui s'y rattachent, c'est-à-dire la prononciation d'une peine moindre, le début d'un processus conduisant à la reconnaissance d'un principe de présomption d'innocence. Le doute et ses conséquences font l'objet de développements qui aboutissent à modifier l'image que le juge avait de l'accusé. De coupable en puissance il se transmute en innocent éventuel parce que le cadre nouveau, que l'on veut appliquer à la preuve pénale, autorise une recherche intime et personnelle de la culpabilité.

édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi, Tome 1, p. 349, note n°1.

³⁸² FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 350.

³⁸³ "*Le danger de laisser un innocent sub judice, et celui de rejeter dans la société un coupable que la conscience de son crime forcera bientôt d'abandonner sa patrie ; ces dangers sont bien moins graves que ceux du système judiciaire qui gouverne aujourd'hui une grande partie de l'Europe, système qui donne aux juges le droit d'infliger une peine arbitraire, au défaut de preuves complètes*", FILANGIERI (Gaetano), *La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi*, Tome 1, p. 350.

³⁸⁴ Nous renvoyons sur ce point à l'article de Nicole CASTAN, *La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime, Déviance et société*, 1983, vol 7, pp 23-34.