

LA PREUVE CHEZ PAGANO COMME EXEMPLE D'UNE LOGIQUE DU PROBABLE

A partir de la fin du XVII^e siècle, lorsqu'on s'éloignait toujours plus des thématiques logiques aristotéliennes, allait s'affirmer une théorie scientifique de la probabilité qui a fortement influencé la théorie de la preuve juridique et inversement. En particulier, la preuve indiciariale allait devenir le point central de la nouvelle théorie de la probabilité, et elle allait aussi faciliter l'entrée du nouveau principe général de la *conviction intime* du juge.

Paradoxalement, les juristes-philosophes du siècle des Lumières ont sous-évalué la fonction de l'indice en faveur de la preuve légale constituée par le témoignage et la confession. Le juge restait souvent emprisonné par un tel système et sa « fonction créatrice » qui lui était donnée par l'évaluation des indices, devenait beaucoup plus limitée.

Dans un contexte qui faisait du témoignage une « preuve pleine » et de l'indice une « preuve demi-pleine »³²⁸, la conception de Pagano est vraiment à considérer comme révolutionnaire non seulement pour la modernité étonnante de l'analyse de la confession sous torture, et du risque d'un faux témoignage ; mais surtout pour le fait qu'il valorise la catégorie de la certitude morale comme catégorie dans laquelle la preuve indiciariale vient à constituer l'âme du nouveau procès moderne. De plus, Pagano affronte la question avec une rigueur technico-juridique bien loin de la plupart des textes de la littérature sur la probabilité qui traite de la preuve indiciariale plus comme une catégorie philosophique que comme une catégorie juridique. Sa conviction que la probabilité peut faire sortir l'indice du royaume de l'incertitude, fait qu'il commence un vrai ré-examen du système des preuves légales. Pour

³²⁸Pour ce qui est de la « preuve pleine » et « demi-pleine », cf. Rosoni, 1995, ch. II auquel on s'est beaucoup inspiré pour traiter de cette question en particulier et de la position de Pagano dans ce chapitre.

Pagano, un indice n'est pas une preuve demi-pleine au sens où il s'agirait d'une preuve plus faible qu'une preuve pleine, mais l'union de plusieurs indices peut former une preuve et donner la certitude morale, c'est-à-dire la probabilité qui naît de leur somme :

« Les indices peuvent et doivent s'unir entre eux pour qu'on ait la certitude morale (...) de la somme des indices différents naît une probabilité supérieure »³²⁹.

Concernant le calcul des indices permettant d'obtenir une preuve complète, il convient de noter la position de Voltaire qu'il vaut la peine de rappeler pour se rendre compte des différentes positions à l'égard de cette question si débattue au Siècle des Lumières :

« Le parlement de Toulouse a un usage bien singulier dans les preuves par témoins. On admet ailleurs des demi-preuves, qui au fond ne sont que des doutes ; car on sait qu'il n'y a point de demi-vérités ; mais à 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 »³³⁰.

La position polémique de Voltaire apparaît un peu inappropriée car la discussion autour des indices est bien plus compliquée que cela, comme en témoigne l'article *Indices* de l'Encyclopédie de 1773 :

« Les indices en quelque nombre qu'ils soient, ne forment pas des preuves suffisantes pour condamner un accusé ; ils font seulement naître des soupçons et plusieurs indices qui concourent, peuvent être considérés comme un commencement de preuve qui détermine quelquefois les juges à ordonner un plus amplement informé, même quelquefois à condamner l'accusé à subir la question s'il s'agit d'un crime capital ; ce qui ne doit néanmoins être ordonné qu'avec beaucoup de circonspection, attendu que les indices les plus forts sont souvent trompeurs ».

En général, le droit du XVIII^e siècle considérait que les indices, pour être sommés entre eux, devaient :

- être différents quant à la qualité ;
- se référer à des phases chronologiquement différentes du délit ;
- tendre tous vers une démonstration univoque,

selon la célèbre formule latine : *quae singula non prosunt, collecta iuvant*³³¹.

Je ne traiterai pas ici en détail la distinction entre indice et présomption et entre présomption et conjecture³³² ; mais il est quand même indispensable de préciser certains concepts qui se relient au concept fondamental de signe exposé précédemment et pour rendre

³²⁹Pagano, *Théorie des preuves*, ch. V, § 5 et 6. Dorénavant cité comme TP.

³³⁰Voltaire, *Sur les livres des délits et des peines*, dans *Oeuvres complètes*, p. 461, Paris 1827.

³³¹Cf. Rosoni, 1995, ch. II, livre auquel on s'est amplement inspiré pour la reconstruction du concept d'indice.

³³²Pour une analyse détaillée de ces concepts, on renvoie à Rosoni, 1995, ch. III.

plus compréhensibles les nouveautés apportées par le napolitain à la nouvelle construction de la théorie de la preuve.

La preuve indiciaire, en effet, naît d'un syllogisme ou enthymème qui procède d'assertions probables, d'hypothèse, d'indices ou de signes :

« Les enthymèmes [...] sont adaptés au genre judiciaire : en effet ce qui s'est passé de manière pas claire admet surtout la recherche de la cause et la démonstration »³³³.

Pour Aristote l'enthymème diffère de la définition classique selon laquelle il serait un syllogisme où on tait une des prémisses :

« L'enthymème est un syllogisme parfait dans l'esprit, mais imparfait dans l'expression ; parce qu'on y supprimait quelque une des propositions comme trop claire et trop connue, et comme étant facilement supplée par l'esprit de ceux à qui on parle »³³⁴.

Il s'agit de la distinction expliquée avant entre logique inductive et logique déductive opérée par Aristote sur la base de la différenciation entre syllogismes démonstratifs ou apodictiques qui rentrent dans la sphère du nécessaire, et syllogismes dialectiques ou rhétoriques qui rentrent dans la sphère du vraisemblable et du probable. Or, le signe peut être reconduit à toutes les trois figures syllogistiques, mais seulement les signes de la première figure seront non falsifiables s'il seront vrais. Au contraire, les signes de deuxième et troisième figures en perdant leur caractère de nécessité, puisqu'ils diffèrent quant à la forme syllogistique, acquièrent par contre un caractère de possibilité prévisionnelle.

Indice et présomption renvoient à des moments différents du même processus logique. Mais si l'indice est lié directement au fait à prouver, la présomption a, avec le fait, un lien de type argumentatif. Selon l'étymologie qu'en fait Carrara³³⁵ *indice*, dans sa signification naturelle, exprime un fait quelconque qui sert à indiquer un autre fait. Son étymologie est analogue à celle d'induction, mais au lieu de se référer à l'idée, elle se réfère à la proposition matérielle en substituant à *l'inde duco l'inde dico*. Encore une fois, donc, on a l'occasion de mettre en lumière le lien entre le concept de preuve juridique et la théorie de l'argumentation.

Sur le même argument utilisé à la fin du XVIII^e siècle, Joseph Bernardi écrit :

« Les indices sont des signes apparents et probables qu'une chose est. Les présomptions sont les jugements qu'on forme d'après les indices. Et si l'on en vient à ce degré de probabilité, qu'il soit impossible que la première soit certaine, et que la seconde soit douteuse, la présomption est considérée pour lors comme une preuve complète, capable par conséquent de porter la conviction dans l'esprit. Mais il est rare de trouver, dans les

³³³ Aristote, *Rhétorique*, livre II, ch. 25, 1402b. Cf. aussi livre I, ch. I, 1355a et ch. 10, 1368a.

³³⁴ A. Arnauld, P. Nicole, *La logique ou l'art de penser*, ch. I, pp. 179-180.

³³⁵ Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, Lucca, 1871 ; cité dans Rosoni, 1995, p. 99.

matières criminelles, des présomptions de cette force ».³³⁶

Le rôle que la probabilité joue dans les indices a sa place même dans l'article *présomption* de l'*Encyclopédie* :

« Est une opinion que l'on a d'un fait dont n'a pas une preuve certaine, mais qui est fondée sur certaines apparences ; telles sont les conséquences que l'on tire d'un fait connu, pour servir à découvrir la vérité d'un fait dont on cherche la preuve ».

A l'époque moderne régnait une certaine confusion entre *indices* et *présomptions* qui a conduit à la création d'innombrables catégories et sous-catégories qui seront simplifiées seulement à partir du XVIII^e et surtout XIX^e siècle avec la naissance d'une théorie de la preuve mieux définie. On pourrait identifier la présomption, comme l'explique Rosoni, « comme ce qu'aujourd'hui nous appelons une *preuve critique* qui correspond à un processus logico-inductif dont le résultat consiste dans un jugement avec lequel on considère comme vrai ce qui pourrait à raison être seulement vraisemblable ou probable ». Mais ce qui me paraît important souligner c'est que la présomption est liée à l'idée de probable. Elle est une argumentation qui se déploie tout au long du chemin du doute, du vraisemblable et de l'*id quod plerumque accidit*, de ce qui arrive dans la plupart des cas ; c'est-à-dire du chemin *normal* du droit³³⁷.

³³⁶Bernardi, J., *Principes des lois criminelles suivis d'observations impartiales sur le droit romain*, Paris, 1788 ; dans Rosoni, 1995, p. 99.

³³⁷Cf. Taruffo, 2009, p.88-91 : « La vraisemblance est ce qui correspond à la normalité d'un certain type de comportement ou d'expériences. Bref, ce qui est vraisemblance est ce qui correspond à l' *id quod plerumque accidit*. (...) Pour juger vraisemblable un énoncé relatif à un événement, il faut disposer d'une connaissance relative à la normalité de l'événement en question, c'est à dire de l'*id quod plerumque accidit* relatif à l'événement. (...) Donc il n'y a aucune correspondance ou coïncidence entre vraisemblance et vérité. Un fait qui est considéré vraisemblable au sens qu'on vient d'indiquer, peut ne pas s'être vérifié, pour n'importe quelle raison : cela signifie que l'énoncé qui touche à ce fait peut apparaître vraisemblable alors que cela est faux en réalité, puisque la réalité de ce qui est arrivé ne correspond pas à ce que dit l'énoncé. On peut opérer une distinction entre vraisemblance et probabilité puisque le jugement de vraisemblance ne fournit aucun élément de connaissance à propos de la vérité ou de la fausseté d'un énoncé ; par contre, la probabilité a à faire à des raisons valables pour tenir un énoncé pour vrai ou pour faux. Pour ainsi dire, la probabilité fournit des informations quant à la vérité ou à la fausseté d'un énoncé, alors que la vraisemblance a à faire seulement à l'éventuelle normalité de ce que décrit l'énoncé. Les deux concepts font référence à des critères de qualification différents et non coïncidents. (...) La vérité d'un énoncé est déterminée par la réalité de l'événement auquel l'énoncé se réfère. Au contraire, on peut dire qu'un énoncé est probable à partir du moment où on dispose des informations selon lesquelles on considère comme justifié d'affirmer que cet énoncé est vrai. On peut conclure que la probabilité est une fonction de la justification que s'attribue à un énoncé, sur la base des éléments de connaissance disponibles. Quant aux procès, où les informations disponibles sont offertes par les preuves, il peut arriver qu'elles fournissent un certain degré de confirmation à l'énoncé qui tient à un fait relevant de la décision. On pourra alors affirmer que cet énoncé se révèle être "probablement vrai", à condition de vouloir affirmer, avec cette expression, que les preuves acquises pendant le procès fournissent des raisons suffisantes pour confirmer l'hypothèse que cet énoncé soit vrai. (...) Il faut donc conclure que les concepts de vérité, vraisemblance et probabilité ne sont pas équivalents entre eux ni résolubles les uns dans les autres. Affirmer qu'un énoncé de fait a été prouvé (c'est à dire qu'il est probablement vrai), n'équivaut point à dire qu'il est vrai, car on ne peut pas non plus exclure l'éventualité (peut-être improbable) qu'il soit faux. Par contre, affirmer qu'un énoncé n'a pas de

Comme cela a été bien expliqué par Giuliani, « la présomption est liée à l'idée du normal : elle est un principe d'économie de la recherche énonçant qu'il ne faut pas tout prouver ; puisque l'idée du normal nous offre des points de référence, des *vérités probables* qui sont au dessous des simples conjectures (...). La théorie des présomptions, en tant que logique de l'enquête nous permet d'explorer les différents points de vue et d'adhérer avec notre assentiment à la vérité plus probable : et même la présomption est une preuve qui part du « vraisemblable » ou des « signes ». Dit autrement, la présomption est un moyen pour rationaliser et rendre plus efficace le processus qui conduit à la preuve. Giuliani nous rappelle également que même le principe de *l'onus probandi incumbit ei qui dicit* est lié à la théorie

confirmation probatoire (c'est à dire que probablement il n'est pas vrai), n'exclut nullement l'éventualité qu'il soit vrai. Dans les deux cas, que l'énoncé soit ou ne soit pas vraisemblable n'a aucune importance. (...) Il y a plusieurs raisons pour lesquelles la conception répandue dans quelque aire culturelle, selon laquelle le raisonnement probatoire devrait être conçu selon les calculs du théorème de Bayes, c'est à dire selon le calcul quantitatif de l'incrément de la probabilité du à l'accroissement d'informations nouvelles dans un contexte donné, n'est pas digne de foi. En effet, dans la plupart des cas, les calculs quantitatifs de la probabilité ne sont pas applicables dans les procès. Au contraire, il y a un sens à parler de probabilité à propos du raisonnement probatoire, à condition de faire référence au concept de probabilité logique, c'est à dire au degré de confirmation que les preuves peuvent fournir aux énoncés de fait qui sont posés à la base de la décision ». «Verosimile è ciò che corrisponde alla normalità di un certo tipo di comportamenti o di accadimenti. In sostanza è verosimile ciò che corrisponde all'*id quod plerumque accidit*. (...) Per ritenere verosimile un enunciato relativo ad un evento bisogna disporre di una conoscenza di fondo relativa alla normalità del verificarsi di quell'evento, ossia dell'*id quod plerumque accidit* relativo a quell'evento. (...) Quindi non vi è nessuna coincidenza o corrispondenza tra verosimiglianza o verità. Un fatto che si considera verosimile nel senso appena indicato può benissimo non essersi verificato, per qualunque ragione : ciò significa che l'enunciato che riguarda quel fatto può apparire verosimile ma è falso, in quanto la realtà di ciò che è accaduto non corrisponde a ciò che l'enunciato narra. Si può operare una distinzione tra verosimiglianza e probabilità in quanto il giudizio di verosimiglianza non fornisce alcun elemento di conoscenza intorno alla verità o falsità di un enunciato, mentre la probabilità attiene all'esistenza di valide ragioni per ritenere che un enunciato sia vero o sia falso. Per così dire, la probabilità fornisce informazioni intorno alla verità o alla falsità di un enunciato, mentre la verosimiglianza attiene solo all'eventuale "normalità" di ciò che l'enunciato descrive. I due concetti fanno riferimento a criteri di qualificazione diversi non coincidenti. (...) La verità di un enunciato è determinata dalla realtà dell'evento al quale l'enunciato si riferisce. Invece si può dire che un enunciato è probabile nel momento in cui si dispone di informazioni in base alle quali si ritiene giustificato affermare che quell'enunciato è vero. In sostanza, la probabilità è una funzione della giustificazione che si attribuisce ad un enunciato, sulla base degli elementi conoscitivi disponibili. Nell'ambito del processo, nel quale le informazioni disponibili sono offerte dalle prove, può accadere che esse forniscano un determinato grado di conferma all'enunciato che riguarda un fatto rilevante per la decisione. Si potrà allora dire che questo enunciato risulta essere "probabilmente vero", a condizione di intendere con questa espressione che le prove acquisite al processo forniscono ragioni sufficienti per far ritenere confermata l'ipotesi che quell'enunciato sia vero (...). In sostanza, dunque, i concetti di verità, verosimiglianza e probabilità non sono tra loro equivalenti e non sono risolvibili l'uno nell'altro. Dire che un enunciato fattuale sia stato provato (ossia : è probabilmente vero) non equivale a dire che esso è vero, poiché non rimane comunque esclusa l'eventualità (magari improbabile) che esso sia falso ; per contro, dire che un enunciato è privo di conferma probatoria (e quindi probabilmente non è vero) non esclude l'eventualità che in realtà esso sia vero. In entrambe le situazioni, che l'enunciato sia o non sia verosimile è irrilevante. (...) Vi sono varie ragioni per le quali la concezione diffusa in alcune aree culturali, secondo la quale il ragionamento probatorio dovrebbe essere svolto secondo il calcolo fondato sul teorema di Bayes, ossia secondo il calcolo quantitativo dell'incremento di probabilità dovuto all'inserimento di informazioni nuove in un contesto dato, non è attendibile. Nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, i calcoli della probabilità quantitativa non sono applicabili nel processo. Ha invece senso parlare di probabilità a proposito del ragionamento probatorio a condizione di far riferimento al concetto di probabilità logica, ossia di grado di conferma che le prove sono in grado di fornire agli enunciati di fatto che vengono posti alla base della decisione".

des présomptions, en tant que conséquence du critère économique de la meilleure probabilité. Giuliani va jusqu'à affirmer que la structure du droit confirme la compatibilité de la logique du probable (liée à la catégorie de la présomption) avec le caractère de conditionalité de la vérité propre de la logique formelle. C'est-à-dire que la présomption est un nœud logique qui concilie la nécessité d'obtenir une vérité formelle avec l'exigence d'une enquête ayant un caractère expérimental.

Pour Perelman la présomption est présentée comme point de départ des argumentations dans le processus de la preuve artificielle. Il lui confère la signification logique de vérité provisoire opposée à celle rhétorico-judiciaire qui toutefois la caractérise à partir d'autres points de vue. Elle se fonde ou sur les signes (principes naturels) ou sur les prévisions de comportement basées sur des constantes (principes humains)³³⁸.

Les concepts de présomption et d'indice ouvrent un problème non marginal pour les philosophes du XVIII^e siècle. La polémique contre le système de la preuve légale conduite même par Pagano, naissait de l'impossibilité de conciliation entre preuve juridique et preuve philosophique, c'est-à-dire entre *certitudo legale* et *certitudo morale*. Une autre difficulté naissait du fait que les deux concepts impliquaient un fractionnement de la certitude en créant par là une *contradictio in terminis*, puisque si de certitude il s'agit, on ne saurait la diviser : la certitude est l'entier, donc il n'y a pas de sens à parler de demi-preuves car il n'existe pas de demi-vérités, pour utiliser une expression efficace de Beccaria dans *Des délits et des peines*³³⁹.

³³⁸Cf. Rosoni, 1995, pp. 102-104.

³³⁹Voilà un passage où Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ch, 14, traite de la question : « Il y a un théorème général très utile pour calculer la certitude d'un fait : par exemple la force des indices d'un crime. Quand les preuves d'un fait dépendent les unes des autres, c'est à dire quand les indices ne se prouvent qu'entre eux, plus nombreuses sont les preuves qu'on présente, mineure est la probabilité d'un fait, car les cas qui feraient manquer les preuves antécédentes, font manquer aussi les preuves subséquentes. Quand toutes les preuves inhérentes à un fait ne dépendent que d'une seule, le nombre des preuves ni n'augmente ni ne diminue la probabilité, car toute leur valeur dépend de la valeur de la seule preuve dont elles dépendent. Quand les preuves sont indépendantes les unes des autres, c'est à dire quand les indices se prouvent autrement que simplement par eux-mêmes, plus haut sera le nombre des preuves qu'on présente, majeure sera la probabilité du fait ; en effet, l'erreur d'une preuve ne conditionne pas l'autre. Je parle de probabilité à propos des délits qui pour être punis demandent à être prouvés avec certitude. Mais il faut que disparaisse le paradoxe pour ceux qui considèrent qu'à proprement parler, la certitude morale n'est qu'une probabilité. Mais cette probabilité, on peut l'appeler certitude, puisque tout homme raisonnable sera nécessairement d'accord à agir suivant la nécessité et antérieurement à toute spéculation. Donc la certitude qu'il faut invoquer pour condamner un accusé, est la même que celle qui dirige tout homme dans les opérations les plus importantes de sa vie ». « Vi è un teorema generale molto utile a calcolare la certezza di un fatto, per esempio la forza degli indizi di un reato. Quando le prove di un fatto sono dipendenti l'una dall'altra, cioè quando gli indizi non si provano che tra di loro, quante maggiori prove si adducono tanto è minore la probabilità del fatto, perché i casi che farebbero mancare le prove antecedenti fanno mancare le susseguenti. Quando le prove di un fatto tutte dipendono ugualmente da una sola, il numero delle prove non aumenta né sminuisce la probabilità, perché tutto il loro valore si risolve nel valore di quella sola da

Comme le fait remarquer Rosoni, il est alors étrange qu'à partir de ces corollaires les philosophes postulaient le principe de l'*intime conviction* du juge. En effet, en critiquant cette « arithmétique de l'implication », ils finissent par soutenir le principe qui est à la base de la nouvelle théorie de la preuve indiciariaire : la certitude est bien fractionnable et on peut la rejoindre à petits pas, indice après indice, présomption après présomption. Le résultat est qu'on assiste au XVIII^e siècle à la naissance de concepts fondamentaux, ceux de preuve et de certitude morale, qui deviennent l'emblème d'un contraste net entre la position des juristes et la position des philosophes. On peut l'apercevoir dans ce passage de Joseph Michel Antoine Servin, avocat au parlement de Grenoble et fort partisan des idées de Beccaria :

« Quoiqu'il n'y ait point de demie vérité ni de demie conviction, cependant il peut y avoir des demies preuves ; et certaines choses, qui seules ne prouveroient rien, ont cette force quand elles sont réunies. Ce n'est point alors par elles mêmes qu'elles opèrent conviction, mais par le rapport qu'elles ont entre elles, par l'impossibilité qu'il y a qu'elles puissent s'accorder à moins de la vérité de la chose qui est rapportée. Ainsi un homme ayant été trouvé poignardé dans un bois, si l'on découvre que tel autre y a été en même temps que lui ce ne sera là qu'une légère présomption ; mais s'il est prouvé que cet autre avoit un poignard de telle forme et que le procès verbal atteste que c'est avec une arme de cette espèce que la plaie meurtrière s'est faite ; si d'ailleurs ce poignard s'est trouvé couvert de taches de sang à demi effacées et qu'on ait remarqué à coté du mort une touffe d'herbe où une arme ensanglantée ait été essuyée ; tout cela rassemblé formera une preuve de l'ordre moral, ou ce que les Juriconsultes appellent une présomption de droit, qui équivaut à la certitude »³⁴⁰.

Dans le climat enthousiaste du XVIII^e siècle où on cherchait une conciliation entre preuve légale et intime conviction tout en passant par le calcul des probabilités, certains, comme Voltaire, se montrent sceptiques à l'égard de cette position, surtout si le calcul doit être appliqué à la certitude *in criminale*. Dans son *Essai sur les probabilités en fait de justice* les paroles de Voltaire montrent toute la dangerosité d'une telle confiance dans les indices et dans la certitude obtenue par leur somme :

« J'ignore pourquoi l'auteur de l'article probabilité dans le grand Dictionnaire encyclopédique, admet une demi-certitude. Il me semble qu'il n'y a pas plus de demi-certitude que de demi-vérité. Une chose est vraie ou fausse, point de milieu. Vous êtes certain ou incertain. Cette étude des probabilités est la science des juges : science aussi respectable que leur autorité même, puisqu'elle est le fondement de leurs décisions. Un

cui dipendono. Quando le prove sono indipendenti l'una dall'altra, cioè quando gli indizi si provano d'altronde che da se stessi, quante maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto, perché la fallacia di una prova non influisce sull'altra. Io parlo di probabilità in materia di delitti, che per meritare pena debbano essere certi. Ma svanirà il paradosso per chi considera che rigorosamente la certezza morale non è che una probabilità, ma probabilità tale che è chiamata certezza, perché ogni uomo di buon senso vi acconsente necessariamente per una consuetudine nata dalla necessità di agire, ed anteriore ad ogni speculazione ; la certezza che si richiede per accertare un uomo reo è dunque quella che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita”.

³⁴⁰A. N. Servin, *De la legislation Criminelle*, Basel, 1782, II, p. 343; dans Rosoni, 1995, pages 213-214.

juge passe sa vie à peser des probabilités les unes contre les autres, à les calculer, à évaluer leur force. Dans le civil, tout ce qui n'est pas soumis à une loi clairement énoncée est soumis au calcul des probabilités. Dans le criminel, tout ce qui n'est pas prouvé évidemment, y est soumis de même ; mais avec une différence essentielle. Quelle est cette différence ? Celle de la vie et de la mort, celle de l'honneur de toute une famille et de son opprobre ».

La position de Voltaire nous semble fondamentale car celle-ci nous amène à nous plonger dans une dimension qui, laissant pour un moment de côté la question des possibles applications du calcul mathématique *in iure*, nous oblige à tracer les bornes d'un problème bien plus urgent qui est celui de l'arbitre judiciaire. Cette attention à la dangerosité de l'arbitre judiciaire, peut faire remarquer combien est étroit, à l'époque moderne, le lien entre réflexion philosophique et réflexion juridique. Bien plus, la philosophie est *ancilla juris* dans le sens où le droit est complètement orienté par la philosophie. Non une philosophie quelconque, mais la philosophie du Siècle des Lumières attentive aux conséquences anthropologiques du droit. Cette évidence nous amène à considérer que, peut-être, l'état du droit actuel est bien plus « technique » que « philosophique ». Ceci conduit, évidemment, à la perte de la dimension utilitariste du droit conçu, au XVIII^e siècle, comme la forme la plus haute de philosophie.

Dans son *Essais sur les probabilités*, Voltaire mentionne un cas exemplaire réellement arrivé à Bruxelles, le cas de la veuve et du jésuite. Parce que c'est là tout le problème qui naît de la confiance dans les indices, l'introduction du principe de l'intime conviction peut faire facilement apparaître le fantôme de l'arbitre judiciaire. Voilà là encore une fois un problème posé au XVIII^e siècle et d'une remarquable actualité aujourd'hui³⁴¹.

A une analyse plus approfondie, donc, on s'aperçoit facilement du fait que la cible polémique de Voltaire n'est point l'*indice* comme catégorie juridique, mais plutôt le processus qu'il engendre. Et aussi un certain optimisme mal-voyant de vouloir résoudre par un langage

³⁴¹Pensons par exemple à un cas judiciaire tristement connu partout, dont la fin justement dans ces jours a divisée l'Italie. Je me réfère au brutal homicide de Meredith Kercher commis à Perugia il y a environ deux ans. Pour ce crime ont été condamnés deux jeunes amis de la victime : l'américaine Amanda Nox à 36 ans de prison ferme et son petit-ami au moment de l'homicide, l'italien Raffaele Sollecito condamné à 35 ans de prison ferme. Ce cas est emblématique d'un procès basé entièrement sur des indices où il manque complètement de « preuves entières », pour utiliser le langage utilisé par les juristes du XVIII^e siècle. L'Italie est divisée entre « colpevolisti » et « innocentisti » (ceux qui croient à la culpabilité des deux imputés et ceux qui croient à leur innocence). Ceux qui croient à l'innocence basent leurs raisons justement sur le fait que le juge a utilisé de manière peu juste et peu objective sa conscience qui est dégénérée dans un arbitre qui au moment de la décision s'est nourri des pressions provenant des médias. Le cas de ce procès retenu par beaucoup comme non-valable car seulement *indiciaire*, a engendré un incident diplomatique entre l'Italie et les États-Unis dont la secrétaire d'État, Hillary Clinton, a assuré qu'on jettera la pleine lumière sur le procès. Dans le même moment où on concède au magistrat la liberté de jugement sur le fait, se pose le problème de préciser le champs d'application de cette liberté pour éviter sa chute dans l'arbitre. C'est à cause de cela que beaucoup de procès comme celui de Perugia deviennent des cas politiques qui posent le problème des limites et des contre-poids qui doivent balancer, et peut-être limiter, certains pouvoirs.

mathématique des questions d'ordre pratique, en laissant de côté la bien plus raisonnable preuve argumentative typique du système anglais, miroir d'une philosophie inspirée au prudent sens commun. C'est pour cela que les paroles du Philosophe dans *Zadig* (1748, pages 1920,1938) qui sont une véritable apologie du raisonnement indiciaire, n'apparaîtront en aucune manière en contradiction avec ses positions jusqu'ici présentées :

« J'ai vu sur le sable les traces d'un animal, et j'ai jugé aisément que c'étaient celles d'un petit chien. Des sillons légers et longs, imprimés sur des petites éminences de sable entre les traces des pattes, m'ont fait connaître que c'était une chienne dont les mamelles étaient pendantes, et qu'ainsi elle avait fait des petits il y a peu de jours ».

Les écrits de Voltaire en France, de Beccaria et de Filangieri en Italie, ayant tous comme objectif polémique les erreurs judiciaires et le respect de l'humaine dignité, ont contribué de manière absolument déterminante à la réforme du système pénal et du système des preuves. Cette révolution a eu lieu au cours du débat de l'Assemblée Constituante entre décembre 1790 et janvier 1791. A partir de cette date le principe de l'intime conviction a été formalisé soit dans le *Code des délits et des peines* (3 brumaire an IV), soit dans le *Code d'Instruction criminelle* de 1808, et de là, dans les Codes du XIX^e siècle. Les discussions entre philosophes resteront pourtant ouvertes sur la composition du jury dont la représentation mythique à l'époque est le jury anglais³⁴², sur la réglementation de la preuve libre, sur les juges professionnels. Mais le principe de l'intime conviction ne sera plus jamais mis en discussion³⁴³.

La discussion des philosophes autour de l'inefficacité du système des preuves légales se joue sur deux fronts : le système complexe des indices et le problème du témoignage dont je traiterai plus en détail.

Le système des indices, malgré une certaine complexité, peut, toutefois, donner au juge de bonnes solutions pour atteindre la certitude morale³⁴⁴. Mais pour cela, il faut éliminer un des obstacles majeurs : celui de la pluralité d'indices. Les philosophes la critiquaient avec force au point d'accepter d'en discuter seulement dans les cas d'indices *non différents, convergents, de la même nature, prochains, concordants*. De plus, les indices doivent pouvoir

³⁴²Cf. A. Padoa-Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai "Filosofes" alla Costituente*, Milano 1994.

³⁴³Pour approfondir ces aspects, on renvoie aux travaux de A. Esmein, *Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, et E. Seligman, *La justice en France pendant la Révolution*.

³⁴⁴Selon l'article "Certitude" de l'*Encyclopédie* : "La certitude morale est celle qui est fondée sur l'évidence morale : telle est celle qu'une personne a du gain ou de la perte de son procès, quand son Procureur ou ses amis le lui mandent, ou qu'on lui envoie copie du jugement, parce qu'il est moralement impossible que tant des personnes se réunissent pour en tromper une autre à qui elles prennent intérêt, quoique cela ne soit pas rigoureusement et absolument impossible".

assurer une force probatoire qui soit au moins similaire à celle des preuves légales, *in primis* au témoignage. Un exemple parfait de cette nouvelle perspective à propos des indices nous est offert justement par Pagano dans sa *Théorie des preuves* :

« L'homicide commis par « Tizio » est indiqué par sa fuite, par les menaces, par sa présence dans le lieu du délit. La fuite indique soit sa culpabilité soit sa peur. La menace indique soit sa culpabilité soit sa fausseté ; le fait de se trouver dans le lieu soit sa culpabilité soit un simple hasard de se trouver dans ce lieu. Pour la culpabilité concourent tous les trois indices ; pour la peur, pour la fausseté, pour le hasard concourt toujours un seul indice, en étant celui de trois choses différentes. Donc on obtient la probabilité de un contre trois ».

Pagano n'a aucun doute quant à la possibilité d'une conviction fondée seulement sur des indices. Lorsque la preuve indiciare est pleine, elle ne diffère en rien de la preuve testimoniale. La preuve indiciare, donc, peut être tout à fait rapprochée des preuves proprement dites car celle-là aussi permet de remonter d'un fait connu à un fait inconnu. Lorsque, au contraire, un indice doit être lié au méconnu, mais pas toujours, alors l'indice ne sera pas nécessaire, mais seulement probable. La première et plus importante division qu'accomplit Pagano est, donc, entre les indices nécessaires et les indices probables :

« Si l'existence de quelque chose, ou d'un fait, porte nécessairement avec soi la coexistence d'un autre, alors le fait qu'indique le méconnu est l'indice nécessaire. Mais si le fait connu, c'est-à-dire l'indice, doit souvent être relié au méconnu, mais pas toujours, alors il ne sera que probable. Par exemple : Caja a accouché, donc elle a couché avec un homme. Voilà un indice nécessaire. Antoine a été retrouvé près du cadavre de Tizio avec le couteau ensanglanté : donc Tizio est le tueur. Voilà un indice probable. (...) L'indice nécessaire n'admet pas la possibilité qu'une chose se passe de différentes manières »³⁴⁵.

La grande nouveauté apportée par Pagano consiste dans le fait d'avoir finalement su traiter la question des indices et, donc, plus généralement la question de la certitude morale, en ne s'appuyant pas seulement sur des principes philosophiques, mais en appliquant une attention techniquement rigoureuse.

Si on pense, en effet, au panorama de la criminalistique de la génération de Pagano, toute plongée dans l'effort pour tracer une route sûre permettant d'atteindre la certitude morale, on remarque immédiatement un manque grave dans les œuvres qui traitent de la question.

En Italie, par exemple, les noms de Beccaria, de Nani, de Filangieri ou de Genovesi, etc. : se relie de manière inextricable aux noms des français, Montesquieu, Diderot, D'Alembert. Pagano, tout en faisant partie de cette génération, semble toutefois appartenir à

³⁴⁵Pagano, *Teoria delle prove*, p. 3. Dorénavant désigné par TP.

une génération suivante, car son intention n'est plus, comme pour ses contemporaines, celle de réformer *philosophiquement* le système pénal ; mais celle d'une réforme intégrale du droit qui se rapproche des idéaux humanistes des philosophes du siècle des Lumières, celle d'une préparation technique-juridique rigoureuse.

Malgré un univers de valeurs communes reliant tous ces penseurs, la position de Pagano à l'égard du droit pénal est vraiment différente des autres, mais si on voulait faire des parallèles, la pensée de Pagano est bien plus proche de celle de Filangieri que celle du bien plus connu Beccaria :

« C'est une chose étrange : entre beaucoup d'écrivains qui se sont consacrés à l'étude des lois, certains ont traité cette matière seulement comme juriste, d'autres comme philologue, d'autres comme politique, en ne prenant en considération qu'une seule partie de cet immense édifice. Certains comme Montesquieu ont plutôt raisonné sur ce qui a déjà été fait plutôt que sur ce qu'il fallait encore faire. Mais personne ne nous a encore donné un système complet et raisonné de la législation ; personne n'a pas encore réduit cette matière à une science sûre et ordonnée en unissant les moyens aux règles et la théorie à la pratique. C'est ce que je vais faire dans cette œuvre qui porte comme titre: la science de la législation »³⁴⁶.

Comme Filangieri, Pagano retient qu'il faut réformer le droit pour en faire une science qui puisse combler les lacunes des penseurs du siècle des Lumières qui envisageaient une réforme politique sans aucun support logique indispensable au droit pénal. Réforme logique qui n'exclut nullement une polémique vigoureuse chargée de passion politique contre les abus commis par les tribunaux ou contre un système fautif des délits et des peines. Chez Pagano, par exemple, on assiste à la tentative de laïcisation des délits typique du siècle des Lumières visant la suppression des délits d'opinions et à la séparation du champ pénal et du champ théologico-moral³⁴⁷.

En effet, malgré les indications utiles et les courageuses tentatives de borner la dérive anarchiste du droit grâce à une réorganisation normative totale, il manquait aux penseurs du XVIII^e siècle, la capacité de construire le nouvel édifice normatif sur des bases techniques solides. On ne peut pas nier les grands mérites d'un tel programme ; toutefois il apparaît plutôt comme un programme éthico-politique que comme un programme éthico-juridique, puisque l'intention principale était celle de rompre de manière définitive avec un passé assez proche considéré comme le « Moyen-Age » du droit. De plus, beaucoup de penseurs de la génération pagannienne ont mal interprété la leçon de Montesquieu qui, au contraire, est tout à fait

³⁴⁶Filangieri, G., 1864, vol. I. p. 41-42.

³⁴⁷Cf. Ippolito, 2008, p. 172.

comprise par le napolitain qui, encore une fois, se révèle un précurseur des doctrines du libéralisme du XIX^e siècle.

Le but que beaucoup de penseurs du siècle des Lumières se fixaient, était un but utilitariste, qui dissimulait une contradiction interne, celle d'une pensée qui proclamait sa volonté de défendre de manière générale les droits des hommes, en assignant à l'application de la peine une fonction d'intimidation, et d'une pratique qui, dans les faits, était incapable d'assurer la défense des individus. Ainsi, les exigences de proportionnalité entre la faute et la peine finissaient par succomber au nom d'un principe d'utilité plus haut et plus absolu oublieux de la défense de l'individu.

Montesquieu, au contraire, ne concevait en aucun cas que la liberté individuelle puisse succomber aux exigences utilitaristes en tant que valeur absolue. La peine, donc, ne peut pas avoir une fonction d'intimidation et en tout cas elle doit respecter le principe proportionnel qui se traduit par une forme de distribution. Pagano s'inspire de cette défense des droits naturels des hommes, défense qui traduit la leçon de Montesquieu en une conception profondément garantiste qui identifie le délit la violation d'un droit et qui définit la peine comme « la perte d'un droit pour un droit violé ou pour un devoir non accompli » (*Principi* 241). Comme l'explique Ippolito (2008, p. 180) la justification de la peine dans la pensée de Pagano dérive d'une conception jusnaturaliste qui projette dans l'univers social les lois de la physique ; la peine est donc conçue comme la restauration d'un équilibre naturel violé :

« Dans le système physique de l'univers, la résistance réciproque des corps produit l'équilibre et l'ordre. Dans l'ordre moral, ce sont les peines »³⁴⁸.

C'est donc une grande distance perceptible qui sépare l'univers des penseurs du XVIII^e siècle de l'univers du penseur napolitain dont la position peut être rapprochée de celle de Genovesi, sans que soit présente chez Pagano une aspiration religieuse très importante chez Genovesi. Toutefois, la doctrine paganienne répond, au fond, aux idéaux juridiques de sa génération en ce qui concerne la théorie de la prévention et le canon de la proportionnalité et aussi dans l'expression de l'exigence de la certitude du droit. Le principe de légalité constituait l'étoile polaire de toute sa doctrine et c'est la raison pour laquelle la liberté civile se situe pour lui dans une proportion inverse à l'arbitre punitif dont font souvent preuve les juges et dont témoignent les systèmes pénaux de l'Europe³⁴⁹. En effet, à l'époque de notre auteur, les systèmes pénaux européens étaient caractérisés par le manque total du principe de

³⁴⁸Pagano, *Principi del Codice penale*, p. 10. Dorénavant désigné par PCP.

³⁴⁹Voir Ippolito, 2008, p. 183.

légalité de la peine et par la confusion entre questions de nature substantielle relatives au crime et à la punition, et question d'ordre processuel relatives à la dimension probatoire³⁵⁰. Pagano freine cette confusion en revendiquant le rôle incontournable de la loi qui est la seule et vraie garantie d'un procès juste et grâce à l'application des impératifs de la logique probabiliste au raisonnement du juge qui donc ne doit plus décider sur la base de ses propres idées mais sur la base des preuves présentées, sans que la sanction soit proportionnelle à la quantité de preuves obtenues. Cette même motivation le conduit à exalter le rôle de la formalisation légale de la procédure comme étant une forme incontournable de garantie, alors qu'elle était considérée au contraire par les juristes de la même génération comme une chaîne qui freine la créativité des juges :

« Dans les gouvernements sages et modérés, les lois ont toujours réglé la forme prescrivant la solennité. Gardiennes sévères des droits inviolables et sacrés du citoyen, elles ordonnent que personne ne soit puni, c'est-à-dire, ne soit dépouillé du moindre de ses droits, si ce n'est par un délit légalement prouvé par une procédure régulière. Elles veulent que la morale du juge soit circonscrite dans des bornes qu'il ne puisse franchir ; que la procédure entière soit suivie dans les formes établies. C'est pour cela que non seulement elles déterminent la peine pour chaque délit, mais qu'elles fixent encore la quantité et la qualité des preuves qu'elles exigent (...) »³⁵¹.

Pagano, donc, se situe entre les penseurs plus originaux, tel Montesquieu, qui s'interrogent sur le procès juste en traçant les lignes du procès pénal moderne. L'originalité du projet du napolitain, par rapport à la pensée de Montesquieu, de Filangieri ou de Baccaria, consiste dans l'élaboration d'une nouvelle méthode logique à substituer à l'ancienne manière de mener un procès.

C'est justement pour cette raison que, pendant longtemps et de manière incompréhensible, on a laissé de côté l'œuvre de Pagano qui, au contraire, se révèle la seule œuvre de l'époque qui constitue une réforme totale et non partielle du système pénal car, à la différence des autres œuvres poussées par les mêmes préoccupations, celle de Pagano est motivée par des motivations de nature *pratique* et pas seulement *idéaliste*³⁵². Le fait d'avoir renoncé à toute forme de faux humanitarisme lui a souvent coûté l'accusation

³⁵⁰*Ibid.*

³⁵¹Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*. Dorénavant cité comme CPC, p.18-19.

³⁵²Cette différence fondamentale entre l'œuvre de Pagano et celles des autres protagonistes du siècle des Lumières, est aussi l'occasion pour réfléchir sur une différence fondamentale qui a toujours été présente dans les débats autour du droit, comme s'il s'agissait de choisir entre la sphère pratique et la sphère idéale. Le criminaliste italien, au contraire, n'a aucun doute à cet égard, comme il le déclare dans les *Principii* : « Il faut traiter toutes les parties de la Raison Criminelle ; délits, peines, preuves, ordre d'acquérir celles-ci et d'imposer celles-là ».

d'abstractionnisme juridique et politique³⁵³, bien que dans ses *Considération* la perspective suivie soit de type historique et comparatif. Sa recherche sur les règles pour arriver à un juste procès prend appui sur le procès romain républicain³⁵⁴, pour arriver, enfin, à considérer comme point de référence le procès pénal anglais. C'est-à-dire que le modèle d'inspiration est le procès de type accusatoire conçu comme capable de construire un édifice de garanties contre l'édifice d'inquisition³⁵⁵.

La vision pagannienne accomplit une parfaite synthèse du respect des droits naturels de l'homme d'un côté et de la défense de l'État de l'autre. En partant de ces prémisses, Pagano dans les *Principi del Codice penale* proposait une réforme totale du système pénal qui ne pouvait être accomplie qu'avec l'élévation du droit à la dignité de science à l'aide d'une logique rigoureuse, ce qui distinguait son projet réformateur de ceux de Beccaria et de Filangieri :

« Dans ce siècle la lumière de la Philosophie a commencé à éclairer les ténèbres du For. Le premier a été l'Auteur de l'esprit des lois, c'est-à-dire le célèbre Président Montesquieu qui a jeté un regard philosophique sur la Jurisprudence criminelle »³⁵⁶.

Il me semble pouvoir affirmer que seulement l'œuvre de Leibniz, suivie par celle de Christian Wolff, a atteint l'originalité de celle de Pagano dans la même intention d'élever à la dignité de science le droit à l'aide du calcul des probabilités. Les deux auteurs ont en commun avec Pagano la même exigence de rationalité qui peut finalement fermer les portes aux tentatives utiles mais trop limitées, de sortir la jurisprudence criminelle de la confusion où l'avait plongée les auteurs précédents, y compris Beccaria, fortement critiqué par le napolitain dans l'introduction aux *Principi* :

« A éclairer les ténèbres du For, outre Montesquieu, a contribué le célèbre marquis Beccaria (...). Il a mis en examen beaucoup de doctrines suivies sottement dans le For. Une foule d'écrivains ont suivi le même chemin que ces grands hommes. Mais à vrai dire, même si beaucoup de vues philosophiques et d'humanité s'entrevoient dans leurs œuvres ; à chaque fois ils ne montrent jamais beaucoup de connaissance des lois et du For, et souvent leur analyse n'est ni assez exacte ni assez profonde. Aucun écrivain n'a tenté jusqu'à maintenant de réduire à des principes constants et démontrés les différentes théories, irrégulièrement abordées ni de les enchaîner entre eux. Je souligne que personne n'a essayé de créer une science du droit. Personne n'a rapproché les lois et les habitudes du For des théories de la raison en général. Voilà notre objet, voilà le plan à accomplir ; et voilà l'état du droit Criminel et de ce que nous désirons qu'il soit fait pour lui ».

³⁵³Cf. Solari, 1963, première partie.

³⁵⁴Voir CSP, ch. VII.

³⁵⁵Cf. Ippolito, 2008, p. 186.

³⁵⁶Pagano, 1803, p. 9.

A la différence des autres penseurs du XVIII^e siècle, Pagano possédait en outre une compétence pratique qui lui venait de l'exercice de la profession d'avocat et de celle de professeur de droit criminel. Cette particularité il l'avait sûrement hérité de Genovesi qui lui avait appris l'importance de se mesurer avec la pratique et de faire converger philosophie et droit³⁵⁷. Il me semble fort intéressant de faire remarquer que pour Genovesi, maître adoré par notre auteur, l'éthique pouvait aspirer à la dignité de science, à condition d'abandonner la méthode casuistique et dogmatique, en cherchant son fondement dans la métaphysique et dans la science de la nature. Les principes de l'éthique étaient étroitement liés à ceux de la politique et du droit : la déduction rationnelle, l'observation psychologique, le témoignage. Ceux-ci faisaient de l'éthique la nouvelle science de l'époque, dont Pagano s'est montré un digne interprète.

Très différente était au contraire la formation de Beccaria qui ne possédait point les instruments pour opérer une réforme totale du droit pénal. Son œuvre est le résultat des lectures des auteurs français : D'Alembert, Diderot, Hélietius. Chez Pagano, au contraire, les mêmes lectures ont été filtrées par son propre bagage culturel et le résultat est nettement plus original : à chaque passage, on se rend compte qu'il s'agit de l'œuvre d'un juriste-philosophe et non seulement d'un philosophe.

Nous en avons la preuve à travers sa *Théorie des preuves* où le Lecteur d'éthique défend, encore une fois en allant contre une mentalité bien enracinée à l'époque, le système de la preuve légale qui emprisonnait de manière dangereuse la libre conviction du juge qui souvent tombait dans l'arbitre judiciaire. Avant lui, déjà Filangieri dans sa *Science de la législation* avait dénoncé l'absurdité d'un tel système qui prétendait enchaîner un schéma déductif capable de prouver mécaniquement un fait sur la base de l'addition des preuves auxquelles avait été déjà attribuée *a priori* une valeur probatoire. La critique de Filangieri qui sera celle de Pagano, est que ce système s'avère incapable de produire des inférences inductives typiques de la connaissance historique et empirique.

La preuve légale au XVIII^e siècle avait, ou prétendait avoir, une fonction objective. Son usage visait en théorie à réduire l'arbitraire des juges, mais dans les faits produisait exactement le contraire, en donnant la possibilité de décider sur la base de preuves ayant le « poids supérieur » et en donnant la possibilité au juge d'arriver plus tôt à sa décision tout en recourant à la torture, moyen incontournable pour décider sur la base d'un témoignage,

³⁵⁷Cf. Solari, 1963, première partie.

considéré à l'époque comme la preuve pleine par excellence. L'exigence de rationalisation qui avait été à la base d'une telle systématisation, allait donc se révéler bientôt trompeuse pour les mécanismes capables de l'engendrer.

Pagano ne pouvait pas rester indifférent en considération de la situation dans laquelle versait le Royaume de Naples, triste emblème de la dérive subjectiviste de la profession judiciaire.

Dans ce système rentraient, outre la preuve par témoignage, la preuve scripturale et la preuve indiciaire. Pagano retenait à raison qu'un tel système ne limitait pas seulement la conscience du juge, mais en plus il la violait à cause de la procédure mécanique par laquelle devait advenir la vérité qui s'obtenait seulement par des moyens extérieurs, sans aucune place pour une conviction différente de la part du juge.

Pour la première fois, Pagano rappelle le besoin d'objectivité en matière pénale en observant que la vérité objective doit être confinée dans le domaine des sciences métaphysiques et il fait profession d'empirisme philosophique en affirmant que ce qui compte dans les sciences morales, tel le droit, est la vérité subjective, c'est-à-dire probable, puisque « la démonstration morale n'est qu'une très grande probabilité ». La conviction du juge devait être le résultat d'un acte de conscience aidé par les preuves et non contraint par eux. Une preuve doit être évaluée non pour elle-même, mais pour confirmer le juge dans sa conviction :

« Ainsi, on peut établir pour principe constant que la sureté de la liberté civile diminue à proportion que l'arbitraire du juge augmente. C'est une règle certaine pour apprécier le degré de liberté dont jouit chaque peuple. Heureux celui chez lequel la puissance des lois est sans bornes, le pouvoir des juges très limité ; chez lequel celui-ci n'est que le bras et la voix de la loi, ou plutôt la loi elle-même animée et parlante, et rien de plus »³⁵⁸.

A cet égard, Pagano analyse deux types différents de preuve : la preuve indiciaire et la preuve par témoignage. Témoins et indices ne sont que l'occasion de la conviction du juge, mais ils ne la produisent ni ne la constituent en tant qu'expériences extérieures à l'expérience toute intérieure du juge. Pour l'empiriste Pagano, seules les vérités fondées sur le *sens interne* ou *externe* donnent naissance à la certitude, c'est-à-dire à la vérité probable qui vaut seule lors d'un jugement pénal. Il en résulte un processus de révision des concepts de probabilité et de certitude reconductible à une matrice théorique typiquement lockienne. La vérité du procès devient alors une vérité probabiliste basée sur des opérations logiques de type inductif plutôt

³⁵⁸Pagano, CPC, p. 18-19.

que déductif³⁵⁹.

Sur ce point il faut ouvrir une parenthèse car il existe différentes interprétations en ce qui concerne la conception de Pagano sur l'intime conviction du juge. Selon notre interprétation, les paroles de Pagano ne laissent pas de doutes quant à la possibilité et, même plus, à la nécessité d'une fonction créatrice du juge exercée à l'aide d'une logique du probable construite sur les preuves qui constituent le seul moyen pour rendre négligeable le risque d'une dérive subjectiviste du procès, ce qui fait de Pagano un partisan du principe de l'intime conviction³⁶⁰. Selon Ippolito³⁶¹, au contraire, il est exagéré d'affirmer ceci car, s'il est vrai que Pagano fait référence à l'esprit du juge et à la certitude morale, il est bien plus évident qu'ils expriment la crainte du juriste pour un passage trop facile de l'intime conviction à l'arbitre punitif. Il s'agit d'un risque que quelqu'un d'attentif comme Pagano aux garanties des individus et à leur liberté, n'aurait jamais couru. La loi était alors le seul frein possible à employer. Toutefois, Ippolito semble souligner que l'apparente contradiction entre les affirmations énoncées dans les *Considérations* et celles énoncées dans la *Logique*, œuvre qui pourrait faire penser à une adhésion totale du juriste au principe de l'intime conviction, pourrait être résolue en faisant référence au système théorique élaboré par Filangieri entre conviction subjective et prédétermination légale de l'efficience des données probatoires dans la formulation d'une sentence.

L'auteur de la *Science de la législation* n'a pas de doute quant à la nécessité d'une certitude morale, mais il souligne la dangerosité d'un jugement pénal qui s'appuie seulement sur cet élément qui pourrait représenter une menace contre les droits individuels. La solution proposée par Filangieri avec ses célèbres « canons de jugement » est de concilier le discrétionnaire du juge avec le critère légal, pour que la sentence résulte de la relation entre les deux facteurs et pour que la loi devienne un frein à l'arbitraire des juges, et la conscience des juges un remède à la nécessaire imperfection de la loi. Selon le dessein de Filangieri, donc, preuve légale et conviction subjective seraient les deux conditions nécessaires mais, séparément, pas suffisantes dans la formulation d'un jugement pénal.

Or, selon la fort intéressante interprétation de Ippolito, pour comprendre l'apparente contradiction de la construction théorique de Pagano, il faut considérer comme solution celle proposée par Filangieri dans sa *Science de la législation* que nous venons de résumer et à

³⁵⁹Voir Ippolito, 2008, p. 217.

³⁶⁰De la même opinion s'avère être Palombi, 1979.

³⁶¹Ippolito, 2008, p. 216-222.

laquelle semble s'inspirer Pagano : un ordonnément processuel qui garde les preuves légales mais dans une fonction négative, comme barrière à l'arbitraire du juge ; et non comme fonction positive directe à imposer des sentences automatiques de condamnation. Même si Pagano n'a jamais vraiment élaboré la théorie de la preuve légale négative, selon Ippolito son dessein théorique est à rapprocher de celui de Filangieri, qui s'avère résolutif d'une contradiction évidente chez Pagano. L'existence de la preuve légale est donc nécessaire pour juger quelqu'un comme coupable, mais elle ne peut pas se traduire en jugement de condamnation si elle n'est pas soutenue par la persuasion de celui qui juge. Réciproquement, l'intime conviction du juge sur la culpabilité du suspect est une condition nécessaire pour la condamnation, mais elle n'est pas suffisante s'il lui manque le support des données probatoires établies par la loi.

Selon notre point de vue, ce qui apparaît comme une contradiction, peut être lu comme une interrogation philosophique sur la meilleure méthode à utiliser pour arriver à franchir la ligne du procès juste. Toutefois, je crois que la tendance paganienne se marque pour le principe de l'intime conviction qui doit être supportée et fortifiée par les preuves qui doivent être étudiées et considérées dans une dimension logique. Ce n'est pas un hasard si c'est justement dans une œuvre de nature logique que se trouve la référence à la preuve morale et au principe de l'intime conviction. La mentalité profondément garantiste qui distingue Pagano ne pouvait pas lui faire laisser de côté le rôle fondamental qu'assumait la preuve légale en tant que frein à l'arbitraire du juge ; mais comme en témoigne son œuvre fondamentale, la *Logique des probables*, Pagano est évidemment un des précurseurs et des promoteurs du moderne principe de l'intime conviction.

Mais il y a une différence fondamentale entre indice et témoignage qui provient du fait que le deuxième type de preuve est beaucoup moins sûr que le premier, car la preuve indicielle est toujours moins suspecte que la preuve par témoignage ; souvent même tellement efficace qu'on pourrait l'assimiler à une démonstration géométrique. L'indice possédant un caractère naturaliste fondé dans le rapport de cause et effet, il pouvait mieux garantir la vérité extrinsèque. A travers l'analyse détaillée de la notion paganienne d'indice, je voudrais faire remarquer que par cette notion logique fondamentale, Pagano accomplit une vraie révolution dans le droit en posant au centre de l'univers pénal non plus la preuve en tant que telle, mais la personne du juge qui doit se servir de la preuve pour mettre en œuvre à chaque fois dans le procès la logique des probables qu'il a admirablement essayé de construire. Car intime conviction ne veut point dire arbitre, mais liberté d'évaluation des indices et acquisition de la

certitude par indices qui paraissent indubitables.

5.1 La théorie des indices chez Pagano et la « révolution » des témoignages dans le calcul des probabilités

Francesco Mario Pagano n'a pas de doute quant à la possibilité d'une conviction purement indiciaire, libre de n'importe quel schéma de légalité. La preuve indiciaire lorsqu'elle est pleine et complète ne diffère pas de la preuve par témoignage. Toutefois, la dimension exclusivement philosophique dans laquelle se déploie le débat autour de la preuve indiciaire et l'importance considérable donnée aux concepts de probabilité et de certitude morale, relèvent encore d'une certaine incertitude quant à l'énonciation d'une véritable théorie de la preuve. Cela dit, il opère quand même une grande transformation dans le contexte de la preuve en ce qui concerne indice et témoignage. Le premier dénote la possibilité toute nouvelle qui caractérise le nouveau concept de probabilité qui naît autour des années '90 du XVII^e siècle, de pouvoir graduer la certitude sans qu'elle perde son essence de certitude. Le deuxième introduit dans le calcul l'autre élément caractéristique de la nouvelle manière de s'approcher de la certitude : la subjectivité. L'évaluation du témoignage faite par le juge fait rentrer dans le calcul un élément subjectif qui, à un premier regard, peut paraître totalement étranger à lui, mais qui est fondamental dans le processus décisionnel. Cet élément est ce qu'il y a de plus « révolutionnaire » dans le concept de probabilité paganienne, car il n'implique pas seulement un certain degré de probabilité numérique, mais un certain *degré de croyance*. Et ce qui frappe le plus, c'est, encore une fois, que ces concepts qui ont conduit à former l'actuel concept objectif de probabilité, sont des concepts juridiques. Ceux-ci ont permis de créer ce que j'aime nommer l'« axiomatique de la contingence » qui va servir comme unité de mesure de l'ordre moral, dans lequel l'ordre juridique rentre pleinement en tant que réalisation exemplaire de l'univers du contingent.

Les paroles de Pagano sont emblématiques de cette transformation de portée considérable dans le panorama juridique et je n'hésite pas à considérer sa *Théorie des preuves* ou *Logique des probables* comme révolutionnaire soit pour l'ordre juridique, soit pour l'ordre moral. On verra dans la suite pourquoi.

« La preuve dans les jugements criminels est la démonstration morale d'un fait douteux et controversé ». Or, entre le doute et la certitude, on peut distinguer une infinité d'états qui forment les degrés de probabilité : il s'agit des indices.

Pagano distingue entre la *nature* (c'est-à-dire l'essence) et la *valeur* (c'est-à-dire l'effet) des indices. Dix critères regardent la nature de l'indice, et quatre règles établissent leur valeur :

« Des premières notions dérivent toutes les vérités qui regardent la nature et la valeur des indices. Dans l'exposition des vérités principales qui en établissent la valeur et l'effet, nous adopterons la manière commune de les considérer dans le double aspect, c'est-à-dire pour celui qui regarde l'essence, et la preuve de ceux-là »³⁶².

Les critères définissent la qualité et la quantité des indices. Les quatre premiers illustrent les qualités de la preuve indiciariaire ; les six autres règlent sa quantité. Les indices peuvent être *nécessaires* ou *probables*. C'est ce que nous avons vu précédemment, Pagano illustrant l'indice nécessaire par le fait pour Caja de mettre un enfant au monde, indice nécessaire de sa relation sexuelle avec un homme, et l'indice probable par la découverte d'Antoine tenant un couteau ensanglanté près du cadavre de Tizio.

Prochains ou lointains

« Indices prochains sont les opérations dans le lieu et dans le temps où un homme fut tué. Indices lointains désignent ceux qui ne se relient pas immédiatement avec le fait, mais qui s'ajoutent aux indices reliés avec le fait. Par exemple venir avec des armes dans le lieu où a été commis l'homicide est un indice prochain ; l'inimitié de l'accusé avec celui qui a été tué est un indice lointain ».

Urgents, très urgents, vagues et faibles :

« Les indices urgents sont ceux qui se rapportent à peu d'événements ; très urgents ceux qui normalement indiquent un fait. Les faibles et vagues ceux qui se rapportent à beaucoup de choses qu'ils indiquent de la même manière. Donc les indices prochains, puisque normalement ils indiquent le fait controversé, puisqu'ils sont plus connectés avec ceux-là, peuvent se dire aussi indices urgents »³⁶³.

Intrinsèques et extrinsèques :

« On est obligé de faire une division ultérieure entre les indices : Les uns sont dits intrinsèques, les autres extrinsèques au délit. Les faits qui sont liés à l'acte du crime, ou qui le précèdent, ou le suivent, sont les indices intrinsèques. Ainsi les faits qui n'ont pas avec le délit une connexion naturelle, forment les indices extrinsèques. Tels sont les confessions extra-juridiques ou juridiques du coupable ; ou la confession d'un témoin. Tels faits démontrent le délit ; mais les mêmes faits ni le préparent, ni l'accomplissent, ni le suivent »³⁶⁴.

Après avoir classé les différents indices, Pagano en vient à éclairer les vérités fondamentales autour des indices, pour pouvoir, ensuite, expliquer les règles principales du

³⁶²Pagano, TP, ch, V.

³⁶³*Ibid.*, ch. III.

³⁶⁴*Ibid.*, ch. IV.

calcul mathématique. Il souligne que les indices sont d'autant plus graves et urgents quand ils sont moins généraux et vagues, c'est-à-dire quand ils sont rapportés à un nombre inférieur de faits. Il faut donc que la valeur des indices soit divisée pour tous les événements possibles: plus nombreux sont les événements possibles, mineure est la valeur des indices par rapport à chacun. Pour exprimer mathématiquement cette relation, on peut dire que « la valeur des indices est inversement proportionnelle à la valeur des faits pris en considération »³⁶⁵.

A partir du chapitre V de sa *Teoria delle prove*, le juriste démontre comment un indice peut bien constituer une pleine démonstration et sauver la libre conscience du juge qui devra non pas décider enfermé dans la cage des preuves légales, mais plutôt motiver rationnellement sa décision en se servant des indices et de l'application du calcul des probabilités qui le conduira à la certitude morale qui, toutefois, ne pourra jamais être atteinte par un seul indice, quel que soit sa valeur :

« Un indice moral peut devenir nécessaire lorsque, avec la preuve, on exclut tous les événements possibles sauf un. Dans ce cas, l'indice n'indique que ce fait là et donc il devient nécessaire et alors il constitue une pleine démonstration. Une telle démonstration est négative et indirecte ».

Si on considère que notre concept moderne de probabilité a une double signification, épistémique et aléatoire selon laquelle la probabilité « d'un côté est lié avec le degré de croyance justifié par l'évidence, de l'autre côté concerne la tendance montrée par quelque mécanisme causale à produire des fréquences relatives stables »³⁶⁶, on trouvera fort intéressante la formule de Pagano dans sa *Teoria delle prove*, chapitre V, où il applique la notion fréquentielle de probabilité³⁶⁷ :

« Chaque indice est d'autant plus grave et urgent, quand plus fréquemment il indique un événement. Pour cela, dans un tel cas, chacun des faits indiqués n'a pas une égale raison d'exister ; et il arrive plus souvent que les autres. La valeur de l'indice, donc, sera d'autant élevée pour cet événement, qu'il arrivera plus de fois. Il faut donc, dans l'évaluation des indices, considérer la quantité des événements possibles et la fréquence élevée ou faible avec laquelle les événements en question arrivent. C'est pour cela que, comme le disent les Géomètres, les indices sont en raison composée de l'inverse des cas possibles, et en raison directe des événements ».

Pagano passe ensuite aux règles du calcul pour démontrer qu'une probabilité élevée peut s'obtenir en sommant les indices entre eux, et donc qu'en appliquant au raisonnement

³⁶⁵ *Ibid.*, ch. V.

³⁶⁶ Voir Hacking, 1975, tr. fr. p. 9.

³⁶⁷ Voir Cohen, 1989, pages 56-63.

juridique un processus tout à fait mathématique, on peut obtenir une certitude morale³⁶⁸ :

« Les indices peuvent et doivent se sommer entre eux. Pour qu'on obtienne la certitude morale, il faut montrer la raison liée au fait douteux et pour cela, il faut montrer que les autres causes sont liées avec la cause principale (...). De la somme des indices différents naît une probabilité élevée (...). Soit un indice x qui indique deux événements A et B. Soit l'indice z qui indique deux autres événements A, C. Soit le troisième indice y qui indique A, D. Pour B, C, D, faits différents, x, z, y ne s'unissent pas; mais ils s'unissent pour A. Donc pour A on a trois probabilités, pour B, C, D, seulement une. Donc la combinaison contraire est toujours possible, alors que la probabilité s'accroît pour A ».

Il passe enfin aux quatre règles qui déterminent la valeur des indices :

« L'indice doit être prouvé avec les autres. Car s'il est l'indice d'un fait évident, dont on déduit l'obscur, on ne peut pas le retenir comme évident s'il n'est pas certain (...).

Si l'existence de l'indice est seulement probable, le fait dont on recherche la vérité, s'avèrera toujours plus douteux (...). Si l'existence d'un indice, c'est-à-dire d'un fait, est probable et s'il indique un événement probable, nous aurons alors une probabilité de probabilité, c'est-à-dire une probabilité composée. Car la probabilité de la probabilité est la partie de la partie, c'est-à-dire qu'elle équivaut à une très petite quantité.

Même si les indices imparfaitement prouvés peuvent se sommer entre eux, et en se sommant devenir plus suffisants, contrairement à l'opinion des juristes, on doit en demander une quantité bien supérieure pour obtenir une preuve. Pour cela ils vont former probabilités composés, c'est-à-dire probabilité de probabilité.

Les indices imparfaitement prouvés, lorsqu'ils naissent d'actes différents qui ne sont que les parties successives d'une même action, doivent être considérés comme un seul acte (...). Par exemple : si on a vu Antoine adosser l'échelle au mur, qu'un autre l'a vu entrer par la fenêtre, un troisième sortir ; nous nous trouvons face à trois faits prouvés par trois témoins différents. Mais ces trois faits successifs forment les parties d'une seule action, donc on peut bien affirmer que chacun est prouvé par trois témoins co-témoins ».

Cette dernière affirmation nous donne l'occasion d'introduire le débat à propos du témoignage. A l'époque où écrit Pagano la situation des tribunaux résulte fortement du climat imposé par le système féodal. Le principe novateur issu du siècle des Lumières, « *in dubio pro reo* » n'avait aucune valeur ; souvent on « choisissait » le coupable qui serait condamné même si les preuves à sa charge étaient presque nulles. La meilleure manière pour pouvoir condamner quelqu'un était de trouver contre lui un témoignage qui était souvent obtenu au moyen de la torture³⁶⁹ :

³⁶⁸Cf. *supra*, page 33 et suivantes.

³⁶⁹Cf. Solari, 1963, ch. I, p. 44 et suivantes, où l'auteur fait remarquer que malgré les insurrections contre la torture d'illustres philosophes, seulement Pagano est réussi à susciter le dégoût pour cette pratique qui, autre qu'inhumaine, ne servait pas dans la pratique judiciaire : "Avec Pagano triomphait l'esprit réformateur de l'époque, le sens de l'humanité contre les coutumes et les préjugés difficiles à extirper ; et triomphait dans un des cas les moins communs, c'est à dire dans les cas où les résultats de la torture étaient en faveur de l'accusé. A

« Si de l'admission simple et spontanée ne peut pas naître une pleine démonstration, quelle force aura celle qu'une féroce et barbare torture décroche de la bouche d'un malheureux qui aux accents confus de la douleur mêle la voix du mensonge ? Il est contraire à la nature d'obliger le coupable à renoncer par l'aveu aux premiers devoirs de la nature qui impose sa propre conservation ; le forcer au moyen de la torture c'est violer la nature même (...). Un tel aveu sera l'expression de la douleur, non un indice. Quel rapport peut avoir la douleur avec la vérité ? On prétend approcher la faculté de l'homme qui sent avec celle qui raisonne ? Si l'indice naît, comme nous l'avons déjà précisé, de la connexion de l'existence d'un fait connu avec la connaissance du fait inconnu, l'aveu obtenu sous la torture indique seulement la faiblesse corporelle et l'intolérance de l'âme, mais jamais l'existence du fait inconnu. Donc, ceux qui sont plus résistants méprisent les tortures ; et les plus faibles mais innocents, pour ne pas supporter telle douleur, avouent le délit (...). Si l'aveu extorqué par la douleur ne prouve point le délit, la constance sous les tortures ne démontre pas l'innocence. L'une n'accroît pas, l'autre n'efface pas les preuves »³⁷⁰.

Ce que j'ai appelé la « révolution du témoignage » chez Pagano, pour citer le titre d'un excellent article sur cette question³⁷¹, c'est avant tout une bataille éthique par lui entreprise avec le but de dénoncer et de supprimer la torture des tribunaux. Cet aspect est emblématique non seulement d'une exigence réformatrice chez Pagano, mais elle reflète aussi l'exigence de légalité commune à tous les réformateurs des Lumières dont le principal objectif était la tutelle des droits de l'individu opérée à travers l'élimination de tout arbitraire judiciaire. Pour cela, il est nécessaire que le juge soit la bouche de la loi qui dans le système paganien assume un rôle de garantie en tant qu'élément objectif dans le procès. Malgré cela, toutefois, le juge doit parvenir à la décision grâce à son intime conviction qui se formera à l'aide des indices parmi lesquels rentre le témoignage :

« (...) Nous ne nous fatiguerons jamais de répéter que les lois civiles peuvent être impunément trompées, là où il règne une force qui ne soit pas celle de la loi, une telle

cause de la douleur la plus atroce qui soit, cela paraissait avoir démontré l'innocence, détruit les indices, purifié le délit. Si avant Pagano, Montesquieu, Beccaria et Tommaso Briganti s'étaient battus contre la torture, avec des arguments logiques abstraits ou humanitaires, ou inspirés de considérations d'opportunité pratique, seul Pagano a été capable de susciter l'horreur envers cette pratique si tristement utilisée, et il a su faire basculer la conscience des juges, l'opinion du for où valait l'axiome indiscuté : « Tortus et non confessus liberetur in forma ». Mais si la valeur de la confession sous torture était désormais perdue auprès des juges et du public, le fait que l'accusé résistait à la torture était un indice en sa faveur, car cette résistance apparaît à la conscience populaire comme la révélation d'un jugement divin". "Col Pagano trionfava lo spirito riformatore dell'epoca, il senso d'umanità contro usi e pregiudizi inveterati, e trionfava in uno dei casi meno comuni, nel caso cioè in cui i risultati della tortura erano in favore del reo e questo sembrava, attraverso il dolore più atroce, aver provato l'innocenza, distrutto gli indizi, purificato il delitto. Se prima del Pagano erano insorti contro la tortura il Montesquieu, il Beccaria, lo stesso Tommaso Briganti, ma con argomenti astrattamente logici e umanitari, o ispirati a considerazioni di pratica opportunità, solo il Pagano seppe far scaturire l'orrore verso questo istituto della realtà viva dei fatti e sollevare contro di esso la coscienza dei giudici, l'opinione del foro, dove valeva indiscusso l'assioma « Tortus et non confessus liberetur in forma ». Che se il valore della confessione strappata tra i tormenti era ormai scosso nella coscienza dei giudici e del pubblico, la resistenza alla tortura era tutta in favore del reo e appariva alla coscienza popolare la rivelazione di un giudizio divino ».

³⁷⁰*Ibid.*, ch. XII.

³⁷¹On fait référence ici à l'article de Clero, 2006.

force privée qui puisse empêcher le libre exercice de notre volonté ; là, je dis, la sécurité publique manque complètement. Donc on peut établir le principe général selon lequel plus est grand l'arbitre du juge, moins sûre sera la liberté civile. Sur la base de cette norme toujours valable, on peut mesurer la liberté d'un peuple. Heureux et chanceux le peuple où infini sera le pouvoir de la loi et très limité celui du juge ; où celui-ci résulte du simple bras de la loi, la loi même animé et capable de parler, et rien de plus »³⁷².

Encore une fois l'œuvre pagannienne montre le lien indissoluble entre la construction indispensable d'une réforme du système judiciaire obtenue à l'aide de l'élaboration d'une logique juridique, et l'élément éthique qui supporte toute son œuvre. Dans le cas de l'application de la torture ou de ses succédanés, il ne s'agit pas seulement d'invoquer un idéal humanitaire, mais d'appliquer un principe philosophique très contraignant : le respect du droit naturel de chaque homme sur lequel doit être construite une bonne législation.

De ce qu'on vient de dire à propos des indices, il est clair que pour Pagano ce serait une folie de considérer comme nulle la conviction indiciaire. Or, entre les indices qui vont former la conviction, rentre la preuve par témoignage qui ne diffère donc pas des preuves indiciaires auxquelles se réduisent toutes les autres preuves :

« Trois espèces de preuves énumèrent les lois : celle qui se forme à partir d'indices, dont on a raisonné jusqu'ici ; celle qui naît de la parole d'un témoin ; et la dernière qui est établie par des documents ou écritures (...). Mais la preuve par témoignage et celle par écritures se réduisent à l'indiciaire (...). En effet, la confiance que nous faisons à un témoin n'est que l'effet des indices qui nous assurent de sa foi. Le même argument est valable pour la preuve par écritures (...). Il est donc clair que toute preuve est toujours une preuve indiciaire. Cela dit, il est manifeste combien est fautive l'opinion, même enseignée dans les écoles et dans les tribunaux, selon laquelle la preuve indiciaire ne puisse en aucune manière faire naître et accroître dans l'âme la conviction. Cette opinion est contraire au cours de la raison et opposée aux lois »³⁷³.

S'il est vrai que « la confrontation est la pierre semblable à la vérité », il est aussi vrai que le témoignage d'un homme dont la valeur est un fait donné, est à préférer au témoignage de dix témoins différents. Mais en général, la valeur d'un témoignage s'accroît à mesure que s'accroît le nombre des témoignages concordants. Donc un témoignage ajoute à la preuve un poids qui ne se réfère pas seulement à sa foi, mais est lié à celui de tous les autres co-témoins qui, ensemble, augmentent le poids de la preuve.

Pagano avait commencé un profond bouleversement dans les disciplines pénales en déplaçant la base de l'imputation du crime, de la preuve extrinsèque du crime à la conviction intime du juge. Cela implique de commencer à avoir une conception de la probabilité subjective plutôt qu'objective, transférer le discours juridique d'un plan extérieur à un plan

³⁷²Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, ch. V. Dorénavant cité sous la forme CPC.

³⁷³*Ibid.*, ch. VI.

intérieur. Le napolitain ne fait ici qu'accomplir l'œuvre commencée par Descartes et Bacon, continuée par Leibniz et Locke et par lui connue grâce à l'enseignement éclectique de Genovesi³⁷⁴. Il ne défend pas seulement la conscience du coupable qui ne doit pas être obligé d'avouer sous la torture, mais aussi la conscience du juge qui doit s'appuyer sur des indices et trouver en eux l'occasion de sa conviction, plutôt qu'être emprisonné dans le système des preuves légales qui se basaient sur la croyance de nombre de législateurs de l'époque, que la vérité est seulement objective et doit s'appuyer sur des moyens extrinsèques. Cela conduisait alors à créer un système de preuves où, selon leur valeur, figuraient la preuve par témoignage, la preuve par écritures et, enfin, les preuves indiciaires et conjecturales. Le résultat était celui de consacrer un dualisme entre vérité objective et vérité subjective, entre vérité et certitude.

Ce dualisme est rompu par Pagano qui considère la vérité objective comme appartenant au domaine métaphysique. Il pense que le juge doit former son jugement avec un acte libre de son esprit, et pour obtenir ce résultat, il doit se servir des signes extrinsèques des faits humaines, c'est-à-dire des preuves conjecturales qui sont donc toutes de la même nature et doivent s'évaluer sur la base de leur possibilité à aider le juge dans la formation de son jugement :

« Si deux témoins ou plus jurent sur l'avènement d'un fait, nous le croyons vrai seulement pour l'indice et l'argument que nous présente l'aveu des témoins, puisque ni par le sens externe ni par le sens interne nous pouvons acquérir une telle vérité »³⁷⁵.

Cela dit, la preuve par témoignage est elle aussi une preuve conjecturale et il n'y a aucune différence entre la preuve conjecturale et la preuve par témoignage : les témoins, tout comme les indices, ne sont qu'occasion de la conviction, mais ils ne peuvent servir à la générer, ni peuvent la constituer en étant externes à l'expérience du juge. Seules les vérités qui ont leur fondement dans le sens interne ou externe peuvent générer la vérité du procès qui est toujours une vérité relative. Et en effet ce n'est pas un hasard si notre auteur ouvre sa *Logique* avec une phrase venant de la *Rhétorique* d'Aristote : « Le juge ne doit pas juger toujours des choses nécessaires, mais souvent des choses vraisemblables ». Mais cette vérité relative suffit dans le procès pénal, car « la vraisemblance est le tout premier indice de la vérité ». En outre, la preuve indiciaire est toujours moins suspecte que la preuve par témoignage et quelquefois plus efficace car elle est semblable à la démonstration géométrique, puisque, comme on l'a fait remarquer avant, l'indice a un lien direct avec la probabilité mathématique.

³⁷⁴Sur Genovesi voir Del Giudice, 1927.

³⁷⁵*Ibid.*, ch. VI.

Au contraire, le témoignage a un rapport direct avec des jugements de valeurs plutôt qu'avec la quantité mathématique : un témoignage peut être vrai ou faux plutôt que plus ou moins probable ; il a à faire plutôt avec l'histoire qu'avec la mathématique ; « tout témoin est un historien et tout historien est un témoin ». En d'autres termes, on pourrait affirmer que la sphère où opère un témoignage est celle de la persuasion rhétorique, pas celle du calcul probabiliste ; la probabilité avec laquelle on mesure un témoignage est une probabilité topique plutôt que numérique et Pagano montre très bien pourquoi.

Avant tout, la vérité d'un témoignage est donnée par la confrontation des aveux, plutôt que par leur nombre, comme le soutenait Montesquieu :

« (...) On n'a aucune raison pour soutenir ce qu'affirme Montesquieu, c'est-à-dire qu'un témoin seul ne constitue pas une preuve, puisque l'accusé qui nie équivaut au témoin qui affirme ; de là, entre eux, seulement un troisième peut être décisif (...). Un tel argument n'a aucun fondement : l'accusé qui nie le fait est équilibré par l'accusateur qui l'affirme : ce que dit l'un est détruit par ce qui dit l'autre (...). De plus, pourquoi devrait-on demander toujours un nombre supérieur de témoins ? Et Socrate ou Aristide, ou Catone, ne devraient-ils pas plutôt être préférés à n'importe quel nombre de témoins ? Les arguments de la vérité des témoins ne dérivent pas seulement de la qualité de leur personne ; mais les plus certains naissent de la confrontation de leurs aveux. La vérité est comme la lumière qui naît du contraste entre deux corps qui se frappent mutuellement (...). Donc la probabilité d'un témoin s'accroît à mesure que s'accroît le rapport de ses aveux avec ceux des autres. La confrontation est la pierre de comparaison de la vérité. Et dans les systèmes des jugements criminels où cette confrontation n'est pas adoptée, c'est le hasard plus que la vérité qui dirige les sentences des juges »³⁷⁶.

La reconstruction de la vérité par témoignage s'avère plus compliquée que celle par simples indices, car dans la première rentrent des aspects moins réductibles à un système, comme il arrive dans le cas des indices ; on se réfère, par exemple, à la composante psychologique qui se révèle essentielle en jurisprudence :

« L'honnêteté de la vie vécue, une bonne réputation, l'estime de bonnes personnes, sont les arguments les plus sûrs de la bonne foi d'un témoin. Mais le visage, les expressions, les accents ou les variations de la voix sont tous indices de l'âme et un juge sage ne doit point les négliger. Toujours l'âme apparaît à celui qui sait lire ces signes. Et s'il arrive que l'âme fasse semblant de ne pas paraître, ce qui est aussi justement un artifice qui veut cacher sous le voile d'un visage qui ne se trouble jamais, les passions du cœur ; cela aussi est donc manifestement une tentative de fiction (...). Ceux-ci sont les arguments les plus importants sur la base desquels juger de la foi d'un témoin. Un témoin est un indice et la somme des indices susdits en accroît la valeur. Il faut qu'on somme les témoins et les arguments sur leur foi pour qu'il puisse surgir dans l'âme du juge la certitude morale dans laquelle il puisse se reposer »³⁷⁷.

C'est à ce point que la topique peut se révéler utile à la jurisprudence ; dans la *Logica*

³⁷⁶ *Ibid.*, ch. VIII.

³⁷⁷ *Ibid.*, ch. X.

dei probabili nous en avons une admirable application.

En règle générale, le principe de non-contradiction et de cohérence est valide, puisque « l'esprit du juge est par les témoins forcé ; il est par les indices convaincue et persuadée ». Le fait que les indices soient basés sur le rapport de cause et effet garantit mieux la vérité extrinsèque :

« Il convient de repérer un principe général qui comprenne en soi toutes les qualités que doivent posséder les témoins et les exceptions qu'il convient qu'ils évitent. En règle générale, donc, il est nécessaire que les témoins disent des choses possibles et vraisemblables ; qu'ils sachent ce qu'ils jurent et que sincèrement ils veuillent le rendre manifeste. Vraisemblance et science et intégrité des témoins sont les caractères d'un aveu vrai (...). L'impossible n'est jamais vrai (...). Nous dirons donc vrai un aveu dans lequel les faits sont au moins probablement connectés entre eux de manière que l'un dépend de l'autre et que le premier soit cause du suivant »³⁷⁸.

Avec un écho aristotélicien Pagano rappelle aussi l'importance d'utiliser ce qu'Aristote appelait les *éndoxa* qui dans la *Logique* de Port-Royal ne sont que l'application du bon sens cartésien³⁷⁹. Il est très important de remarquer combien des œuvres de logiques, comme celle de Pagano et, avant, celle des Messieurs de Port-Royal, arrivent à concevoir une logique tout à fait nouvelle grâce à l'introduction de concepts de logique juridique ; cette logique sait utiliser la probabilité numérique sans ignorer la probabilité topique et Pagano en donne l'exemple. Nous verrons qu'il faut attendre Leibniz pour assister à la tentative d'application de la probabilité numérique à des cas juridiques.

Le napolitain, en se servant de l'analyse criminelle modelée sur la méthode utilisée par les géomètres, n'exclut pas une autre branche de la logique : la dialectique. Il faut donc utiliser toujours les indices ; grâce à ceux-ci, passer à l'analyse, c'est-à-dire postuler des hypothèses et enfin choisir sur la base d'un calcul probabiliste et aussi sur la base de la topique :

« Il faut donc se servir des indices pour éclairer un fait obscur. La route à suivre est l'analyse criminelle, c'est-à-dire la recherche de la vérité inconnue, ou de l'auteur du

³⁷⁸*Ibid.*, ch. IX.

³⁷⁹Cf. Arnauld-Nicole, 1662, IV^e partie, ch. XIII et ch. XIV : « Pour juger de la vérité d'un événement, et me déterminer à le croire ou à ne pas le croire, il ne faut pas le considérer nûment et en lui-même, comme on ferait une proposition de géométrie ; mais il faut prendre garde à toutes les circonstances qui l'accompagnent, tant intérieures qu'extérieures. (...). Entre les circonstances qu'on doit considérer pour juger si on doit les croire, ou si on ne doit pas les croire, il y en a qu'on peut appeler des circonstances communes, parce-qu'elle se rencontrent en beaucoup de faits, et qu'elles se trouvent incomparablement plus souvent jointes à la vérité qu'à la fausseté ; et alors, si elles ne sont pas contrebalancées par d'autres circonstances particulières qui affaiblissent ou qui ruinent dans notre esprit le motifs de croyance qu'il tirait de ces circonstances communes, nous avons raison de croire ces événements, sinon certainement, au moins très probablement : ce qui nous suffit quand nous sommes obligés d'un juger ; car comme nous nous devons contenter d'une certitude morale dans les choses qui ne sont pas susceptibles d'une certitude métaphysique, lors aussi que nous ne pouvons pas avoir une entière certitude morale, le mieux que nous puissions faire, quand nous sommes engagés à prendre parti, est d'embrasser le plus probable puisque ce serait un renversement de la raison d'embrasser le moins probable ».

délict. En suivant la méthode des analystes, il faut avant tout poser une hypothèse, c'est-à-dire présupposer un fait comme s'il était vrai, et examiner si vers celui-là convergent les caractéristiques de la vérité. Si cela a lieu ainsi, on peut inférer que le fait est vrai. Ces hypothèses peuvent se postuler à partir de plusieurs possibles, mais le possible sur lequel il faut s'arrêter, est celui qui nous éclaire par une lueur de probabilité (...). Si je cherche l'auteur d'un homicide, je cherche à restreindre tous les possibles : le regard de mon esprit tombe sur tous ceux qui, pour avoir quelque rapport avec le tué, ont pu le tuer. Toujours je continue à restreindre le champ des possibles sur ceux qui avaient pu avoir quelque occasion de discussion avec le tué, et je m'arrête à la personne sur laquelle sont concentrés le suspect majeur. Voilà une trace qui peut me guider. Je présuppose que ce dernier ait pu être l'auteur de délit. J'examine si les caractéristiques du vrai correspondent à ma présomption, ou si les indices indiquent comme vrai mon hypothèse »³⁸⁰.

C'est à ce point, c'est-à-dire après avoir postulé une hypothèse sur la base d'une « lueur de probabilité », qu'entrent en jeu les *éndoxa* qui, divisés en classes, peuvent aider à décider :

« (...) Les anciens orateurs : Aristote, Tullius, Quintilien, ont formé des classes qu'ils appellent *topiques*, c'est-à-dire *lieux communs*. La science consistant à retrouver et savoir utiliser les arguments forme la partie principale de l'antique art oratoire. Tullius qui, aux théories plus sublimes de l'éloquence, a su unir la plus sage et élégante utilisation de l'analyse, dans l'Oraison pour S. Roscio Amerino, nous a laissé une classification exhaustive des indices, et le plus parfait modèle pour pouvoir les trouver et les utiliser (...). Voilà donc ces classes :

1. Raison du délit (...). Personne ne s'abandonne à un délit sans espoir et sans bénéfice.

2. La vie précédente, les coutumes, le caractère. Les grands délits sont précédés par les petits. Les habitués ont été novices auparavant. Il ne suffit pas qu'un intérêt tente la volonté, pour qu'on soit poussé à commettre un délit. Il arrive souvent qu'elle soit corrompue pour céder à l'impulsion. Au juste l'image du vice et du délit n'arrive même pas dans le sommeil, dit Platon.

3. L'espoir de rester impuni, l'opportunité et la facilité de commettre un crime. Si l'avantage nous pousse à commettre un délit, la pensée de la peine nous en éloigne. Donc l'impunité espérée et la sûreté nous animent dans le propos de le commettre (...). Celui qui a un motif pour commettre un crime, il faut qu'il soit habitué au délit, qu'il soit animé par l'impunité, et qu'il ait pu facilement le commettre : celui-ci est probablement le coupable.

Mais ces indices sont *a priori*. Les autres naissent des faits qu'indique le fait qu'on cherche ; et ceux-ci, selon les Docteurs, précèdent, accompagnent et suivent le délit. Tels sont les menaces et les aveux qui démontrent les délibérations de l'esprit et ses opérations. Tels sont les colloques avec les coupables avant le délit ; le fait de rôder armés près du lieu du délit, et peu avant qu'il fût commis. Les conséquences du délit : le couteau ensanglanté, les vêtements tachés, les choses volées sur la personne, ou dans sa maison. Bref, toutes les possibles preuves du délit dans les mains de l'accusé, la fuite immédiate

³⁸⁰ *Ibid.*, ch. XVII.

du lieu du délit, la tentative de cacher la mauvaise action ; ce sont toutes ces possibilités qu'il faut évaluer selon les théories que nous venons d'exposer »³⁸¹.

L'importance donnée au témoignage relève d'une manière toute nouvelle d'utiliser la probabilité. La probabilité du témoignage est une *probabilité juridique*. Si à partir des années '90 du XVII^e siècle, on a commencé à éprouver comme n'étant pas anodine l'exigence de substituer la mathématique aux passions, la logique juridique impose de faire un petit pas en arrière, car si dans le monde de la morale, catégorie où le droit rentre de plein droit, il est possible de maîtriser rationnellement certains aspects, on ne pourra jamais les réduire à un système mathématique, parce que l'univers juridique étant l'univers de la contingence, il est un espace ouvert et dynamique, à découvrir, plutôt qu'à réduire en système. Cependant, la vérité juridique n'est pas moins vraie que la vérité mathématique, et c'est là l'extraordinaire nouveauté apportée par la logique juridique à l'époque moderne. Il vaut la peine de citer un passage de Clero (2006, p. 8) où cet aspect est mis très bien en évidence :

« Faire entrer sur une autre scène les artifices du calcul des partis, c'est installer, dans le calcul même, la subjectivité, qui restait jusque-là sur les marges ; c'est transformer la vérité en poids des jugements et leur étude en un certain type de dynamique ; c'est enfin accorder une valeur morale, si l'on veut bien entendre le latin *mores* dans toute sa généralité, et « appliquer » – comme dit Bernoulli – ou étendre ce calcul – comme préfèrent dire un certain nombre de contemporains – aux affaires politiques, juridiques et économiques. La critique des témoignages a coïncidé avec la prise de conscience de ces éléments et leur introduction sur une autre scène que celle qui servait ordinairement à exposer la structure et le fonctionnement des jeux de hasard ».

Comme l'a bien montré Pagano grâce à sa conception de l'indice et son analyse du témoignage, la certitude peut se graduer, les degrés intermédiaires étant des degrés de probabilité et la certitude atteinte est *certitude morale*. De plus, le témoignage sauve la fonction créatrice du juge qui doit s'appuyer sur d'autres moyens que ceux qui lui sont offerts par la mathématique, sans que cette dernière soit complètement exclue. Et c'est justement cela la particularité de la nouvelle notion de probabilité mathématique issue de l'époque moderne, dont nous avons vu plusieurs exemples appartenant aux domaines philosophique et mathématique qui, peut-être inconsciemment, ont utilisé un concept de probabilité d'origine juridique, l'univers mathématique ne pouvant alors englober l'univers juridique qui va laisser des marges bien nettes au pouvoir discrétionnaire du juge, lequel, pour autant, pourra parvenir à la certitude.

La notion de subjectivité qu'introduit la réflexion de Pagano sur le témoignage ne doit

³⁸¹ *Ibid.*

pas s'entendre en un sens trop large et imprécis. Il s'agit de comprendre la vérité du témoignage comme une vérité procédurale capable de rendre objective la subjectivité : sur la base d'un témoignage le juge ne doit pas décider s'il est vrai ou non *absolument*, mais s'il est vrai ou non *selon moi* en s'appuyant sur des critères objectifs. Cela signifie accorder une importance fondamentale à la force probante³⁸² des jugements : c'est-à-dire que la vérité des témoignages doit être une vérité convaincante subjectivement mais qui, de toute façon, repose sur des critères objectifs ; c'est ici qu'entre en jeu la dynamique des systèmes topiques illustrés par Pagano. La topique a valeur de vérité, mais d'une vérité qui a à faire à une pesée de valeurs partagées par « la majorité ». Par contre, la probabilité peut aider le juge non pas à connaître la vérité d'un témoignage, car ce n'est pas à connaître que la probabilité peut aider ; mais elle peut aider dans le choix rationnel qui alors devient un agir rationnel puisque toute décision judiciaire est une action judiciaire. Tout comme toute notre décision implique le passage à l'action.

On pourrait croire que le calcul de la valeur d'un témoignage dans un procès contient des éléments peu rationnels ; en vérité, ces éléments sont tout à fait rationnels dès lors que leur valeur ou leur force probante est susceptible d'être mesurée et d'entrer dans une argumentation logique même si leurs signes ne sont pas écrits en caractères numériques. C'est surtout pour cela qu'on peut construire une rationalité de l'action en imitant le paradigme juridique qui est le paradigme d'une logique argumentative. La nouvelle probabilité est probabilité des signes et des indices ; elle porte sur les poids des jugements, et nous en avons plusieurs exemples sortants des œuvres de Pagano et pas seulement, comme on le montrera dans la suite de l'analyse, de la nouvelle notion de probabilité. Avec celle-ci on découvre une vérité en la construisant pas à pas, analyse après analyse. On pourrait donc dire que la vérité probabiliste n'est pas une vérité donnée mais une *vérité construite pratiquement* :

« Celui qui transporte une chose volée peut être n'est-il pas le voleur, car quelqu'un d'autre peut la lui avoir donnée ; une mère peut allaiter une petite fille qui ne soit pas forcément sa petite fille. Combien d'exemples avons-nous dans les Poèmes et dans les Histoires ? (...) Donc, Socrate avait raison d'affirmer que le doute est le premier degré du savoir humain »³⁸³.

Nous nous trouvons là au deuxième point du processus juridique de décision selon Pagano qui suit un chemin soit logique soit herméneutique. La première phase est constituée par l'acquisition des informations et des matériaux juridiques relatifs aux circonstances ; la

³⁸²Cf. Clero, 2006, p. 9.

³⁸³Pagano, 1806, ch. III, p. 11.

deuxième, celle que nous intéresse le plus, est la phase décisionnelle proprement dite ; la troisième est celle de la motivation qui doit justifier le pourquoi de la décision.

Chacun de ces moments exige des marges bien nettes de rationalité mais aussi un large marge de liberté et de créativité de la part du juge. Sauf à confondre la fonction créatrice du juge avec une subjectivité volontariste ou purement discrétionnaire. La décision en général ne peut pas être dissociée des exigences justificatives basées sur des critères de rationalité et de justesse. Dans le cas spécifique de la décision judiciaire, il faut considérer l'aspect institutionnel-normatif. Le processus de décision se pose donc comme l'expression d'une raison qui est liée aux conditions d'acceptabilité fixées par la communauté juridique.

Ce discours se relie à la problématique du témoignage puisque soit la phase interprétative-applicative, soit la phase du véritable jugement, présupposent des évaluations de nature hypothétique-provisoire, comme dans le cas d'un témoignage, qui exigent d'être problématisées à la lumière des attentes du milieu où la décision se dirige et des exigences d'acceptabilité de la décision même, en tant que formulation capable d'exercer le droit.

5.2 Le témoignage et la possibilité d'une justification rationnelle des jugements de fait

La question de l'évaluation d'un témoignage rentre dans la problématique plus ample de la justification rationnelle du jugement de droit (l'interprétation de normes) et du jugement de fait (vérification de la vérité de circonstances concrètes).

Comme le montre l'analyse de Pagano sur les indices en général et en particulier sur le témoignage, le juge fonde sa décision non seulement sur l'interprétation de la norme applicable au cas, mais aussi sur la vérification de la vérité des faits auxquels la norme est appliquée. Or, cette vérification qui peut bien se dérouler sur la base d'indices, et donc de témoignages, exige d'être justifiée rationnellement exactement comme la formulation ou l'interprétation d'une norme juridique.

Aujourd'hui, au contraire, il est commun à nombre de juristes et de philosophes du droit, de considérer que le problème du jugement, c'est-à-dire celui du choix rationnel et de la décision, ne concerne que le jugement de droit et non le jugement de fait.

Encore une fois nous avons la possibilité de faire constater au lecteur l'actualité des textes de Pagano et des auteurs modernes en général. En effet, les pages de Pagano

contredisent la position en vigueur chez les juristes d'orientation analytique en montrant que la sphère de la décision finale du juge implique évaluations, interprétations, normes extra-juridique ; bref des jugements de fait et non seulement des choix de connaissance, donc des jugements de droit.

Cela conduit à devoir admettre qu'il existe une philosophie de la *praxis*, de l'action, à côté de la théorie du droit pure et simple. En conséquence, l'acceptation de cette nouveauté, oblige à penser à la possibilité d'une justification rationnelle de la décision obtenue par des moyens non déductifs sans pour autant être non rationnels. Tel est justement l'enjeu des philosophies probabilistes du XVII^e et du XVIII^e siècle : démontrer la possibilité d'une construction d'une philosophie de l'action, ou si on préfère, d'une systématisation du choix moral, en la modelant sur l'exemple offert par la logique juridique qui a donnée à la « théorie du hasard » la possibilité de devenir une théorie générale du choix rationnel. Il faut donc traiter la question de la justification rationnelle comme un problème pratique plutôt que théorique pour arriver, en droit, au primat d'une philosophie de l'action.

Le thème de la justification rationnelle concerne donc la philosophie du faire, de la *praxis* et, de manière plus générale, la philosophie morale, puisque même la connaissance peut se révéler un faire, une *praxis* et, donc, faire l'objet de justification. Le besoin d'une justification rationnelle commune soit aux procédures de justice, soit à la morale, est le symptôme d'une exigence de rejet de toute forme de subjectivisme. C'est la recherche de l'objectivité qui rapproche la morale du droit, et c'est pour cela qu'afin de chercher à « systématiser » la morale, il faut systématiser le droit duquel elle doit s'inspirer. Pour atteindre cet objectif, la théorie de la probabilité reste un moyen incontournable grâce à la rigueur qu'elle est capable de lui conférer.

Le recours à la probabilité ne doit pas tromper : il ne s'agit pas d'y recourir pour fuir une logique plus rigoureuse, qui serait donc la « vraie logique ». Bien au contraire : il s'agit plutôt de chercher une alternative à la logique axiomatico-déductive qui se révèle insuffisante pour le droit. Il faut construire une logique modelée sur celle qui est née au XVII^e siècle, celle qui, une fois reconnue l'insuffisance des chaînes syllogistiques et des argumentations topiques, a su construire un schéma bien plus complexe de raisonnement qui trouvait bien plus d'applications que celles de l'élémentaire logique déductive.

Cette nouvelle logique se lit très bien dans le processus de décision et dans la justification d'une sentence. Les modalités de justification d'une décision peuvent être différentes, comme le montrent les différentes théories du raisonnement juridique. Pour ce qui

est de la justification d'un jugement de fait, le manque presque total de maximes d'expériences cataloguées et systématisées en normes applicables, est suffisant pour exclure l'hypothèse que le processus de justification ait une structure déductive. Il ne manque pas de passages qui disposent d'une telle structure, mais elle appartient plutôt à la soumission des faits à la norme, et presque jamais au contexte de justification du jugement de fait.

Naturellement, il faut s'entendre sur le terme de démonstration : si on le prend dans le sens univoque de démonstration mathématique et déductive, alors la démonstration juridique n'est pas une démonstration car les preuves ne démontrent pas un fait, ni un fait ne peut être déduit des preuves.

La démonstration juridique d'un fait doit se rapporter à des raisonnements bien plus complexes quant à la structure et au contenu de la démonstration. Celle qui suivra un schéma syllogistique sera une mauvaise démonstration plutôt qu'une bonne démonstration car elle sera toujours imprécise et défectueuse. Cela n'implique point qu'il ne puisse y avoir de passages du raisonnement ayant une structure déductive, mais il s'agit de cas rares.

Des raisons qui ont été exposées jusqu'ici, on pourra facilement comprendre pourquoi un tel raisonnement ne peut pas avoir une nature persuasive exclusive. Il existe bien des cas où la motivation d'une sentence s'avère persuasive sans être justifiée rationnellement, mais il est presque impossible qu'une motivation rationnelle ne soit pas pour autant persuasive. La fonction de la motivation ne doit pas être celle de persuader, mais celle d'être capable de « démontrer » que la décision est justifiée rationnellement sur la base de l'application de règles logiques, juridiques et extra-juridiques, c'est-à-dire éthiques. L'activité décisive du juge se révélera donc justifiée rationnellement non pas si elle sera capable de persuader la multitude, mais si elle sera capable de démontrer qu'elle a suivi un parcours logique que nous reconnaissons dans l'application d'un raisonnement inductif-probabiliste, et non dans un raisonnement déductif.

A l'époque de Pagano, c'est-à-dire à l'époque de la codification, Gaetano Filangieri³⁸⁴ et Cesare Beccaria³⁸⁵ proposent avec insistance le modèle déductif des décisions juridiques ; non pas comme s'il s'agissait d'une description de ce que les juges font, mais comme un modèle ayant valeur de prescription, présentant donc ce que les juges doivent faire. Toute décision juridique devrait donc s'adapter au modèle du syllogisme juridique qui est un raisonnement pratique composé d'une prémisse majeure constituée par la norme ; d'une

³⁸⁴Filangieri, G., 1774, *Riflessioni politiche*, Bibliopolis, Napoli 1982.

³⁸⁵Beccaria, C., 1774, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano 2001.

prémisse mineure constituée du fait particulier déduit ; et d'une conclusion constituée par la qualification juridique du fait capable de fournir le contenu nécessaire de la sentence. Bref, ils soutiennent qu'est nécessairement valide l'inférence logique de la norme générale à la norme particulière selon le schéma suivant :

de la norme

« tous les voleurs doivent être punis »

il suivrait logiquement que

« n'importe quel voleur doit être puni »

une fois prouvé que

« n'importe qui est un voleur »

Les raisons d'une telle confiance sont à rechercher dans les présupposés idéologiques de la codification de l'époque moderne, époque qui a vu naître une telle théorie. La première raison est à rechercher dans l'absolue confiance dans le « législateur illuminé » et dans sa rationalité qui se concrétise dans la conviction de la complétude du règlement juridique, où seraient contenues toutes les possibles solutions juridiques de n'importe quel cas. De plus, on fait confiance au pouvoir de la loi naturelle directrice des actions humaines. Nos auteurs soutiennent la réduction de tout le droit à la loi. Enfin, la construction d'un modèle déductif a également une inspiration politico-civile : sa finalité est celle de remettre la décision du juge dans un cadre dessiné par l'exigence de balancer les pouvoirs. En particulier, cette doctrine cherche à garantir la subordination du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif.

Si tout ce discours était vrai, alors le juge ne serait pas obligé de rendre raison de sa décision, puisqu'elle se baserait sur les seules raisons du législateur. Bien au contraire, j'ai cherché de montrer que le juge doit pouvoir justifier rationnellement sa décision. De plus, pour considérer un tel raisonnement comme recevable, on devrait supposer que les normes ont une logique interne, c'est-à-dire une complétude juridique et une correction formelle telle qu'elles soient ou vraies ou fausses. Mais l'impossibilité d'une telle situation est montrée par le « dilemme de Jørgensen »³⁸⁶. En 1937, cet auteur a mis en doute la possibilité d'affirmer comme logiquement nécessaire que celui qui établit la règle générale établisse aussi ses applications particulières. Sous cet aspect la logique ne s'applique pas aux normes³⁸⁷.

Le discours de Pagano sur la « démonstration juridique » part de la distinction entre

³⁸⁶J. Jørgensen, *Imperativi e logica* (1937), dans G. Lorini, *Il valore logico delle norme*, Adriatica, Bari 2003. Pour connaître le contenu du dilemme et ses implications philosophiques, on renvoie au excellent article de Peterson, 2010.

³⁸⁷Pour une critique complète du raisonnement déductif, voir Trujillo, I., 2008. pages 36-46.

vérités de raison et vérités de fait. Cette distinction le conduit à s'interroger sur les différents types de démonstration, pour arriver, enfin, à admettre dans le droit une espèce spéciale de démonstration :

« Les vérités ou sont de raison ou sont de fait, comme les a appelées Leibniz, et vérités éternelles, comme les a appelées Locke ; ou vérités de fait qui représentent l'existence des choses, leur nature et les différentes actions (...). De la certitude il y a plusieurs espèces, comme pour la vérité. La certitude qui produit dans l'âme les propositions générales abstraites, c'est-à-dire les vérités de raison, est une vérité géométrique, qu'on appelle métaphysique, qui est la vérité la plus élevée de toutes. On l'obtient lorsqu'elle est accompagnée par l'évidence qui est comme une lumière de la perception qui ne laisse plus aucun désir de connaissance et force l'âme à consentir à la vérité perçue (...). Il y a donc une certitude intuitive qui est celle de tout axiome, et une certitude de démonstration »³⁸⁸.

La démonstration juridique engendre une certitude relative ; la vérité du juge est une vérité de conscience plutôt qu'une vérité géométrique. Toutefois, ces vérités de conscience peuvent très bien se comparer aux vérités géométriques :

« Dans la proposition j'existe, entre l'idée de moi même et celle de l'existence il n'y a pas une connexion nécessaire, puisque je n'existe pas forcément, n'étant pas impossible que je n'existe pas. Toutefois, s'il n'y a pas une nécessité absolue, il y a la relative : bien qu'il ne soit pas nécessaire que j'existe, toutefois maintenant que je sens, je dois forcément exister pour qu'il y ait une connexion nécessaire entre ma sensation actuelle et mon existence. On peut donc très bien comparer les vérités de conscience aux vérités géométriques et métaphysiques. Et la certitude qui en dérive peut se comparer à celle-ci. Mais il faut s'entendre sur cela : que les vérités de conscience sont celles que nous avons nommées avant vérité de fait »³⁸⁹.

La certitude juridique qui résulte de d'où descend la « démonstration morale », possède des degrés bien saisissables qui sont les degrés de probabilité. La certitude morale est donc une certitude probable qui donne lieu à la démonstration juridique qui est une démonstration conjecturale qui toutefois possède la même rigueur que les démonstrations géométriques :

« Le royaume de la probabilité est contigu à celui de la certitude mais il en reste distinct. La plus haute probabilité, on la tient pour une certitude, mais elle s'en distingue. Dans les probabilités l'esprit ne voit la vérité ni intuitivement ni par démonstration, mais par conjecture, laquelle peut s'approcher plus ou moins de la démonstration. Dans la démonstration l'esprit voit intuitivement la connexion nécessaire entre l'idée moyenne et les extrêmes de la proposition, et de là elle conclut à la nécessaire connexion entre les deux extrêmes. Mais dans la probabilité l'idée moyenne n'est pas forcément connectée aux extrêmes de la proposition. « Antoine a de la fièvre » : l'idée moyenne assumée pour démontrer la vérité, c'est-à-dire la chaleur, n'est pas connectée forcément à la fièvre, la

³⁸⁸Pagano, 1806, ch. I, p. 2.

³⁸⁹*Ibid.*, p. 6.

chaleur pouvant être l'effet d'un mouvement rapide »³⁹⁰.

La nouveauté de Pagano par rapport aux juristes de sa génération, consiste dans le fait d'attribuer aux normes le but de freiner les abus des juges de sa génération. Mais la logique juridique ne peut pas être liée aux normes considérées comme porteuses d'une logique intrinsèque et « éclairée ». Le napolitain, même en reconnaissant l'existence et la valeur des principes du droit naturel, écrit une vraie logique juridique qui ne peut avoir aucun autre titre que *Théorie des preuves ou Logique de probables* pour marquer ces deux aspects : que la logique juridique ne peut que se comprendre à la lumière des preuves, et qu'une théorie des preuves ne peut que s'appuyer sur une logique probabiliste qui est donc la véritable logique juridique.

Seules les preuves, sujettes aux règles du calcul probabiliste peuvent donc avoir valeur démonstrative et justificative pour la décision rationnelle, car seules elles possèdent une « fonction démonstrative », dans la mesure où elles fournissent un fondement de connaissance et de rationalité pour le choix que le juge accomplit en reconnaissant une version digne de foi et véridique des faits relevant de la cause, et en justifiant rationnellement son choix. Les conditions et les modalités où la preuve exerce concrètement cette fonction sont déterminées par le contexte total représenté par le raisonnement du juge orienté vers la formulation et la motivation du jugement de fait et non du jugement de droit. La preuve remplit sa fonction propre lorsque le juge accomplit ce raisonnement en suivant les critères rationnels qui peuvent en assurer la validité et la foi³⁹¹.

³⁹⁰*Ibid.*, pages 8 et 9.

³⁹¹Cf. Taruffo, dans Gianformaggio-Lecaldano, 1986, pages 327-328 : « Le raisonnement probatoire constitue donc un contenu hétérogène et complexe dans lequel rentrent différents facteurs: de l'abduction qui consent la formulation de nouvelles hypothèses à la contestation dialectique de ces mêmes hypothèses; aux passages déductifs et d'inférences probabilistes, du recours au sens commun, de l'utilisation de preuves scientifiques, d'argumentations topiques ainsi que de raisonnements typiquement juridiques. Ce complexe système doit trouver des fondements sûrs en termes de crédibilité des connaissances et validité des argumentations. Ces fondements on peut les trouver par exemple dans la référence directe à données de connaissance empiriquement contrôlables, dans l'emploi de notions acceptées et sûres du sens commun, dans la formulation d'inférences logiquement valables, dans l'application systématique des critères de relevance de la preuve et de cohérence de l'entier raisonnement du juge. Et aussi dans l'élaboration d'argumentations justificatives qui soutiennent la décision. En tenant compte de tout cela, il semble possible de redéfinir ce qu'on entend pour "fonction démonstrative" de la preuve. La preuve juridique a une fonction démonstrative, puisqu'elle fournit un fondement de connaissance et un fondement rationnel pour le choix que le juge doit accomplir en individuant une version vraie des faits révélant de la cause; et aussi pour justifier rationnellement son choix. Les conditions et les modalités avec lesquelles la preuve développe en concret cette fonction, sont déterminées par le contexte global représenté par le raisonnement du juge finalisé à la formulation e à la motivation du jugement de fait. La preuve explique sa fonction seulement quand le juge développe son raisonnement selon critères rationaux pour en assurer la validité et la crédibilité ». «Il ragionamento probatorio costituisce dunque un contenuto eterogeneo e complesso nel quale entrano vari fattori : dall'abduzione che consente la formulazione di nuove ipotesi alla contestazione dialettica delle ipotesi stesse, da passaggi deduttivi ad inferenze probabilistiche, dal ricorso alle nozioni del senso comune

C'est à la lumière de ces considérations qu'on peut bien comprendre et apprécier l'intérêt de l'œuvre juridique la plus importante que la modernité ait connue. Pagano ouvre sa *Logique* en affirmant : « La preuve dans les jugements criminels n'est que la démonstration morale d'un fait douteux et controversé. L'enquête est la recherche de ces preuves et elle peut être considérée comme étant la même chose que l'analyse »³⁹².

all'uso di prove scientifiche, dalle argomentazioni topiche ai canoni del ragionamento giuridico. Questo contesto deve tuttavia trovare fondazioni sicure in termini di attendibilità, affidabilità conoscitiva e validità delle argomentazioni. Tali fondazioni possono essere ravvisate ad es. nel riferimento diretto a dati conoscitivi empiricamente controllabili, nell'impiego di nozioni accettate ed attendibili di senso comune, nella formulazione di inferenze logicamente valide, nell'applicazione sistematica dei criteri di rilevanza delle prove e di congruenza e coerenza dell'intero ragionamento del giudice, nonché nell'elaborazione di adeguate argomentazioni giustificative, a sostegno della decisione. Tenendo conto di tutto ciò, e collocandosi all'interno del contesto così delineato, sembra possibile ridefinire ciò che si può intendere come "funzione dimostrativa" della prova. La prova giudiziaria svolge una funzione dimostrativa in quanto fornisce un fondamento conoscitivo e razionale per la scelta che il giudice compie individuando una versione attendibile e veritiera dei fatti rilevanti della causa, e giustificando razionalmente tale scelta. Le condizioni e le modalità con cui la prova svolge in concreto questa funzione sono determinate dal contesto complessivo rappresentato dal ragionamento del giudice finalizzato alla formulazione e alla motivazione del giudizio di fatto. La prova compie la funzione che le è propria quando il giudice svolge questo ragionamento secondo criteri razionali, idonei ad assicurarne la validità e l'attendibilità".

³⁹²On peut penser que Pagano fait ici référence à l'algèbre. « La preuve consiste à remonter depuis les indices vers le fait que l'on veut prouver, comme l'historien dans son enquête remonte des traces observables actuellement vers les faits historiques passés, qui ne sont donc plus observables. Or l'algèbre consiste, par une démarche analogue, à remonter de la solution actuelle de l'équation aux racines qui la rendent possible ».

