



*Journ@l Electronique d'Histoire des  
Probabilités et de la Statistique*

*Electronic Journ@l for History of  
Probability and Statistics*

Vol 7, n°1; Juin/June 2011

**www.jehps.net**

## **Condorcet et l'épistémologie juridique.**

### **Lettres à Turgot de 1771**

Bernardo Bolaños Guerra<sup>1</sup>

*à Anne Vigna et à toutes les personnes qui, au quotidien, font un travail  
de mise en évidence des erreurs judiciaires, et dénoncent la justice spectacle.*

#### **Résumé**

Dans son épistémologie juridique, Condorcet adopte l'interprétation subjectiviste ou bayésienne, au sens faible, de la théorie des probabilités. Nous classifions les points de vue épistémologiques dans le droit conformément à diverses doctrines de l'éthique normative: déontologisme, utilitarisme et le point de vue représenté par Condorcet et certains membres contemporains de l'école du choix social.

#### **Abstract**

Condorcet's legal epistemology adopts a subjectivist or Bayesian interpretation, in the wider sense, of probability theory. We classify epistemological views in the law according to various doctrines of normative ethics: deontologism, utilitarianism and the views represented by Condorcet and some members of the contemporary school of social choice.

---

<sup>1</sup> Departamento de Humanidades, Universidad Autónoma Metropolitana – Cuajimalpa, Baja California 200, 06760 Mexico, [bbolanos@correo.cua.uam.mx](mailto:bbolanos@correo.cua.uam.mx)

## 1. Introduction

D'après trois grands penseurs des Lumières, François-Marie Arouet, dit "Voltaire"<sup>2</sup>, William Blackstone<sup>3</sup> et Benjamin Franklin<sup>4</sup>, il est préférable de libérer deux, 10 ou 100 personnes coupables, respectivement, que condamner un innocent. Beccaria, Kant, Turgot et Condorcet font valoir des idées similaires, mais sans proposer une proportion déterminée entre coupables acquittés et innocents emprisonnés. Dans le cas de Kant parce qu'il croit que la décision de condamner un accusé ne doit se produire qu'en ayant la certitude de sa culpabilité. Dans une lettre à Turgot, Condorcet, pour sa part, demande que la pluralité des voix nécessaire pour condamner un accusé...

« soit réglée de manière qu'en supposant les juges éclairés et impartiaux, et l'accusé bien entendu et bien défendu, je doive regarder son crime comme avéré [...] Je remarque ensuite qu'il n'y a ici aucune certitude physique absolue, mais une certitude morale et que, par conséquent, il faut fixer une unité qu'on regardera comme une certitude absolue à laquelle on comparera celle qu'on acquiert dans les différentes hypothèses. Je crois devoir prendre pour cette unité l'unanimité libre d'un nombre donné de gens éclairés et impartiaux » [Condorcet, 1771].

Entre février et juillet 1771, Condorcet mène une réflexion avec Turgot sur les caractéristiques d'une justice criminelle souhaitable. Conscient de l'importance du contenu de leur échange épistolaire, Turgot suggère à Condorcet de garder ces lettres qui pourraient servir ensuite à l'un des deux pour mettre définitivement en forme leurs idées. Malheureusement, nous ne disposons que des résumés de Condorcet [Badinter, 1988].

La présomption d'innocence est un principe central des Lumières. Pourtant ce principe n'a pas un sens figé, mais personnel, influencé par les valeurs et les croyances de chaque philosophe. En effet, le ratio de Blackstone est moins protecteur des innocents que celui de Franklin, mais il les protège plus que celui de Voltaire. Étant donné la nature personnelle de chaque version de la présomption d'innocence, dans cet essai nous associons l'interprétation subjective ou bayésienne de la théorie des probabilités avec l'épistémologie juridique de Condorcet.

Le Marquis propose une réforme visant à garantir la présomption d'innocence dans les procès criminels. Réforme qui prend en compte les préjugés des juges et des jurés. Les individus riches ont tendance à sympathiser avec les riches et les pauvres avec les pauvres — ce pourquoi les gens prospères ont tendance à se méfier des nécessiteux et les pauvres ont du ressentiment envers les opulents. Les sentiments de colère et de mépris social doivent être

---

<sup>2</sup> « Quand il jugeait une affaire, ce n'était pas lui qui jugeait, c'était la loi ; mais quand elle était trop sévère, il la tempérerait ; et quand on manquait de lois, son équité en faisait qu'on les aurait prises pour celles de Zoroastre. « C'est de lui que les nations tiennent ce grand principe, qu'il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent. Il croyait que les lois étaient faites pour secourir les citoyens autant que pour les intimider » [Voltaire, 1747].

<sup>3</sup> "[A]ll presumptive evidence of felony should be admitted cautiously ; for the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer" [Blackstone, 289].

<sup>4</sup> « It is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer ». Lettre à Benjamin Vaughan, 14 mars 1785 [Franklin cité par Laudan, 63].

éliminés du jury criminel. Comme nous le verrons, dans une lettre à Turgot de 1771, Condorcet propose que lorsque les accusés soient des gens du peuple, les juges ne doivent pas se trouver au-dessus de cette condition. Les juges se trouvent partagés entre la crainte de condamner un innocent et celle de laisser un crime impuni, et plus ils seront éloignés du rang des accusés, plus leur disposition envers les condamner augmentera [Turgot, 1919].

Aujourd'hui, les études empiriques ont montré que les préjugés des juges et des jurés ne dépendent pas seulement de la classe sociale, mais aussi d'autres facteurs tels que le genre, l'appartenance ethnique, l'idéologie politique, etc. Plusieurs facteurs personnels jouent un rôle significatif dans les décisions judiciaires (même après les corrections des facteurs corrélés, comme celui de l'idéologie). Une juge femme a plus de chances de condamner la discrimination sexuelle vécue ou exercée contre une autre femme [Boyd, Epstein et Martin, 2007]. Aux Etats-Unis, les juges afro-américains sont plus susceptibles de voter en faveur des demandeurs, et les juges blancs sont plus enclins à protéger les demandeurs lorsqu'un juge afro-américain fait partie du tribunal [Cox et Miles, 2008]. La théorie bayésienne est une façon d'expliquer comment les préconceptions jouent un rôle dans les décisions judiciaires. « Il est non seulement impossible comme une question psychologique de se libérer d'elles [les préconceptions], mais il serait irrationnel de le faire, car les idées préconçues contiennent de l'information, bien qu'elle ne soit pas toujours exacte » [Posner, 2009]. Peut-être la version la plus simple du théorème de Bayes, sinon la plus commune, est celle exprimée en termes de chances. Les chances d'une hypothèse H est la probabilité de H divisée par la probabilité de sa négation:  $\Omega(H) = \Pr(H) / \Pr(\sim H)$ . D'après cette version du théorème, les chances d'une hypothèse H étant donné un ensemble de données x, c'est-à-dire,  $\Omega_{post}(H|x)$ , est égal aux chances antérieurs de cette hypothèse,  $\Omega_{prior}(H)$ , multipliés par le degré de fiabilité auquel l'hypothèse surpasse sa négation dans la prédiction de x, c'est-à-dire,  $\Pr(x|H) / \Pr(x|\sim H)$ .

$$\Omega_{post}(H|x) = \Pr(x|H) / \Pr(x|\sim H) \times \Omega_{prior}(H)$$

Pour la théorie de la décision bayésienne, le juge fixe les chances qu'un fait soit vrai dans le juste milieu entre ces propres idées préconçues autour du sujet et la fiabilité des nouveaux éléments de preuve.

## 2. Relation entre l'éthique normative et l'épistémologie juridique

L'épistémologie juridique aborde le problème de la connaissance du droit. Les auteurs de l'école empiriste l'identifient généralement à la théorie de la preuve dans le processus judiciaire. Au contraire, d'autres juristes considèrent que tous les problèmes épistémologiques du droit s'attachent à l'identification de normes applicables au cas et que cette opération n'est pas toujours triviale et ne peut jamais être strictement empirique. Pour ces derniers, l'épistémologie juridique est nécessairement engagée dans les problèmes et les doctrines de la philosophie du droit et de l'éthique normative. La question essentielle concernant quel nombre de preuves, quelles preuves et quels indices sont nécessaires à la condamnation d'un accusé, suppose des positionnements normatifs : les normes applicables des codes de procédure pénale, ainsi que les normes relatives à la fiabilité de l'évidence. A titre

d'exemple, certains déontologues comme Kant ou certains « garantistes » comme Luigi Ferrajoli exigent d'atteindre respectivement la dite « certitude » ou la « vérification », tandis que des utilitaristes comme Laudan recommandent de calibrer les standards objectifs des preuves en accord avec les conséquences souhaitées. Finalement, les probabilistes comme Condorcet reconnaissent l'impossibilité d'atteindre la « certitude physique absolue » à travers du raisonnement déductif dans un procédé judiciaire, mais affirment que le caractère personnaliste de l'épistémologie juridique est compatible avec l'application de principes et valeurs intrinsèquement bons (déontologie minimale). Ainsi, les trois exemples décrits plus haut montrent que la théorie de la preuve dans le processus juridique n'est jamais satisfaisante si elle est basée sur une vision strictement empirique.

La relation entre épistémologie juridique et éthique normative a un caractère bidirectionnel. Par exemple, la théorie du garantisme pénal de Ferrajoli est clairement associée, depuis ses origines, à un déductivisme propre à la logique propositionnelle [Ferrajoli, 1970]; mais, à l'inverse, la position vérificationniste aboutie de cet auteur au sujet de la preuve en droit pénal, répond à l'idéal normatif développé dans le théorème garantiste de *nulla poena sine probatione*<sup>5</sup> (c'est-à-dire, satisfaire la règle logique selon laquelle il ne doit pas y avoir de peine sans preuve, à la différence de la règle propre d'une épistémologie probabiliste qui établirait un standard déterminé, par exemple, il ne doit pas y avoir de peine sans un niveau déterminé de preuve ou, il ne devrait pas y avoir de peine sans un grade de croyance en la culpabilité déterminée).

La position vérificationniste-garantiste de Ferrajoli est incompatible avec d'autres entrées épistémologiques et normatives, par exemple avec la règle utilitariste appliquée par l'équation « mieux vaut  $x$  coupables en liberté que  $y$  innocents en prison », ou avec le raisonnement inductif propre à la pondération ou balance de normes. La bidirectionnalité de la relation est claire: le logicien Ferrajoli développe de manière originale un système axiomatique pour le droit pénal idéal qui, en dernière instance, l'engage dans une épistémologie vérificationniste.

Nous nous prononcerons en faveur de la troisième doctrine épistémologique mentionnée: la vision probabiliste inspirée par la théorie condorcetienne, aujourd'hui incarnée en la théorie du choix social. Comme nous le verrons, cette position est intermédiaire entre l'épistémologie juridique subordonnée au déontologisme transcendantal (représenté par des auteurs comme Kant, Rawls ou Ferrajoli), et l'épistémologie juridique associée à l'utilitarisme (présente chez Bentham ou Laudan).

## 2.1 Ethique normative et métaéthique

De manière similaire à la séparation courante entre droit positif, théorie du droit et philosophie du droit, il est utile de différencier la morale dominante dans les faits au sein d'une communauté (que nous appellerons éthique appliquée), l'éthique normative, et la métaéthique. Analysons le premier cas. Les sociologues utilisent généralement des concepts comme « l'éthique protestante », « la morale catholique », « l'éthique confucianiste », ou encore « la morale chevaleresque ». Ces expressions évoquent des systèmes de morale

<sup>5</sup> Il s'agit du théorème 18 du système SG [Ferrajoli, 1997].

positiviste, la morale acceptée par un certain groupe social (ou bien associés à des systèmes moraux positivistes, comme la morale chevaleresque présente dans différentes civilisations qui placent l'honneur comme une valeur fondamentale). Nous n'évoquerons pas plus l'éthique appliquée. En revanche, l'éthique normative est critique, évaluative et se base sur des fondements philosophiques qui vont au-delà d'une tradition déterminée ou de certains dogmes religieux. « En général, l'éthique normative s'entend par la tentative d'établir et de défendre les principes basiques de la morale. Il lui importe de déterminer quelles actions sont correctes, lesquelles sont incorrectes, ce qui est autorisé et ce qui est interdit. Ou bien, nous pouvons dire qu'il s'agit des droits moraux basiques, devoirs, vertus et autres » [Kagan, 1992]. Un exemple de doctrine éthique normative est l'éthique du *care* que quelques auteures féministes contemporaines apprécient tant, éthique selon laquelle l'attitude protectrice envers les proches doit être prioritaire face à l'accomplissement de maximes morales générales et abstraites (une mère qui est présente pour ses enfants agira mieux, selon ce point de vue, qu'un idéologue qui, comme Karl Marx, luttera pour une société future juste mais en soumettant la famille à de durs sacrifices). D'autres exemples sont les suivants: les doctrines déontologiques de Kant ou de Rawls, selon lesquelles il existe des normes morales inévitables comme "l'impératif catégorique" ou "le premier principe de justice"; l'utilitarisme classique de Bentham compris comme la combinaison d'hédonisme, d'égalitarisme et de conséquentialisme; la doctrine aristotélicienne de la vertu, etcétera.

Finalement, la méta-éthique est "l'analyse logique de la signification des prédicats éthiques et des méthodes utilisés pour soutenir ces jugements" [Gewirth, 1960]. Des exemples de doctrines méta-éthiques sont : le naturalisme de Hume selon lequel les jugements moraux ne sont pas rationnels ni irrationnels, mais sont fondés sur des sentiments moraux; le rationalisme de Leibniz ou de Spinoza pour lesquels la perception claire et distincte du monde coïnciderait avec la perception de la correction morale ou bien le perfectionnisme de Samuel Clarke, pour qui il n'existe pas de différence de nature entre la vérité des énoncés «  $2 + 2 = 4$  » et « Tuer est mal ».

Nous relevons, pour résumer, que tandis que l'éthique appliquée exprime la morale qui opère de fait au sein d'une communauté, l'éthique normative prend parti sur ce que est bien et ce qui est mal, en faveur de systèmes moraux déterminés en comparaison avec d'autres, et la méta-éthique est philosophie éthique et étude du langage moral. Par la suite, nous nous référerons aux relations entre l'éthique normative, la méta-éthique et l'épistémologie juridique, depuis un point de vue qui distingue la sphère de la morale de celle du droit. Partons d'un exemple schématique: un fait juridique valide, indépendamment de la façon dont on le juge moralement, mais qui peut être appuyé ou refusé depuis une doctrine éthique normative et que nous décrirons comme suit :

Jean a été condamné à 10 ans de prison pour avoir tué Pierre sur la base des versions de deux témoins à charge.

Les valorisations morales qui évoquent le fait juridique précédent ne seraient pas elles-mêmes des énoncés juridiques (à moins, évidemment, qu'elles coïncident avec la décision valide d'une autorité compétente, comme un tribunal supérieur). Les valorisations morales

suivantes (énoncés d'éthique normative) correspondent aux positions respectives d'un déontologue transcendantal et d'un utilitariste :

(2.1) Jean a été condamné par erreur, et faute de certitude de sa culpabilité, une injustice a été commise.

(2.2) Jean a été condamné justement et, étant coupable, on évite qu'il assassine d'autres personnes, vu que la probabilité qu'il soit innocent est faible.

En revanche, l'analyse des énoncés antérieurs, aux mains d'un philosophe, pourrait générer des énoncés méta-éthiques (qui sont à la fois épistémologiques, vu que la méta-éthique étudie le contenu et la structure de la morale). Les jugements de valeur suivants évoquent deux interprétations liées à la connaissance juridique :

(3.1) Le juge a condamné Jean par le biais de l'application d'une règle de droit procédurier pénal, selon la méthode de la subsumption.

(3.2) Le juge a condamné Jean à partir de l'estimation subjective de la probabilité qu'il soit coupable, c'est-à-dire, sur la base d'un degré de croyance, une conviction intime ou un sentiment moral.

Une troisième possibilité est celle d'attribuer au juge la satisfaction d'un standard objectif de preuve ou l'estimation objective de la probabilité des preuves:

(3.3) Le juge a condamné Jean sur la base de l'estimation objective de la probabilité qu'il soit coupable.

Les trois énoncés antérieurs correspondent à trois points de vue méta-éthiques qui font respectivement appel à la logique déductive standard, à la probabilité subjective et à la probabilité objective. Comme nous le verrons, les épistémologues du droit recommandent aux juges, avocats et législateurs d'adopter l'un ou l'autre des modèles de raisonnement ou à une combinaison de plusieurs d'entre eux. Ce faisant, ils assument en fin de compte des positions d'éthique normative. En utilisant leurs théories au sujet du droit pour faire des recommandations sur ce que doit être la pratique juridique, les juristes génèrent inévitablement leurs propres évaluations normatives. Ceci est clair si l'on analyse un dernier type d'énoncés liés à notre exemple:

(4.1) Le juge a condamné Jean *correctement* parce qu'il a appliqué une règle juridique du Code de Procédure Pénal, par le biais de la subsumption.

(4.2) Le juge a condamné Jean *correctement* parce que le degré de croyance personnelle qu'il avait en sa culpabilité allait au-delà de tout doute raisonnable.

(4.3) Le juge a appliqué des standards objectifs de preuve (deux témoins à charge) qui implique que la culpabilité de Jean soit hautement probable et, en raison de cela, la condamnation a été *correcte*.

En résumé, nous pouvons et devons distinguer l'éthique normative de la méta-éthique, mais il existe des niveaux d'analyses au cours desquels les deux dimensions fusionnent en un même raisonnement. Loin d'être une analytique subtile, ce fait doit conscientiser les épistémologues juridiques à propos des relations entre leur discipline et la philosophie morale. Autrement dit, nous croyons que les lecteurs ne doivent pas faire confiance aux épistémologues juridiques qui affirment être axiologiquement neutres et proposent une théorie empirique pure de la connaissance juridique.

### 3. Théories épistémologiques dans le droit

Selon le déontologue, il est correct de remplir des devoirs, de respecter des règles ou des standards de preuve qui soient intrinsèquement valables, indépendamment des fins et des conséquences qu'ils produisent. Deux critiques contemporains des points de vue déontologiques en morale et dans le droit sont Amartya Sen et Larry Laudan. Sen combat une forme de déontologisme qu'il appelle l'« institutionnalisme transcendantal », présent notamment chez Hobbes, Kant et Rawls [Sen 2010]. L'« institutionnalisme transcendantal » s'intéresse au fait que les institutions soient justes bien que, paradoxalement, la société vive plus mal en étant soumise à ces institutions au lieu de l'être par d'autres institutions moins justes mais dont les bénéfices pour la population sont meilleurs. Quelqu'un qui veut argumenter que les drogues sont néfastes ne considère peut-être pas les avantages de leur dépénalisation dans certaines circonstances. L'exemple le plus notoire de ce type de myopie transcendantale est historiquement arrivé, selon moi, quand Kant a affirmé que « ne pas mentir » est une règle absolue et que mentir à un assassin pour sauver un innocent n'est pas légitime. Contre un tel déontologisme radical, les doctrines utilitaristes et les théoriciens du choix social qui admettent le mensonge sous conditions nous paraissent préférables bien qu'ils ne valident pas le devoir transcendantal de ne pas mentir.

John Rawls, pour sa part, dans sa célèbre théorie de la justice, déduit les caractéristiques d'une société juste à partir de principes que, peut-être, aucune société n'ait jamais approuvés. La justification de cette théorie est qu'elle offre un modèle idéal. En revanche, les utilitaristes et certains théoriciens du choix social proposent des modèles institutionnels pour des sociétés réellement existantes, c'est-à-dire, des sociétés plus ou moins injustes. C'est le cas des études sur l'épistémologie juridique et le droit pénal de Larry Laudan. Nous résumerons brièvement les idées de cet auteur. Tandis que pour Blackstone ou Condorcet il est important que l'Etat soit respectueux de la présomption d'innocence, du bénéfice du doute en faveur des accusés et d'autres droits privilégiés de ces derniers, Laudan signale que pour ces auteurs, il ne semble pas important que la société vive en situation d'insécurité et risque plus de souffrir aux mains de criminels que de l'Etat et ses erreurs judiciaires (surtout l'improbable situation d'être jugé et déclaré coupable en étant innocent). Par la suite, nous analyserons en détail l'un des arguments de Laudan: la supposée *reductio ad absurdum* du standard de preuve qui, pour sanctionner pénalement une personne, exige que celle-ci soit considérée comme coupable « au-delà de tout doute raisonnable » (que nous appellerons par son sigle en anglais BARD, *beyond a reasonable doubt*).

### 3.1. L'épistémologie utilitariste de Laudan

Le standard de preuve BARD est officiellement présent dans la majorité des systèmes pénaux accusatoires et, au moins en tant que principe de droit reconnu et invoqué, dans de nombreux systèmes pénaux inquisiteurs. Sa signification littérale exige qu'une accusation pénale soit prouvée à un niveau tel qu'elle ne laisse pas de « doute raisonnable », mais cette formulation reste trop vague. Laudan nous explique que de 1850 à 1950 environ, la manière la plus commune d'appliquer BARD était que les juges expliquent aux jurés qu'une preuve allant au-delà d'un doute raisonnable signifiait « croire en une certitude morale ». Ainsi, à ses origines, « certitude morale » signifiait, pour Condorcet, John Locke et John Wilkins, non pas une vérité mathématique, mais une vérité en termes de fait, et, qui plus est, en termes humains de fait. Laudan affirme que « la Court Suprême [des Etats Unis], dans la plus récente génération, a réalisé une disjonction entre le standard de preuve BARD et cet ensemble de notions philosophiques qui lui ont donné ses fondements et sa cohérence » [Laudan, 2006]. Sur ce point, nous pouvons établir une première critique de cet auteur. S'il est certain qu'historiquement, la définition initiale était négative (la « certitude morale » n'était pas une certitude mathématique), la philosophie du sens commun et le second Wittgenstein – rien de moins qu'un livre appelé *De la certitude* – ont tenté d'élucider ce type de proposition (que cette main soit mienne ou que ou que je m'appelle Pierre Dupont ne sont pas plus des certitudes mathématiques, mais sont assez solides, tout au moins pour Pierre Dupont).

Ainsi bien, Laudan souligne un problème de terminologie dans l'expression « certitude morale », car son sens originel n'avait rien à voir avec ce que l'on appelle aujourd'hui morale. Au cours des 30 dernières années, la Court Suprême des Etats-Unis a observé que la terminologie anachronique de « certitude morale » impliquait le risque de pousser les jurés à jouer en des termes moraux ou émotifs, au lieu de prendre en compte l'évidence empirique. Mais nous devons ici lancer une seconde critique. A l'encontre de ce que pense Laudan, la solution au problème de l'erreur linguistique semble résider simplement en une modernisation des termes. Si la notion de « certitude morale » est née en opposition à la « certitude mathématique », il paraîtrait suffisant d'expliquer aux jurés que BARD signifie croire en un fait notoire, en une vérité ferme et établie, confirmée par des témoins et d'autres preuves, toujours depuis le point de vue personnel de qui décide (puisque, malheureusement, toute perspective individuelle au sujet d'un fait isolé se réalise depuis une position, est donc personnelle; les points de vue objectifs qui transcendent le point de vue personnel ne sont possibles que dans d'autres circonstances, par exemple en mathématiques ou quand nous disposons de statistiques sur un phénomène générique comme l'indice de vol ou d'homicide d'une ville, et non pas lorsque nous analysons un fait unique comme tel cas de vol en particulier ou tel cas d'homicide spécifiquement).

Eluder l'usage du terme anachronique « certitude morale » et le remplacer par un autre comme « fait notoire » ou « fait hautement plausible », suppose garder fidélité aux présupposés originels des philosophes du XVIIIème siècle. De là, une *autre inquiétude* est si, interprété comme cela, BARD n'est pas trop favorable aux accusés. Comme l'affirme Laudan, « plusieurs, peut-être la majorité, des décisions importantes de la vie que chacun de nous prend sont adoptées sous des conditions d'incertitude significative, où le doute n'est pas seulement rationnel mais aussi rampant. En ces circonstances, nous agissons *même s'il y a un* Journ@l électronique d'Histoire des Probabilités et de la Statistique/ Electronic Journal for History of Probability and Statistics . Vol.7, n°1. Juin/June 2011

*doute considérable* » [Laudan, 2006]. Ainsi, cet auteur recourt ici à l'analogie avec une opération du cœur, bien que non pas du point de vue de l'expert, mais du patient: « Vous refuseriez subir une opération chirurgicale dans le cas où vous vous trouveriez entre la vie et la mort, seulement parce que le médecin vous dirait qu'il existe des risques induits ou parce qu'il existe certains doutes rationnels quelconques quant à la probabilité de que cette chirurgie puisse vous soigner » [Laudan, 2006]. Par la suite, comme nous le verrons, les analogies de Laudan seront associées aux points de vue mathématiques et scientifiques, dans un mélange peu clair de notions personalistes, logiques et objectivistes de la probabilité.

Au début de son ouvrage, Laudan reconnaît son aversion personnelle contre les points de vue bayésiens (l'école subjectiviste d'analyse statistique la plus puissante). Pour le lecteur non familiarisé avec la philosophie de la probabilité, il faut signaler qu'il existe principalement trois interprétations qui (1), comme celles de Ramsey et de De Finetti, concèdent à la probabilité un *degré de croyance subjective*, et affrontent le problème particulier de l'objectivité. D'autres (2), comme Reichenbach, conçoivent la probabilité comme une *fréquence relative d'évènements observés* et affrontent des problèmes qui lui sont propres, comme celui d'assigner une mesure de probabilité à un évènement unique (comme la *litis* dans un jugement). Enfin (3), dans les programmes de recherche de Keynes et Carnap, que Lakatos a qualifié de "déclinants" ou "dégénérés", on affirme que la probabilité est une *relation logique* entre l'évidence et les énoncés [Lakatos, 1968].

Laudan semble défendre (2), c'est-à-dire, une interprétation fréquentiste quand il compare la rationalité des décisions des jurés avec celles des scientifiques naturels, mais se rapproche des interprétations logiques quand il préfère l'analogie avec les mathématiques: "Supposons que nous voulons enseigner à de jeunes scientifiques comment juger qu'une théorie est acceptable, par le moyen de la technique qui consiste à leur dire comment doivent être leur état mental quand ils doivent l'accepter. Ce conseil serait considéré comme un non-sens. Tentons d'imaginer un mathématicien disant qu'il a démontré un nouveau théorème et que la preuve consiste en le fait que lui-même croit en son théorème de manière infaillible" [Laudan, 2006].

A la différence de Laudan, nous pensons qu'une équipe de physiciens produisant des collisions des particules dans un accélérateur ou un mathématicien analysant un résultat formel ne se révèlent pas être des analogies valables avec les membres d'un jury ou avec un juge professionnel. Paraphrasant la question du subjectiviste Ramsey quand il critique à Keynes: comment peut-on percevoir ces relations *logiques* entre l'évidence et la sentence "Je ne les perçois pas et si je dois être persuadé qu'elles existent, cela doit être au moyen d'arguments" écrit [Ramsey, 1990]. D'autre part, les raisonnements des jurés et/ou du juge que évaluent l'évidence pour déterminer la culpabilité d'une personne, ne sont pas non plus fondés sur des fréquences observées (la probabilité conditionnelle de que l'actuel accusé soit homicide ne peut pas s'obtenir ni ne doit s'obtenir à partir de cas passés dans lesquels l'accusé n'était pas présent, pour des raisons morales mais aussi parce que le comportement humain est beaucoup plus complexe que les trajectoires des particules physiques dans un laboratoire).

Il serait plus pertinent d'établir une comparaison du raisonnement judiciaire sur des questions de fait avec les utilisations canoniquement personalistes de la probabilité, comme

le sont, par exemple, la théorie de la consommation, de la législation ou l'analyse coût-bénéfice. Si nous demandons à un consommateur pilote d'aller acheter le meilleur modèle d'automobile, sa décision sera, en fin de compte, personnelle, sans pour autant que celle-ci soit irrationnelle ou ignore les faits (parce que l'évidence peut se diriger vers différentes options: « les garages Toyota sont facilement accessibles, les voitures Nissan sont peu chères, les Ford sont très résistantes, les Renault sont élégantes, n'importe quel garagiste peut réparer une Volkswagen, etcétera »). L'estimation personnelle de la probabilité est inéluctable dans le droit, non seulement dans les cas où il y a des jugements de valeur en confrontation (liberté d'expression contre droit à l'intimité), mais aussi quand on ne peut pas ajouter mécaniquement la valeur probatoire d'une grande quantité d'indices.

Laudan sépare le poids de l'évidence de la capacité subjective de la juger, en ceci qu'il souligne un fréquentisme radical ou une tentative d'interprétation *logique* de la probabilité: "Si le doute raisonnable véritable s'évapore quand l'évidence révèle puissamment la culpabilité de l'accusé, alors le jury a seulement besoin de décider dans quelle mesure l'évidence présentée est de ce type. *Il n'est pas pertinent de savoir dans quelle mesure, de plus, il possède une conviction ferme ou douteuse à ce sujet*" [Laudan, 2006]. Le souligné est dû à l'auteur de cet article. Le problème de ce point de vue fréquentiste et/ou logique de la probabilité est qu'il sous-estime les capacités cognitives des êtres humains pour développer des croyances justifiées et ignore que dans certains cas, un scepticisme sain est rationnel, tandis que dans d'autres, il est correct de croire fermement en quelque chose (quand survient l'une ou l'autre chose, cela ne dépend pas d'un chiffre magique: deux témoins, une confession, etcétera). Il est symptomatique que Laudan confronte le droit pénal anglo-américain et le droit européen, talmudique ou canonique, qui a durant des siècles établi des preuves taxées, c'est-à-dire, « a spécifié de manière précise la quantité de preuve ou d'évidence qui était nécessaire pour condamner » [Laudan, 2006]. Dans les systèmes juridiques basés sur ce type d'appréciation des preuves, ce qui s'est révélé irrationnel a précisément été le fait d'attribuer de manière mécanique une valeur déterminée à une évidence: dire que « la confession fait une preuve pleine » ou que « la somme de deux témoins qui coïncident produit une certaine certitude juridique » manque d'appui scientifique ou épistémologique, et est seulement une convention arbitraire. Une interprétation personnaliste de la probabilité, alternative au point de vue de Laudan, s'ouvre au pluralisme épistémique selon lequel il existe des raisons très diverses qui peuvent nous amener à croire quelque chose de manière justifiée.

Dans sa critique à l'interprétation de BARD fondée sur l'état mental du membre du jury, Laudan semble confondre la *subjectivité de l'évidence* avec l'*interprétation subjective de la probabilité de l'évidence*. La première est inacceptable, la seconde est inévitable. Nous ne pouvons pas présenter comme preuve d'homicide les visions en rêve d'un devin ou ce qu'il peut apparaître dans les cartes de tarot, mais le poids attribué aux preuves canoniques (témoignages, expertises, documents) doit être *interprété par des personnes*. Ne pas se fonder sur des éléments empiriques pour juger une personne serait irrationnel et injuste, mais déterminer la valeur de tels éléments empiriques est une responsabilité personnelle parce qu'il n'existe pas d'algorithmes viables qui puissent le faire à notre place. Il est important que les jurés forment leur opinion sur la base de preuves matérielles, mais leur décision est le fruit

d'une appréciation personnelle. L'interprétation personaliste de la probabilité s'oppose à l'interprétation fréquentiste, mais pas à l'usage des preuves. Les points de vue bayésiens sont justement l'une des manières possibles d'actualiser les croyances personnelles *en prenant pour base l'évidence matérielle supplémentaire*.

D'autre part, certains critiques du bayésianisme soulignent le problème que les algorithmes disponibles sont dépassés par la complexité des décisions réelles, dû au dit problème de la conjonction. Par exemple, étant données les probabilités 0.6, 0.8 et 0.7 de trois éléments probatoires d'un délit, mutuellement indépendants (disons: le témoignage de l'acquisition d'une voiture par Jean, la facture de propriété de la voiture par Pierre, et la confession de Jean de son désir de vouloir conserver la voiture), produisent une probabilité conjointe de  $0.8 \times 0.9 \times 0.8 = 0.576$ . Ainsi, la probabilité de que Jean ait volé Pierre dans cet exemple atteint à peine 0.576, en dépit du caractère probable de chaque élément en particulier. Mais cette objection, sans doute intéressante, ne suppose pas l'utilisation d'argument en faveur de l'épistémologie fréquentiste ou statistique que défend Laudan. Allen, au contraire, s'inspire du problème de la conjonction pour proposer de radicaliser la dimension subjectiviste ou personaliste de l'épistémologie juridique quand il suggère que nous parlions de "plausibilité" au lieu de "probabilité" et que nous définissions la solution judiciaire correcte comme étant le choix de la version la plus plausible (en matière civile); ou bien, définir la solution correcte comme étant la version qui affirme l'innocence de l'accusé à chaque fois que celle-ci est plausible, bien qu'elle soit moins plausible que la version de la culpabilité (en matière pénale). Ainsi, la critique envers les formalistes bayésiens dérive, dans le cas de [Allen, 2010], vers une défense du principe déontologique de la présomption d'innocence.

Les critiques mathématiques aux formalismes bayésiens renforcent aussi les interprétations personalistes quand il s'agit d'éléments probatoires mutuellement dépendants. Par exemple, si la probabilité du témoignage des deux témoins à charge est de 0.8 chacune et les témoins ne sont pas indépendants l'un de l'autre, alors la probabilité conjointe des deux est comprise entre 0.0 et 0.8. Une telle ambiguïté probabiliste ne sera pas un prétexte pour ne pas décider, mais en l'absence d'un algorithme pour le faire, la décision sera nécessairement personnelle.

Une autre critique de Laudan au BARD est basée sur la difficulté de son application dans la pratique. Supposons que le standard affirme, comme dans la *ratio* de Blackstone, qu'il vaut mieux libérer 10 hommes coupables que condamner un innocent (ou un raisonnement similaire où l'on change seulement les quantités de coupables et d'innocents). Après avoir condamné 10 personnes, est-ce que la règle impliquera mécaniquement que nous devons libérer une centaine d'accusés. Pour notre part, nous tenterons de montrer que ce type de critiques est, encore une fois, trop lié aux interprétations fréquentistes de la probabilité.

Nous pensons qu'il est possible d'appliquer BARD quand nous sommes bayésiens, ce qui, nous l'avons vu, ne signifie pas incohérents, irrationnels ou non désintéressés de l'évidence. Nous pouvons balancer notre "intime conviction" et, en appliquant le standard, condamner une personne seulement si nous sommes, à la lumière de l'évidence, *très convaincus* de sa culpabilité et en aucune manière quand nous croyons à sa culpabilité à tâtons (et, évidemment, nous devons le libérer si *nous ne sommes pas* convaincus de sa

culpabilité). Depuis cette perspective, ni les fréquences, ni les conséquences globales de la décision particulières (au-delà de la condamnation ou inculpation de l'accusé) seraient ce qui nous importerait en premier lieu.

### 3.2. L'épistémologie juridique déontologique

L'éthique kantienne peut servir de fondement à une épistémologie déontologique. Nous verrons par la suite comment les critiques de ce point de vue nous serviront à l'élaboration d'une troisième alternative, condorcetienne cette fois. La déontologie kantienne, avec ses règles absolues et *a priori* est survenue, en partie, par opposition à la prétention rationaliste de Leibniz selon laquelle il existe une solution correcte pour chaque cas juridique ou controverse morale, solution que l'on peut trouver *a posteriori* par le biais de la délibération morale. Selon ce dernier, peser les différentes possibilités pour identifier le meilleur bien était possible parce qu'il existe toujours une « raison suffisante » pour décider ; ceci est « le type de doctrine que Kant se propose de refuser et substituer par l'idée d'une volonté pure basée seulement sur la raison pratique pure » [Rawls, 2007]. Comme nous le savons, il existe au moins trois formulations de l'impératif catégorique kantien, loi suprême de la morale selon sa théorie :

- (1) Je dois agir comme si la maxime de mon action devait être érigée par ma volonté en loi universelle de la nature;
- (2) Je dois œuvrer d'une telle manière qui me fasse traiter l'humanité, aussi bien en ma personne qu'en la personne de n'importe qui d'autre, toujours comme une fin et non seulement comme un moyen ;
- (3) Je dois œuvrer comme un législateur universel (comme le membre d'un royaume universel des fins).

Il est possible d'interpréter la première formulation de l'impératif de manière à ce qu'elle soit équivalente à la troisième : une conduite serait moralement obligatoire si elle était universalisable, c'est-à-dire, si elle était dictée par un représentant qui assumerait une perspective valide pour toute l'humanité, un législateur universel. Et si la seconde n'est pas logiquement équivalente aux autres, elle peut être considérée comme une restriction de celles-ci pour le cas des êtres humains. Quand une maxime universelle concerne ces derniers, alors le législateur est une personne en charge, un représentant de tous les êtres humains et, pour cela, chaque personne est une fin ultime tandis que lui est le commandeur.

Suivant le modèle de l'impératif kantien catégorique et l'analyse de l'*ethos* des Lumières, la signification de BARD peut, aussi, être formulée de trois manières différentes :

- (1) Les accusations pénales doivent être prouvées à un degré qui ne laisse aucun doute raisonnable dans l'*esprit* du jury ;
- (2) Il est immoral de condamner un accusé quand il n'existe pas de preuves suffisantes de sa culpabilité ;

- (3) La vie et la liberté des accusés ne sont pas des recours qui doivent être exploités selon les circonstances pour assurer la sécurité de la population, quand il existe des moyens alternatifs pour cela.

La première version, qui nous pouvons appeler littérale, ajoute seulement un élément qui n'est pas présent dans les lettres B, A, R, D et c est " l'esprit du jury ". Cet élément doit faire partie de l'interprétation littérale puisque, comme nous l'avons vu, la *reductio ad absurdum* de BARD tentée par Laudan affecte les interprétations frequentistes du standard. Dans la seconde version, la phrase "preuves suffisantes de culpabilité" fait référence à des preuves qui font que le jury soit " convaincu ", "très convaincu", "extrêmement convaincu" ou "complètement convaincu" de sa culpabilité, selon l'interprète de la *ratio* que l'on adopte. Dans la troisième version, BARD suppose en premier lieu un point de vue déontologique en opposition à un point de vue utilitariste : les accusés sont des fins en soi, et non pas des moyens pour atteindre d'autres objectifs (prévenir les délits par le moyen de la dissuasion ou l'arrestation des délinquants habituels). Pour les défenseurs de BARD, comme pour Kant, le fondement des peines reposerait sur un argument rétributif (et non pas préventif). "Kant répudiait les 'courbes serpentes de l'utilitarisme' parce que, semble-t-il, la théorie est incompatible avec la dignité humaine" [Rachels, 2007]. À la différence des décisions pour lesquelles le jury est personnellement convaincu de la culpabilité de l'accusé, augmenter ou diminuer les indices d'insécurité en donnant consciemment un coup de pouce à des plus ou moins probables innocents, serait inacceptable dans cette perspective kantienne, d'autant plus s'il existe des ressources qui peuvent être augmentées ou être diminuées (comme l'investissement dans la technologie de prévention des délits – caméras de surveillance, police préventive, réflexes renforcés de protection personnelle -, investissement social – sécurité de l'emploi, éducation, etcétera-) [Kant, 1989].

Nous avons anticipé les critiques que les utilitaristes et théoriciens du choix social lancent contre le déontologisme. Aussi bien la théorie kantienne que le garantisme pénal de Ferrajoli sont associés au déductivisme. Les deux auteurs sont étrangers à la pensée probabiliste et les balances normatives. L'impératif catégorique produit des maximes de droit pénal qui sont absolues : nous devons condamner un accusé seulement quand il existe une certitude de sa culpabilité. Contrairement à ce que pense Laudan, il n'est pas impossible d'appliquer cette maxime si nous interprétons la certitude comme le fait d'être totalement convaincu d'un fait, c'est-à-dire, une certitude subjective, personnelle; cependant, comme il le signale lui-même, une protection aussi radicale des accusés produirait un nombre alarmant de coupables en liberté et, pour cela, un sacrifice injuste des droits des potentielles victimes. Malheureusement, ni kantien ni « garantistes » radicaux (supporters de la théorie de Ferrajoli) ne paraissent se rendre compte que la maximisation des droits des victimes est incompatible avec la minimisation de la souffrance des accusés. Contre cette déontologie ingénue, nous devons admettre, avec Condorcet, que le devoir transcendantal d'atteindre la certitude est, bien que juste, trop exigeant, et que dans la réalité, il génère des situations pires qu'un devoir plus modeste (par exemple, le devoir d'absoudre quand il existe un doute raisonnable).

### 3.3. L'épistémologie juridique de Condorcet

Jean Caritat, Marquis de Condorcet, a été le dernier des philosophes éclairés et le défenseur le plus acerbe des droits de l'homme durant la Révolution Française. Avant celle-ci, il a attaqué les tribunaux de l'*Ancien Régime* au cours de cas fameux qui ont été portés aux yeux de l'opinion publique. De la même manière que le déontologue John Rawls attribue de nos jours la priorité lexicographique à la liberté, Condorcet affirmait qu'il n'était rien de plus important que se qui touche à la liberté. « [D]e toutes les manières d'opprimer les hommes, l'oppression légale me paraît la plus odieuse. Je sens que je pourrais pardonner à un ministre qui me ferait mettre à la Bastille, mais je ne pardonnerai jamais aux assassins de La Barre » [Condorcet, 1771]. Condorcet défendait le système des jurés face aux juges inamovibles, incluant un droit des accusés de récuser les premiers, mais ajoutait une idée propre: l'accusé et ses juges devaient appartenir à la même catégorie sociale. « Si les accusés sont des gens du peuple, il faut que leurs juges ne soient pas fort au-dessus de cette état... J'ai toujours peur du mot d'un conseiller de la Tournelle : à la mort et allons dîner » [Condorcet, 1771]. Ce que Condorcet prenait en compte dans sa proposition antérieure, étaient les aspects subjectifs qui entrent en jeu dans les décisions des jurés, en particulier les inégalités sociales, et les envies et le mépris qui en sont associés.

En outre, plus radical que l'économiste et politique Turgot (qui se contentait d'une majorité aux  $\frac{3}{4}$  et d'un "comité des grâces"), Condorcet proposait que les verdicts soient rendus à l'unanimité et qu'il existe un double degré de juridiction. En résumé, Condorcet était un « garantiste », mais non pas un garantiste ingénu ; il était un déontologue, mais non pas un déontologue transcendantal. A la différence de Kant et de Ferrajoli, Condorcet possédait les connaissances nécessaires en théorie des probabilités pour lui permettre de comprendre que son garantisme laisserait en liberté beaucoup de coupables. Malgré cela, il pensait qu'aucun individu ne devait être le combustible de la machine qui résoudre les problèmes collectifs. Dans une lettre à Frédéric II de Prusse, Condorcet s'oppose à la peine de mort même pour les accusés de crimes atroces, car l'indignation et l'horreur de tels actes, ainsi que la pression populaire pour les venger, empêchaient aux juges et aux jurés de juger rationnellement et beaucoup d'innocents courraient le risque d'être des objets d'expiation [Badinter, 1988].

Cette brève exposition des idées de Jean Caritat pourrait faire penser à certains qu'il s'agissait d'un philosophe moral incongru : qu'il était un déontologue transcendantal malgré sa connaissance des conséquences probables des décisions judiciaires. Tout au contraire, l'épistémologie juridique de Condorcet harmonisait le déontologisme avec la probabilité interprétée de manière subjective. Cela est visible dans son œuvre de 1785, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. Il soulève ici un problème d'organisation institutionnelle: déterminer quel est le numéro de juristes idéal pour maximiser la probabilité d'obtenir des décisions correctes. La solution à ce problème est connue aujourd'hui comme "le théorème de Condorcet" et est l'acte de naissance de l'école du choix social dont Keneth Arrow et Amartya Sen sont aujourd'hui les maîtres. La version la plus simple du problème pose les postulats suivants :

- (1) Qu'un groupe de personnes souhaite prendre une décision par une majorité de votes;

- (2) Que l'un des résultats du vote soit *correct*, c'est-à-dire, on postule une bivalence. Cette dernière caractéristique rend le théorème particulièrement pertinent pour les questions de fait qui sont généralement vraies ou fausses, *tercio excluso*, plus que pour les autres décisions normatives (comme le sont les questions du type comment déterminer le « meilleur » candidat à la présidence, un plébiscite à propos de la *pertinence* d'un impôt, le grade de sanction qui *doit* être appliqué, le type de délit qui *doit* être imputé, etc.);
- (3) Que chaque juré ait une probabilité indépendante  $p$  de voter pour la décision correcte ;
- (4) Que  $p$  soit supérieur ou égal à  $\frac{1}{2}$ , c'est-à-dire, que chaque juré tende à prendre une décision correcte, bien que cela soit à un grade minime. Actuellement, ce postulat peut se fonder sur une présomption générale de rationalité des êtres humains héritée de la sélection naturelle, c'est-à-dire, bien que nous nous trompions très fréquemment en jugeant la vérité des choses, il est plus fréquent que nous ayons raison, puisque si nous jugions plus souvent que des faits faux sont vrais et viceversa, notre survie comme espèce, et comme piétons en traversant une avenue, serait inexplicable. De plus, les sciences cognitives soulignent que la division épistémique du travail suppose une certaine capacité à se défendre du mensonge et reconnaître les « tricheurs » dans le jeu social. Les capacités cognitives mobilisées par les jurés qui décident de la culpabilité d'une autre personne auraient à voir précisément avec l'habileté évolutive de démasquer les menteurs.

Le théorème de Condorcet affirme que si l'on ajoute plus de membres au jury, la probabilité que la décision majoritaire soit la bonne serait augmentée. Nous ne décrivons pas ici la preuve du théorème. Intuitivement, il suffit de comprendre que les décisions correctes individuelles des jurés, une fois additionnées, augmentent la justesse ou correction collective quand elles sont majoritaires.

Est-ce que la validité du théorème est incompatible avec le présupposé selon lequel les jurés échangent des informations, c'est-à-dire, qu'ils délibèrent rationnellement. Bien que List ait prouvé un théorème d'impossibilité si le présupposé antérieur est additionné sans adaptations majeures, il a aussi montré plusieurs sorties pertinentes. Par exemple, si les groupes qui délibèrent sont formés d'individus qui présentent une certaine homogénéité (ayant atteint des méta-accords) ou si le processus délibératif présente un certain holisme (plus que reconsidérer un par un les points de vue antérieurs, les jurés doivent être capables de transformer le système qui organise leurs opinions premières) [List, 2010]. Ces résultats permettent de modéliser de manière plus réaliste ce qui arrive avec les jurés au cours des processus judiciaires, puisque ces organes non seulement votent mais échangent aussi des arguments. Les résultats de List montrent qu'il existe des limites au pluralisme épistémologique et que la rationalité exige des jurés une certaine flexibilité rationnelle; mais loin d'être pessimistes, ces résultats laissent entrevoir la compatibilité de la rationalité des décisions juridiques majoritaires avec la rationalité de la délibération, la compatibilité rationnelle de voter et d'argumenter en droit.

De nos jours, le théorème de Condorcet est normalement employé dans la science politique influencée par le point de vue du choix social. Il est invoqué comme un fondement épistémologique des systèmes démocratiques (le vote populaire en masse tendrait à produire des décisions plus rationnelles que les mécanismes dictatoriaux ou oligarchiques). Cependant, le théorème est encore meilleur en étant appliqué à des contextes d'épistémologie juridique puisque la condition de bivalence est accomplie dans beaucoup de questions factuelles du droit (étant données les questions « l'accusé a tué ou n'a pas tué la victime »).

Il est nécessaire de se demander si le théorème de Condorcet peut être modifié de telle manière que, au lieu d'exiger aux jurés de se prononcer sur la vérité d'un fait, on leur demanderait de se prononcer sur la "vérité *hautement probable*" de ce fait. Est-ce que la condition de bivalence détruit cette condition renforcée ? Est-ce qu'elle altère la validité du théorème ? Il n'y a aucune raison pour cela. Une nouvelle bivalence apparaît: « l'accusé a tué la victime au-delà de tout doute raisonnable », ou bien « l'accusé n'a pas tué la victime au-delà de tout doute raisonnable ».

Or, comme nous l'avons vu, Laudan met en doute qu'il existe une manière d'appliquer un *ratio* fixe pour BARD. Par exemple : « l'innocent en prison = 10 coupables en liberté ». Mais la probabilité subjective ou personnelle n'est pas exempte d'être calibrée au travers du langage ordinaire. Sans perdre notre sensibilité épistémique, nous pouvons employer les adverbes "totalement", "modérément" et "extrêmement" pour créer une échelle décimale: (1) totalement convaincu de son innocence, (2) extrêmement convaincu de que l'accusé est innocent, (3) convaincu de qu'il est innocent, (4) modérément convaincu de son innocence, (5) non convaincu ni de son innocence ni de sa culpabilité, (6) modérément convaincu de sa culpabilité, (7) convaincu de sa culpabilité, (8) très convaincu de sa culpabilité, (9) extrêmement convaincu de sa culpabilité, (10) totalement convaincu de sa culpabilité.

Il est certain, cependant, que d'autres interprétations de BARD, par exemple, « 1 innocent en prison = 1000 coupables en liberté », seraient la ruine d'un point de vue subjectiviste. Un tel *ratio* empêcherait de traduire l'échelle résultante en une formulation qualitative, même en supposant que nous lui ajoutions des adverbes tels que "presque" ou "très". Ils ne sont pas intelligibles de manière intuitive et peut-être pour cela sont syntaxiquement incorrectes les phrases comme « je suis *très très extrêmement* convaincu de l'innocence de l'accusé ». Cependant, certaines personnes souhaitent équilibrer leurs croyances en utilisant des pourcentages : « je suis convaincu à 80% ». Laudan averti que ce type de quantifications est refusé par les cours d'appel aux Etats-Unis, mais cela semble être un préjugé fréquentiste plus qu'une véritable objection épistémologique, car nous, êtres humains, sommes capables d'exprimer nos grades de croyances en pourcentage. A partir des travaux de Ramsey et De Finetti, l'interprétation subjectiviste des probabilités a démontré sa cohérence. A partir de la psychologie expérimentale, nous savons que les êtres humains peuvent calibrer et rendre plus précise notre capacité à estimer des probabilités (par exemple, l'usage d'un simulateur simple aide les chirurgiens à estimer la probabilité qu'un patient ait l'appendicite). Ainsi, l'interprétation subjectiviste des probabilités n'est pas mariée avec le relativisme ou le scepticisme. De plus, la délibération rationnelle des jurés permet la convergence de ces opinions, bien qu'elles partent d'assignations subjectives. Le théorème de Condorcet prouve qu'il existe une forme de convergence rationnelle synchronique ; plus de

jurés participent à la prise de décision, et plus la décision tendra à converger vers la réponse correcte. Cette idée est d'une grande importance pour l'épistémologie juridique.

#### 4. Les principes d'intégrité et d'indivisibilité en épistémologie juridique

Il est clair que les réformateurs du XVIIIème siècle étaient convaincus de la rationalité de BARD par l'esprit de l'époque, une épistémè partagée. Comme Condorcet, Benjamin Franklin était un scientifique reconnu et il est difficile d'attribuer à sa déclaration, citée plus haut, une parfaite ingénuité épistémologique. Ce qui se confirme par la pluralité des manières de formuler la proportion de BARD (celles de Voltaire, Blackstone et Franklin) est que l'interprétation probabiliste de ce standard est forcément personnelle ou subjective. Les idées de ces philosophes éclairés et de Kant s'opposaient à la rationalité entendue comme calcul isolé, maximisation d'utilités. Nous pourrions associer cette mentalité à une éthique moderne de l'honneur. Ceci est en partie notable dans la défense de la liberté d'expression de Voltaire. Motivé par la condamnation et la crémation du livre *De l'Esprit* de Helvetius, Voltaire écrit dans le *Dictionnaire philosophique*:

« J'aimais l'auteur du livre *De l'Esprit*. Cet homme valait mieux que tous ses ennemis ensemble ; mais je n'ai jamais approuvé ni les erreurs de son livre, ni les vérités triviales qu'il débite avec emphase. J'ai pris son parti hautement, quand des hommes absurdes l'ont condamné pour ces vérités mêmes » [Voltaire, 1764]<sup>6</sup>

L'éthique de l'honneur des anciens est présente dans la philosophie moderne à travers, par exemple, la revalorisation du stoïcisme. La particularité de l'éthique de l'honneur moderne serait d'être associée à des fins modernes: c'est une éthique de l'honneur scientifique, éthique de l'honneur national, éthique de l'honneur d'être un homme libre et civilisé, etcétera. Condorcet invoque, par exemple, l'honneur que génèrent les découvertes scientifiques aux pays qui les ont développées. Ainsi, de la même manière que [Lucien Febvre, 1983] caractérise les martyres calvinistes imbus d'une éthique de l'honneur chevaleresque au nom de laquelle seule importe la fidélité au divin souverain, nous pourrions peut-être comprendre les luttes de Voltaire et de Condorcet comme la fidélité sacrificielle aux nouvelles valeurs de la liberté.

Cependant, nous devons éviter d'attribuer aux Lumières une position uniforme quant à l'éthique de l'honneur. Dans son révolutionnaire *Des délits et des peines*, l'italien Cesare Beccaria [1764b] condamne les « notions obscures d'honneur et de vertu » parce qu'elles changent avec les révolutions du temps, lesquelles conservent seulement les noms des choses.

---

<sup>6</sup> La morale de principe de Voltaire s'observe dans d'autres épisodes de sa biographie turbulente. Quand il vivait à Berlin en 1752, il écrivit une satire de Maupertuis, alors président de l'Académie des Sciences de cette ville. Le jeune Frédéric « Le Grand » menaçait Voltaire de le licencier de la cour s'il ne se rétractait pas, mais ce dernier a préféré quitter Berlin au déshonneur de se dédire. Nous pouvons résumer cette mentalité par la phrase suivante : il vaut mieux risquer ma propre sécurité et celle de ma famille, plutôt que de succomber à la peur et de voter, contre mes propres sentiments moraux, pour la punition d'un innocent.

Nous refusons de fonder en premier lieu sur l'honneur l'épistémologie juridique condorcetienne. Nous verrons qu'il existe deux autres meilleurs candidats pour expliquer la position de Condorcet: l'épistémologie des sentiments moraux et l'épistémologie juridique holistique.

#### 4.1. L'épistémologie des sentiments moraux

L'héritage de Beccaria est disputé entre déontologues, utilitaristes et contractualistes. Si cet auteur condamne les duels et l'éthique obsolète de l'honneur, il défend aussi la présomption d'innocence des accusés et se dit satisfait des bénédictions d'un seul innocent en face du mépris du reste des hommes. Le juriste anglais William Blackstone a lu le traité de Beccaria et depuis lors a eu la conviction que le droit pénal devrait être toujours « conforme à ce que dictent la vérité et la justice, les sentiments de l'humanité et les droits indélébiles de l'humanité » [cité par Hunt, 2009]. Les « sentiments de l'humanité » et l'idée de « principes indélébiles de l'homme » comme éléments nécessaires du droit pénal sont directement pris chez Beccaria: « Consultons donc le cœur humain – écrit-il- ; nous y trouverons les principes fondamentaux du droit de punir » [Beccaria, 1764b]. Lui et Blackstone mettent consciemment en lumière l'importance de principes « durables » fondés sur le « sentiment d'humanité » ou le « cœur humain » contre les décisions pragmatiques.

Blackstone avait défini très tôt les droits de l'homme comme absolus, c'est-à-dire, ne pouvant pas être négociables face à d'autres considérations: « droits absolus de l'homme, considéré comme un être doté de libre arbitre et de discernement pour distinguer le bien du mal » [cité par Hunt, 2009]. Les rivaux de Blackstone annonçaient alors l'utilitarisme avant même de l'établir en tant que posture philosophique sophistiquée. En 1775, Bentham lança une critique féroce contre les *Commentaires sur les lois de l'Angleterre*, de Blackstone. « Les droits naturels sont tout simplement une bêtise – dit-il- : naturels et imprescriptibles, idioties rhétoriques, idioties sur échasses ». Contre Beccaria, le juriste français Muyart de Vouglans écrivit que l'exemple d'un innocent condamné par erreur palissait devant les « millions » qui étaient coupables mais n'auraient jamais été identifiés comme tels si la confession ne leur avait pas été arrachée par la torture [cité par Hunt, 2009].

A la différence de Blackstone, cependant, Beccaria ne peut être en aucun cas considéré comme un auteur emblématique de l'épistémologie juridique déontologique, parce que son œuvre contient des positions utilitaristes claires. Pour Beccaria, la finalité de la punition corporelle est la prévention du délit, aussi bien de par son résultat qui est la neutralisation du criminel responsable, que de par son effet intimidant chez des criminels potentiels. En ce sens, Beccaria est un précurseur de l'utilitarisme dans le droit pénal et sa position est rivale du rétributionnisme pénal kantien. De même, lorsqu'il anticipe le principe d'utilité qu'allait adopter Bentham: « tout le bien-être possible pour le plus grand nombre » [Beccaria, 1764b]. Cette position semble être prise dans la lecture d'Helvétius. Beccaria combat aussi la déontologie transcendantale qui résulte du fait d'hypostasier le langage juridique et convertir les conventions humaines en entités quasi célestielles : « Il faut éviter d'attacher au mot *justice* l'idée d'une force physique ou d'un être existant. La justice est tout simplement le point de vue sous lequel les hommes envisagent les choses morales pour le bien-être de chacun » [Beccaria, 1764b]. Comme bon contractualiste, les lois sont pour l'auteur italien des

« conditions qui réunirent les hommes, auparavant indépendants et isolés sur la surface de la terre».

En résumé, si la position de Beccaria n'était pas déontologique mais faisait coexister l'utilitarisme avec les principes garantistes, nous pouvons dire qu'il aspirait à une épistémologie des sentiments moraux. Beccaria, Condorcet et les partisans d'une interprétation personnaliste de la probabilité ont soutenu que les jurés *peuvent développer* des intuitions morales claires: condamner une personne quand ils sentent qu'il existe des doutes raisonnables quant à sa culpabilité est une cause de mal-être et incommodité morale. Si les déontologues nous invitent à éviter ce mal-être pour une question de principe transcendantal ou une question d'honneur, Beccaria et Condorcet semblent nous inviter à être guidés par nos sentiments moraux.

L'horreur morale que suppose, pour une personne qui sert de juré, condamner une personne sans preuves suffisantes, peut être un argument pour la libérer. « Peut-être que tu me tueras demain, mais je ne céderai pas à la panique en te condamnant à cause de ma *peur*, car il manque des preuves de ta *culpabilité* et je ne veux pas vivre le reste de ma vie avec ma culpabilité sur la conscience ».

Pour conclure cette partie, nous prendrons en compte deux aspects qui sont régulièrement ignorés par les points de vue utilitaristes et leur conséquentialisme étroit (par contre, ils sont fondamentaux pour l'épistémologie des sentiments moraux). En premier lieu, les effets culturels de la brutalité étatique extériorisée en peines cruelles et disproportionnées. Quand l'Etat est violent, la société reproduit cette violence à l'extrême. Tout au moins ont cru l'observer les philosophes éclairés tels Beccaria et Condorcet. Selon l'auteur italien, la peine de mort n'était pas utile « par l'exemple d'atrocité qu'elle donne aux hommes ». Pour lui et Condorcet, la punition publique « sapait les sentiments sociaux en rendant les spectateurs chaque fois plus insensibles: ils perdaient leurs sentiments d'«amour universel» et l'idée que les délinquants avaient un corps et une âme comme eux » [Hunt, 110].

## 4.2. Eléments pour une épistémologie juridique holistique

De nos jours, Amartya Sen refuse le déontologisme radical appelé «institutionnalisme transcendantal» qui ne prend pas suffisamment en compte les effets globaux ou intégraux produits par les règles morales et les principes. Le philosophe indien refuse un conséquentialisme étroit qui ne prend en compte que les « effets de culmination ». Sen offre quelques exemples contemporains de rationalité non utilitariste et imprégnée non pas du sentiment d'honneur, mais du sentiment proche de la légitimité des processus :

«Il existe une différence réelle entre les personnes qui meurent de faim à cause de circonstances que personne ne contrôle et les personnes qui meurent de faim par la décision de quelqu'un qui recherche ce résultat (les deux sont, bien sûr, des tragédies, mais leur relation à la justice ne peut être la même). Ou, pour prendre un autre exemple, si un candidat aux élections présidentielles prétendait que ce qui lui importe le plus n'est pas tant de gagner l'élection mais de la gagner «proprement», alors le résultat recherché doit être un effet complet.» [Sen, 2009].

Sen coïncide avec les résultats de List mentionnés plus haut, au sujet de la nécessité d'adopter une perspective holistique. Ainsi, plusieurs principes du droit pénal classique, qui ne contribuent pas à nous faire trouver la vérité dans le processus judiciaire, répondent à la même rationalité non utilitariste à laquelle se réfère Sen, celle de la légitimité des processus. Par exemple, accepter la validité de la confession bien que celle-ci ait été obtenue sous la torture, tendrait à avoir des conséquences globales néfastes (ce serait immoral et inciterait la police à fabriquer des coupables), bien que cela puisse améliorer l'efficacité épistémologique dans le cas de certaines décisions (soutirer la vérité à certains réfractaires).

Que se passe-t-il avec les calculs utilitaristes qui, comme ceux présentés par Laudan, montrent qu'une personne a plus de probabilités de souffrir aux mains d'un délinquant que des abus du système judiciaire. Partir d'enquêtes criminologiques solides qui montrent qu'il existe un noyau dur de criminels récidivistes, et que si l'Etat leur interdisait d'agir en les mettant en prison, la délinquance serait réduite, est un chemin de raisonnement formellement correct. Cela constitue aussi un point de départ légitime pour questionner l'épistémologie juridique déontologique qui favorise les accusés par le moyen de la présomption d'innocence, la charge de la preuve en faveur de l'accusé, BARD, entre autres règles garantistes. Or, si nous partions de la prémisse, constatée aussi de manière empirique, selon laquelle les individus de classes populaires et les minorités ethniques sont surreprésentés dans les prisons, nous arriverions à justifier de la même manière l'épistémologie juridique déontologique récemment critiquée. Deux prémices empiriques véritables justifient, apparemment, deux points de vue épistémologiques rivaux !

Un diagnostic du problème antérieur révèle que la logique déductive autorise des inférences *locales*. Une seule prémisse valide sert à dériver vers une conclusion valide localement mais non pas holistique. Des arguments juridiques alternatifs ne servent pas nécessairement à invalider la première conclusion locale, mais invite à adopter des raisonnements intégraux. Le problème réside alors dans le fait que les inférences juridiques locales peuvent conduire à des conclusions incompatibles entre elles et que nous nous trouvons face à une pluralité de conclusions valides incompatibles et définitives. Pour échapper à ce problème, insistons-nous selon List et Sen, il faudrait imposer un point de vue holistique.

## 5. Conclusions

Dans cet essai, nous avons classifié les points de vue épistémologiques dans le droit conformément à diverses doctrines de l'éthique normative: déontologisme, utilitarisme et le point de vue représenté par certains membres de l'école du choix social que nous avons appelée « holistique ».

Au sujet de la première doctrine, représentée par des auteurs comme Kant, Rawls et Ferrajoli (même quand ce dernier rejette que son garantisme pénal soit une forme de déontologisme), nous adoptons la critique de Sen. Celui-ci accuse le déontologisme radical d'adopter un « institutionnalisme transcendantal » qui poursuit des situations idéales de justice mais qui ne veut pas prendre parti dans les dilemmes tragiques de la vie réelle pour lesquels la majorité des solutions possibles sont, à un certain niveau, injustes.

L' « institutionnalisme transcendantal » n'est pas adéquat pour affronter les problèmes typiques de sociétés comme les nôtres. Par exemple, devant les crises graves d'insécurité, il peut être légitime d'adopter quelques mesures exceptionnelles (comme modifier le *ratio* de BARD pour la rendre plus sévère ou, ce qui est la même chose, compter sur des jurés plus disposés à courir le risque de condamner un innocent). “Il se peut, écrit Tribe après les attentats du 11 septembre, que cela soit juste, en d'autres temps, de laisser en liberté cent accusés plutôt que de condamner un innocent, mais nous devons reconsidérer cette arithmétique lorsque l'un des accusés pourrait faire exploser ce qu'il reste de Manhattan” [Tribe, 2001]. Cependant, la différence entre cette opinion et celles des auteurs utilitaristes est que la première reconnaît la rationalité des maximes déontologiques et croit qu'il est possible d'appliquer BARD. Qui pratique une épistémologie holistique n'a pas de raison de tenter de réduire jusqu'à l'absurde BARD, et reconnaît simplement qu'il existe des moments durant lesquels nous sommes obligés de réviser à la baisse nos standards de justice (surtout dans des conditions tragiques dans lesquelles deux droits fondamentaux ou plus entrent en conflit).

Laudan suggère qu'il est nécessaire de chercher des standards objectifs de preuve pour les juges pénaux et éliminer les inclinations institutionnelles, fondées sur des arguments déontologiques, fixes en faveur des accusés. La partialité *a priori* en faveur des accusés doit disparaître, selon cet auteur, excepté lorsqu'il s'agit de tendances assignées intentionnellement au système juridique pour produire des erreurs dans un sens ou dans l'autre. Cette perspective, ouvertement pragmatique, se confronte à l'épistémologie juridique déontologique mais aussi à la perspective holistique de la théorie du choix social. Pour les deux, les accusations pénales doivent être prouvées à un niveau qui ne laisse pas de doute raisonnable dans *l'esprit* de la majorité des membres du jury, car il serait immoral de condamner une personne sans preuves suffisantes de sa culpabilité. La décision du jury dépend tout autant de sa raison que de ses “sentiments humains”, de son “cœur”, ou, dirions-nous aujourd'hui, de ses intuitions morales et sa sensibilité. Cette dernière doctrine de l'éthique normative, héritière de la tradition de la morale de la vertu et des théories des sentiments moraux, est alliée avec une épistémologie probabiliste qui interprète la probabilité comme un grade de croyance personnelle. Ce dernier point de vue épistémologique est, par définition, personnaliste, mais son déficit d'objectivité est compensé par un principe d'asymétrie : les opinions *personnelles* qui ne peuvent être soutenues par l'évidence empirique ne devraient pas opérer dans le but de causer des dommages aux accusés, mais de les favoriser.

Ce n'est pas un hasard si Amartya Sen est le meilleur représentant vivant de l'école du choix social qui a pour fondateur le Marquis de Condorcet. Cette paternité est reconnue par Arrow dans l'œuvre contemporaine qui refonde les points de vue du choix social, *Social Choice and Individual Values*, de 1951. En plus de ces auteurs, nous avons évoqués les travaux du mathématicien et politologue Christian List, représentant aussi de cette école. La théorie du choix social nous a servi pour proposer une épistémologie juridique alternative au déontologisme radical et à l'utilitarisme.

D'après Granger, Condorcet a fait du théorème de Bayes « l'outil principal et presque unique de ses recherches probabilistes ». Il ajoute que ce serait fausser absolument la pensée du Marquis que d'y voir simplement un procédé de calcul, car le théorème de Bayes

« exprime une solution du problème de l'induction » (Granger, 1989). Attribuer un bayésianisme radical au philosophe et mathématicien français semble être une exagération ; le théorème du jury de Condorcet ne nécessite pas d'une analyse bayésienne de la preuve. Par contre, si pour une théorie bayésienne de la décision judiciaire le juge fixe les chances qu'un fait soit vrai à partir aussi bien de ces propres idées préconçues autour du sujet que de la fiabilité des éléments de preuve, alors l'épistémologie juridique de Condorcet est bel et bien bayésienne au sens faible. Le bayésianisme au sens fort est la doctrine selon laquelle la théorie de la décision bayésienne est toujours rationnelle et cela entraîne, contre Hume, que l'induction scientifique peut bien être justifiée [Binmore, 2009]. Par contre, Leonard Savage, normalement reconnu comme le meilleur représentant contemporain de la théorie de la décision bayésienne, a estimé qu'il est seulement rationnel d'appliquer la théorie de la décision bayésienne dans des « petits mondes » (*small worlds*). Le monde des tribunaux appartient certainement à cette catégorie.

Selon le théorème développé dans l'espoir d'améliorer la justice française, sous certaines hypothèses plausibles, la probabilité que la majorité des juges prenne une décision correcte devient arbitrairement proche de l'unité lorsque le nombre de juges augmente. Nous avons défendu dans cet essai l'idée selon laquelle il n'y a pas de raison pour que la validité de ce théorème disparaisse dans le cas de décisions guidées par BARD, c'est-à-dire, qui établissent un standard de preuve plus favorable à l'accusé qu'à l'accusation.

Une épistémologie juridique holistique, à la différence d'un point de vue empiriste étroit, ouvre la porte sur une étude des émotions humaines : l'envie et la brutalité qui alimentent le crime sont des phénomènes sociaux. La théorie de la justice de Rawls contient une réflexion intéressante au sujet de l'émergence de l'envie dans des sociétés injustement inégales.

L'épistémologie juridique holistique peut incorporer quelques éléments déontologiques. Par exemple, celui qui affirme que la vie et la liberté des accusés n'est pas une ressource qui doit être exploitée selon les circonstances pour assurer la sécurité de la population, quand il existe des moyens alternatifs pour atteindre cette dernière.

A la différence de l'épistémologie juridique utilitariste, qui emploie des raisonnements locaux, un point de vue global peut incorporer aussi bien des arguments conséquentialistes que déontologiques. Sen ne s'opposerait pas en principe à prendre en compte les chiffres statistiques que Laudan offre. De même Rawls, dans la théorie de la justice, admet qu'une liberté fondamentale peut être limitée quand cela favorise d'autres libertés fondamentales (comme cela le pourrait être vivre sans être volé, séquestré, assassiné). Ainsi, tant Rawls que Sen sont d'accord sur le fait que les processus comptent, à la différence des utilitaristes. Tout comme il est légitime d'aspirer à gagner une élection, mais non à tout prix, il est légitime d'aspirer à la sécurité publique, mais non à tout prix.

Cet essai peut se lire comme une défense de plusieurs principes de l'épistémologie juridique classique (présomption d'innocence, BARD, charge de la preuve sur l'accusation, entre autres). Nous ne pensons pas que, pour l'instant, il existe suffisamment de standards objectifs qui permettent d'adopter une épistémologie juridique dont l'application s'abstienne des décisions personnelles de juges ou jurés (dans le futur, peut-être seront généralisées les preuves criminologiques de laboratoire qui associent marges statistiques de confiance et

d'erreur, mais ce n'est pas encore le cas de la majorité des procès). Ceci ne signifie pas que nous ne devons pas lutter pour des réformes. Il est possible d'affiner nos habiletés subjectives de jugement. Dans nos cultures contemporaines, la popularité du cinéma et de la littérature policiers nous familiarise avec la signification de BARD (le caractère subjectif, collectif et plural de l'estimation des preuves matérielles) et nous prépare à éventuellement affronter la responsabilité de juger notre prochain. Mais ce type d'*ethos* peut s'améliorer. Les résultats formels de List montrent l'importance en ce que les juges et les jurés partagent des méta-accords avant la délibération rationnelle, ainsi qu'en le fait qu'ils soient disposés à changer leurs bagages de croyances personnelles face à de meilleurs arguments chez leurs opposants. Juges et jurés doivent être entraînés pour dépasser les failles probabilistes qu'ont détectées les psychologues expérimentaux.

Laudan regrette que BARD repose sur l'introspection ou méta-analyse des jurés à propos de leurs propres croyances, mais la civilisation occidentale elle-même a commencé par des efforts introspectifs : le "connais-toi toi-même" (*gnothi sauton*), le « occupe-toi de toi » (*epimeleia sauton*), contemporains et complémentaires des procès criminels du peuple grec sur ses propres membres.

## 7. Bibliographie

Allen, R. J. "Versión plausible de culpabilidad sin otra alternativa plausible: regla de decisión en el proceso penal" éd. Cruz Parcerero, Juan A. et Laudan Larry, *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, UNAM, México, 2010, pp. 123-139.

Arrow, K., *Social Choice and Individual Values*, Wiley, Nueva York, 1951.

Badinter, E. et Badinter, R., *Condorcet*, Fayard, Paris, 1988.

Beccaria, C. (1764). *Traité des délits et des peines. Traduit de l'italien, d'après la troisième édition revue, corrigée & augmentée par l'auteur. Avec des additions de l'auteur qui n'ont pas encore paru en italien. Nouvelle édition plus correcte que les précédentes.* Laussane, Philadelphie, 1766.

Disponible en ligne: [http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre O=NUMM-72268&M=notice](http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre_O=NUMM-72268&M=notice)

Beccaria, C. (1764b), *Des délits & des peines*, Éditions du Boucher, Paris, 2002. Disponible en ligne : <http://www.leboucher.com/pdf/beccaria/beccaria.pdf>

Binmore, K. *Rational Decisions*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England: In four books with an analysis of the work*, vol. II, Collins and Hannay, New York, 1832.

Boyd, Ch., Epstein L., et Martin, A., "Untangling the Causal Effects of Sex on Judging", *Second Annual Conference on Empirical Legal Studies*, Northwestern University School of Law and Washington University School of Law and Department of Political Science, juillet 28, 2007.

Condorcet. *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, de l'Imprimerie royale, Paris, 1785. Disponible en ligne: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181>

Condorcet. Lettres à Turgot. 1771. Voir ci-dessous Turgot 1919.

Condorcet. *Correspondance inédite de Condorcet et de Turgot, 1770-79*, éd. Henry, Charavay, Paris, 1882.

Cox, A. B. et Miles, T. J., "Judging the Voting Rights Act", 108, *Columbia Law Review* 1, 2008, pp. 29-37.

Daston, L., *Classical Probability in the Enlightenment*, Princeton University Press, Princeton, 1988.

Delmas-Marty, Mireille, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2004.

Dworkin, Ronald, *L'empire du droit*, traduit de l'américain par Elisabeth Soubrenie, PUF, 1994, p. 247. Version originale : *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986.

Febvre, L., « Une mise en place. Crayon de Jean Calvin » en *Au cœur du religieux*, Bibliothèque Générale de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1983, pp. 355-356.

Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997.

Ferrajoli, L. *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milan, 1970.

Franklin, B. *The Works of Benjamin Franklin*, éd. John Bigelow, G.P. Putnam's Sons, New York, 1904.

Gewirth, A., "Meta-ethics and normative ethics", *Mind, New Series*, vol. 69, no. 274, avril, 1960.

Granger, G. G., *La mathématique sociale du marquis de Condorcet*, Odile Jacob, Paris, 1989.

Habermas, J., *Droit et démocratie*, Gallimard, Paris, 1997.

Hunt, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009.

Kagan, S., "The Structure of Normative Ethics", *Philosophical perspectives*, 6, Ethics, 1992.

Kant, E., "Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía" en *idem.*, *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 61-68.

Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

Laforest, G. et De Lara, Ph., *Charles Taylor et l'interprétation de l'identité moderne*, Presses de l'Université Laval, Saint-Nicolas, Québec, 1998.

Lakatos, I. (editor). *The Problem of Inductive Logic*. North Holland, Amsterdam, 1968, pp. 315-417.

Laudan, L., *Truth, Error, and the Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

List, Ch., “Group deliberation and the Transformation of Judgements: An Impossibility Result”. *The Journal of Political Philosophy*, 2010, pp. 1-27.

Peresie, J. L., “Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts”, 114, *Yale Law Journal*, 1759, 2005. Disponible en ligne: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/114-7/peresie.pdf>

Posner, R. *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

Rachels, J., *Introducción a la filosofía moral*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Ramsey, F., *Philosophical papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 57.

Rawls, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Paidós, Buenos Aires, 2007.

Rawls, J., *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 479-489.

Sen, A. *La idea de la justicia*. Taurus, México, 2010.

Tribe, L. H., “Trial by Fury”, *The New Republic*, 10 décembre 2001.

Turgot, A. R. J. *Oeuvres de Turgot et Documents le Concernant*, éd. G. Schelle, Maison Felix Alcan et Guillaumin Réunies, Paris, 1919. Disponible en ligne: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1129095/f542.image>

Voltaire (1747), *Zadig ou de la destinée*, introduction et notes de V.L. Saulnier, Librairie Droz, Genève, 1965.

Voltaire (1764), *Dictionnaire philosophique*, Imprimerie de Cosse et Gaultier-Laguionie, Paris, 1838.