

Daniele Edigati

Du notaire instructeur au juge d'instruction : un parcours d'histoire des institutions judiciaires en Toscane de l'Ancien Régime à la Restauration

SOMMAIRE: 1. Introduction. Juge d'instruction et modèle mixte - 2. En Toscane : un vicaire juge instructeur *sui generis* – 3. Le long parcours vers l'introduction du juge d'instruction

ABSTRACT: The present essay tries to identify the path leading to the creation of an investigating judge in the Grand Duchy of Tuscany. According to the inquisitorial procedure of early modern age, the investigation, considered as an art and not as a science, was left in charge of notaries and chancellors. In the local courts, the vicario pronounced only on the opening of a special inquisition. During the Restoration, it was re-established the old judiciary system and only in 1838, through a general reform, it was established an investigating judge and a Chamber in charge of deciding on the indictment. The reform of 1849 was a further step towards the mixed procedure and the creation of an investigating judge. This was however opposed by a large part of the tuscan legal culture, which remained linked to an approach providing for a judge-lawyer which only qualifies material facts in iure and gives the relevant judgement.

KEYWORDS: investigating judge, criminal procedure, inquisitorial and mixed procedure

1. Introduction. Juge d'instruction et modèle mixte

Selon la doctrine, la figure du juge instructeur se serait affirmée avec le passage de la procédure inquisitoire à la procédure mixte : la confusion entre l'action pénale et l'instruction caractérisait la première, tout comme d'ailleurs le modèle accusatoire pur¹. Ce fut dans le cadre de la nouvelle procédure mixte organisée par le *Code d'instruction criminelle*, reprenant le *Code Merlin* de 1795, et fondée sur une séparation nette entre phase d'instruction et débat public, que s'imposa la présence d'un juge instructeur, magistrat distinct de celui compétent pour la décision du procès. À celui-ci appartenait d'effectuer une première appréciation du bien-fondé de l'accusation afin de délibérer sur le renvoi au débat ; c'est pour cette raison qu'il convenait qu'il fût magistrat, de manière à garantir sa réelle neutralité par rapport à l'accusation et à la défense.

Une partie de l'historiographie a généralement perçu dans le lieutenant criminel, tel qu'il est envisagé par l'*Ordonnance criminelle*, un germe embryonnaire² de juge instructeur de l'Ancien Régime. En effet, dans le contexte inquisitoire pur, les enquêtes

¹ F. Carfora, *Istruttoria*, in *Il Digesto italiano*, XIII-2, Turin 1901-1904, p. 763-764, et aussi A. Andreotti, *Le giurisdizioni istruttorie nella scienza e nella legislazione e nel nuovo codice di procedura penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, IX (1908), p. 212 ; *Id.*, *Istruzione penale*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, IX, 1, Milan 1904, p. 142-143. Sur le thème il sortira bientôt, sous la direction de S. Maccagnan, le volume des actes du colloque *Du lieutenant criminel au juge d'instruction. Rétrospective sur une fonction judiciaire*, qui a eu lieu à Nice le 11-12 février 2013.

² Ou l'« ancêtre du juge d'instruction » (B. Garnot, *Le lieutenant criminel au XIII^e siècle, ancêtre du juge d'instruction*, in J.-J. Clère et J.-C. Farcy (dir.), *Le juge d'instruction. Approches historiques*, Dijon 2010, p. 13-20).

préliminaires et l'instruction se reflétaient dans la subdivision classique entre *inquisitio generalis* et *inquisitio specialis*, clairement distingués par les *doctores*, mais qui ne correspondait ni à une diversité des organes jugeant, ni à une différence structurelle entre les deux phases. Le procès inquisitoire était caractérisé par une séquence analytique, ininterrompue et unifiée dans les actes, de sorte que sa distinction entre les deux juges n'était pas perceptible. L'hypothétique juge instructeur d'Ancien Régime doit donc être considéré comme une transition entre les deux étapes processuelles généralement reconnues, au-dessus desquelles il existe un jugement de *delibazione*. Celui-ci n'est pas conçu comme un jugement du bien-fondé de l'accusation, mais comme une anticipation du jugement sur le fond de la cause.

Les modèles théoriques, cependant, ne reflètent pas réellement la pratique juridique – à plus forte raison dans le système complexe de l'Ancien Régime. D'une part, à l'époque moderne, on observe dans le procès criminel une distinction toujours plus marquée entre l'officier public, chargé de l'instruction, et un véritable juge. Nous faisons ici allusion à la fonction – autre qu'exécutive ou de simple rédacteur des procès-verbaux – exercée par le notaire-actuaire dans la péninsule italienne³ lors de la constatation du corps du délit et de l'instruction probatoire. D'autre part, le pluralisme institutionnel des systèmes de droit commun engendrait très souvent des mécanismes procéduraux bigarrés, dans lesquels on peut parfois apercevoir des fonctions – et non des organes – analogues à celles d'un juge instructeur. Dans cette direction, comme nous tenterons de le montrer ici, se déployait ainsi la *partecipazione*, typique du grand-duché de Toscane, mais aussi connue et pratiquée dans d'autres États italiens⁴.

2. En Toscane : un vicaire juge instructeur *sui generis*

Le procès criminel toscan représente – y compris sous le règne du grand-duc Pierre Léopold (1765-1790) – un parfait exemple de procédure inquisitoire pure, dans laquelle on remarque la presque complète absence d'un parquet⁵ ainsi que la distinction contemporaine entre les fonctions notariales et judiciaires *stricto sensu*. Sur le premier point, il faut observer qu'il existait le bureau de l'auditeur fiscal, qui avait entre les propres fonctions celles de défendre les droits et les prérogatives du souverain. Cependant, ses fonctions dans le procès n'étaient pas du tout celles de l'accusateur public. Plus qu'un promoteur de l'action en justice, il vérifiait que la décision prise par

³ M. Montorzi, *Il notaio di tribunale come pubblico funzionario: un primo quadro di problemi e qualche spunto analitico*, in *Il notariato nella civiltà toscana*, Rome 1985, p. 5-59 ; L. Sinisi, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna: l'esperienza genovese*, Milan 1997 ; Id., *Formulari e pratiche notarili a Modena e negli stati estensi fra XVII e XVIII secolo*, in G. Tamba, E. Tavilla (dir.), *Nella città e per la città. I notai a Modena dal IX al XX secolo*, Milan 2013, p. 181-207 ; S.T. Salvi, *Tra privato e pubblico: notai e professione notarile a Milano (sec. XVIII)*, Milan 2012, p. 396, 439-456 ; A. Barbagli, *Il notariato in Toscana alle origini dello stato moderno*, Milan 2013, p. 171 suiv. Plus généralement : L. Sinisi, *Indicis oculus. Il notaio di tribunale nella dottrina e nella prassi di diritto comune*, in V. Piergiovanni (dir.), *Hinc publica fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, Milan 2006, p. 217-240 et D. Quagliani, *Il notaio nel processo inquisitorio*, in A. Giorgi, S. Moscadelli, C. Zarrilli (dir.), *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo medievale e moderna*, Rome 2012, I, p. 5-14.

⁴ Cf. D. Edigati, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziale fra stylus curiae et ius commune nella Toscana secentesca*, Pise 2009, p. 20, n. 29.

⁵ Sur la naissance de l'accusateur public voir J.M. Carbasse (dir.), *Histoire du Parquet*, Paris 2000.

les différentes magistratures criminelles ne nuisît pas les droits du souverain et ceux de la chambre fiscale. C'est au notaire *ad acta* – avec les différentes dénominations que l'on rencontre en Toscane (*coadiutore, cancelliere, attuario*) – bien qu'il ne soit ni un magistrat ni un *doctor juris*, qu'il revient d'assurer le rôle d'officier public instruisant la procédure. Ce rôle apparaît avec force dans la *praxis*, spécialement devant les tribunaux provinciaux, tout en trouvant une absolue correspondance dans les œuvres doctrinales. L'œuvre de Marco Antonio Savelli en fournit un exemple. Ce fameux juriste du xvii^e siècle, voulant consacrer l'introduction de sa *Pratica universale* au juge, commençait par confier que « il formar bene un processo criminale » n'était pas « mestiere da tutti, e anch'io confesso non esser troppo mio per quello riguarda l'uffizio d'attuario⁶ », une fonction qu'il n'avait d'ailleurs jamais exercée. Au notaire (et non au juge) faisaient également référence au xviii^e siècle les auteurs toscans les plus tardifs, Jacopo Biondi⁷ et Jacopo Maria Paoletti⁸, lorsque dans leurs écrits ils parlaient de « processante » ou « ministro processante⁹ ».

La Toscane a depuis toujours considéré le rôle primitif du notaire dans l'instruction du procès, tant au niveau périphérique que dans les cours centrales. Malgré les efforts d'Anton Maria Cospi¹⁰ pour améliorer l'image du vicaire-*iudex*, titulaire de la *iurisdictio*, le notaire, qui n'aurait dû suivre que les actes processuels sous sa direction¹¹, gérait souvent librement les phases qui allaient de la *notitia criminis* à la décision finale du procès. C'était pour cette raison qu'il était, un peu comme le lieutenant criminel en France d'après l'expression de Benoît Garnot, perçu comme « l'âme du procès ». Enfin, au vicaire étaient réservés les décrets *in iure*, aussi bien interlocutoires que sur le fond de la cause, une fois que le dossier processuel avait été instruit par le notaire. Il n'était donc ni un simple rédacteur d'actes ni celui qui contribuait à en donner *publica fides* ; il menait le procès informatif et, dans les faits, il remplaçait – en commettant parfois des abus – le vicaire ou le juge dans l'examen des témoins et des accusés. Il intervenait aussi de manière active dans des moments très délicats tels que celui de la torture du coupable¹². Ses compétences s'élargissaient dans les circonscriptions dans lesquelles le vicaire n'avait pas dans son équipe un juge docteur *in utroque*, mais

⁶ M.A. Savelli, *Pratica del modo di fabbricare, e risolvere li processi criminali nelli Stati del Serenissimo Gran Duca di Toscana*, in *id.*, *Pratica universale*, Venise 1715, p. 5.

⁷ Sur lequel on renvoie à D. Edigati, *La Casa di correzione e lo scontro intorno alla giustizia di polizia nella seconda metà del Settecento*, in *Annali di storia di Firenze*, 12 (2017).

⁸ M.P. Geri, *Paoletti, Jacopo Maria*, in I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (dir.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologne 2013, II, p. 1502-1503; D. Edigati, *Paoletti, Jacopo Maria*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Rome 2014, LXXXI, ed. en ligne.

⁹ J. Biondi, *Istruzione in compendio per ben compilare e risolvere i processi criminali a norma delle leggi e consuetudini del Granducato di Toscana*, in *id.*, *Opuscoli del P.J.B.*, Florence 1801 (mais l'œuvre remonte à 1773) ; J.M. Paoletti, *Istruzioni per compilare i processi criminali e nuovo formulario criminale*, Florence 1791.

¹⁰ A.M. Cospi, *Il giudice criminalista*, Florence 1643.

¹¹ La composition de l'équipe de justice qui administrait les divers districts variait en fonction de leurs dimensions et de leur importance. Le vicaire jusqu'à l'âge de Pierre Léopold (les années soixante-dix du xviii^e siècle) était choisi parmi les listes des citoyens du patriciat florentin (M. Montorzi, *Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano nell'età moderna*, Florence 1997, p. 86 suiv.).

¹² Sur le rôle du chancelier dans la torture, cf. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milan 1954, II, p. 71 suiv.

seulement un notaire¹³, et plus encore quand lui-même n'avait pas de formation juridique (qui n'était pas obligatoire). Dans ces cas, il est clair que l'influence du notaire se manifestait aussi sur la décision *in iure*, bien que celle-ci restait formellement de la compétence du vicaire. De fait, le notaire était une sorte d'instructeur officiel, subordonné seulement *de iure* au vicaire du grand-duc.

Cela explique pourquoi en Italie, et particulièrement en Toscane, se développa une abondante littérature criminelle vulgarisée (manuscrite et imprimée), constituée par des formulaires et des manuels à l'usage principal des notaires, dans le but d'unifier la pratique et d'empêcher les excès d'un personnel non formé. En effet, les notaires toscans ne possédaient pas un titre universitaire *in utroque jure*, mais avaient suivi quelques cours universitaires et passé un examen pratique auprès de la corporation¹⁴ correspondante. Cette caractéristique donna au notaire mauvaise réputation, laissant croire qu'il n'effectuait que de viles fonctions, si bien qu'à partir du xvii^e siècle fleurit une production visant à restaurer le lustre et le crédit de la classe des notaires¹⁵.

En conséquence du système très spécial adopté en Toscane pour traiter les affaires criminelles, le vicaire, de manière anormale et seulement pour quelques cas, exerçait les fonctions de juge instructeur. En effet, pour certains délits de moyenne et importante gravité, commis dans l'État (mais pas dans la capitale), la fonction de *Giudice del merito* était réservée au tribunal central florentin, celui des *Otto di Guardia*, lorsqu'en présence du vicaire s'accomplissait l'instruction probatoire, y compris les étapes postérieures à la *legitimatio processus*. Le vicaire envoyait le dossier aux *Otto*, avec ou sans une proposition de résolution, qu'on dénommait aussi *disegno*¹⁶. C'est ainsi que le vicaire conservait le droit de juger, en principe à travers un décret, sur la formalisation de l'imputation, mais pas sur la décision finale.

Dans les faits cependant, il n'y avait aucune loi qui imposait l'envoi à Florence de la procédure à un moment précis : parfois cela survenait à la conclusion de l'information, mais pas systématiquement lors de l'inquisition spéciale¹⁷. Avec le temps, spécialement pour les délits les plus graves, afin de conjurer de possibles fautes d'évaluation des indices de la part du vicaire, on cherchait à déplacer la décision sur la soumission à la torture de l'accusé au niveau central¹⁸, et plus rarement celle concernant le passage à l'inquisition spéciale. C'est ainsi que les *Otto* purent délibérer aussi sur la mise en état d'accusation.

Cependant deux remarques sont à faire sur le système de la *partecipazione* : la première est qu'elle n'était absolument pas dictée par la nécessité de séparer les deux fonctions (d'instruction et jugement), mais plutôt par celle, bien différente et typique du contexte des États territoriaux et régionaux d'époque moderne, de réserver aux organes centraux – qui décidaient comme l'oracle¹⁹ du souverain – l'exclusive

¹³ A.M. Cospi, *Il giudice criminalista*, cit., p. 12-13.

¹⁴ M.C. Toniolo Fascione, *Dottori in diritto e notai nei tribunali provinciali toscani (secoli XVI-XVIII)*, in *Studi storici*, 34 (1993), p. 125-163; A. Barbagli, *Il notariato in Toscana...*, cit., p. 59 suiv.

¹⁵ M. Montorzi, *Giustizia in contado...*, cit., p. 149 suiv.; S.T. Salvi, *Tra privato e pubblico...*, cit., p. 70 suiv.

¹⁶ M.A. Savelli, *Pratica del modo di fabbricare...*, cit., n. 204, p. 20. Voir aussi F. Colao, "Post tenebras spero lucem". *La giustizia criminale senese nell'età delle riforme leopoldine*, Milan 1989, p. 34 suiv.

¹⁷ D. Edigati, *Gli occhi del Granduca...*, cit., p. 27.

¹⁸ *Ibid.*, p. 284-285.

¹⁹ *Ibid.*, p. 54, 59, 357.

juridiction sur certains types de crime. La seconde, implicite dans la remarque que l'on vient juste de formuler, est que, même si les *Otto* étaient juges sur le fond de la cause, ils pouvaient, en réalité, toujours examiner les actes du vicaire sur le plan processuel, non seulement pour vérifier la présence d'omissions ou de lacunes mais aussi des vices de procédure. En outre, la Cour territoriale ne se limitait pas seulement aux actes précédant l'inquisition : elle continuait jusqu'à avoir rassemblé tous les éléments de preuve requis pour la décision finale.

Tout cela n'a pas connu de modifications substantielles sous le règne réformateur de Pierre Léopold, hormis la qualification professionnelle des vicaires qui acquièrent un diplôme *in utroque*²⁰, réforme suivie d'une réduction partielle des espaces d'autonomie des notaires « instructeurs ». Toujours à la fin du XVIII^e siècle, Paoletti fut appelé par Pierre Léopold pour enseigner les institutions criminelles théorico-pratiques dans la nouvelle université florentine consacrée à la formation de magistrats criminels²¹ ; il lui dédia ses *Istruzioni per compilare i processi criminali*. Paoletti distinguait clairement ce qui était « di ragione »²², c'est-à-dire qui appartenait au domaine juridique et au juge, de ce qui était afférent au fait criminel, généralement de la compétence de l'agent menant le procès. Cette conclusion était évidente, il suffit de considérer la définition du procès comme collecte d'information à l'avantage du juge : Paoletti lui-même nous l'avait fournie au début de son livre²³, dont la première édition parue en 1791. Ainsi, Paoletti avait déclaré que les divers actes d'instruction étaient enregistrés par des décrets interlocutoires au nom du vicaire²⁴. Il s'agissait essentiellement d'une formalité et non d'une réelle décision du vicaire. À telle enseigne que Paoletti revenait à mettre en valeur la charge et les fonctions notariales, soulignant la complexité de la *compilazione* des procès et la probité, le talent et le savoir dont le notaire devait disposer pour y parvenir²⁵.

Encore plus symptomatiques ont été les ajouts à l'œuvre de Paoletti rédigés par son collègue et successeur à la chaire florentine d'institutions criminelles, Guido Angelo Poggi²⁶. Celui-ci affirmait qu'en Toscane, plus que partout ailleurs, l'instruction était à la charge des actuaire et qu'un procès bien instruit aurait épargné des difficultés aux défenseurs et des incertitudes au juge ; c'est pour cela que les notaires devaient être bien formés concernant à la fois la doctrine et la pratique²⁷. Il faut cependant mettre l'accent sur l'insistance de Poggi à l'égard des règles établies par Pierre Léopold en avril 1781²⁸, qui avaient sanctionné le devoir du vicaire de ne pas s'appuyer sur les notaires, mais au contraire de les orienter, les corriger et de les accompagner en permanence.

²⁰ F. Colao, "Post tenebras spero lucem"... , *cit.*, p. 34 suiv.

²¹ D. Edigati, *Prima della «Leopoldina»: la giustizia criminale toscana tra prassi e riforme legislative nel XVIII secolo*, Naples 2011, p. 51 suiv.

²² J.M. Paoletti, *Istruzioni per compilare...*, *cit.*, p. 100.

²³ *Ibid.*, p. 1, mais aussi G.A. Poggi, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, Florentiae 1815-1819, I, p. 35.

²⁴ *Ibid.*, p. 116.

²⁵ *Ibid.*, p. 152.

²⁶ D. Edigati, Poggi, Guido Angelo, in *Dizionario biografico dei giuristi...* *cit.*, II, p. 1608-1609.

²⁷ G.A. Poggi, *Illustrazioni alle Istruzioni per compilare i processi criminali dell'auditore Iacopo Maria Paoletti*, Florence 1816, p. 86-87.

²⁸ D. Edigati, *Prima della «Leopoldina»...*, *cit.*, p. 58 suiv.

Le problème, cependant, était de passer des déclarations de principe à la clarification d'une forme de responsabilité du vicaire défaillant. Malgré ses efforts, Poggi, qui écrivait à l'époque de la Restauration, avait montré un certain scepticisme sur la possibilité d'appliquer les règles du droit romain²⁹ ; il parvint toutefois à limiter le principe d'irresponsabilité pour les erreurs commises par les vicaires au cours de l'instruction. Pour atteindre cet objectif, il configurait astucieusement un « addebito » pour omission de surveillance des vicaires, constituant une faute lourde (*culpa lata*) qui causait préjudice à une partie, mais en même temps, confirmant qu'ils n'étaient pas responsables pour l'« errore di giudizio » ou « per analoghe dipendenze »³⁰, semblables à une preuve supplémentaire de ce qu'était encore le poids des notaires dans la gestion de cette phase. Une lourde responsabilité était au contraire attribuée au vicaire et au notaire pour ce que Poggi appelait la « malizia », que l'on peut comparer à une conduite frauduleuse au détriment de l'accusé.

3. Le long parcours vers l'introduction du juge d'instruction

L'introduction du juge d'instruction en Toscane fut presque soudaine, après l'annexion à la France, et l'extension du *Code d'instruction criminelle*, mais la courte durée de cette période ne permit pas à la nouvelle institution de s'enraciner dans la culture juridique toscane. En 1814, au moment de la Restauration, le grand-duc Ferdinand III (1790-1801 puis 1814-1824) abolit les codes napoléoniens, et les remplaça par un règlement qui ne rejetait pas dans son intégralité l'expérience française, mais déclarait le code « estraneo alla situazione politica, e morale della nazione Toscana »³¹ pour sa rigueur et pour son formalisme excessif et supprimait expressément les juges instructeurs. Bien entendu, dans le règlement de 1814 se trouvait déjà le principe d'une évolution qui n'aurait pas longtemps tardé à apparaître, principalement liée à l'adoption d'une procédure non plus purement inquisitoire, mais avec des éléments de procédure mixte. Elle se situe notamment durant la deuxième phase, au cours de laquelle existe une certaine forme de débat public, non pas dans le but de former les preuves, mais avec le plus modeste objectif de permettre que fussent prononcées publiquement les plaidoiries et les conclusions d'une figure (le procureur fiscal) qui anticipait en partie celle du parquet. Mais en ce qui concerne notre thème, les règles établies en 1814 étaient très claires : on revenait au tandem vicaire-notaire, tandis qu'à Florence fut érigé un tribunal criminel central à caractère traditionnel – déjà du nom : la *Ruota Criminale* – avec un auditeur de service qui dirigeait la chancellerie. Les fonctions de ces officiers étaient très semblables à celles exercées sous l'Ancien régime où le notaire était le réel compilateur du procès³² (et pesait lourdement sur lui

²⁹ Particulièrement Nov. II, cap. X. Au sujet de la responsabilité du juge à l'âge moderne, voir A. Giuliani - N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milan 1995; A. Landi, *Iudex qui litem suam facit. La responsabilità del giudice dal diritto romano al diritto comune*, in *Estudios sobre la responsabilidad jurídica del juez, el servidor público y los profesionistas*, Ciudad de México 2013, p. 100-116.

³⁰ G.A. Poggi, *Illustrazioni alle Istruzioni...*, cit., p. 88.

³¹ Evoqué par D. Edigati, *Il codice mancato. Tentativi di codificazione e riforma della procedura criminale nella Toscana ottocentesca*, Rome 2013, p. 19-28.

³² G. Carmignani, *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica*, in Id., *Scritti inediti*, Lucques 1852, VI, p. 365-366.

l'obligation de la collecte des preuves en faveur de la défense), tout en ayant l'obligation de consulter le vicaire en cas de doute³³. À ceux-ci étaient réservées certaines décisions interlocutoires, y compris l'admission du récolement des témoins fiscaux, et il restait toujours en son pouvoir de donner des instructions contraignantes à l'actuaire, mais sa présence dans l'enquête devenait obligatoire seulement pour certains actes, tels que l'interrogatoire (*costituito*) du criminel, à qui il pouvait poser des questions³⁴. Pour le reste, on peut même dire que la tâche du vicaire se limitait à une supervision générale et à la surveillance du notaire.

En fin de compte, la relation entre les prérogatives du vicaire et du notaire n'était pas tout à fait claire : on accordait ouvertement au premier la faculté de décréter le passage de l'instruction préparatoire à l'inquisition spéciale, fondée sur le critère de la plus grande probabilité d'une condamnation que sur l'acquittement de l'accusé. Cependant, la transmission du « libelle du fisc » était effectuée par le notaire avec l'aide du vicaire³⁵. En résumé, les fonctions du vicaire étaient celles d'un juge instructeur, au moins selon Giovanni Carmignani, qui n'était pas du tout favorable à cette vision des choses, jugeant non appropriée la présence d'un tel magistrat dont la fonction avait été bien précisée par des normes écrites ou consolidées, et qui, utilisant une métaphore, voyait dans la nette division entre compilation des actes et transmission de l'inquisition spéciale une distinction entre le corps et la tête³⁶. En outre, forcer la main sur la nécessité du directeur des actes afin d'assurer leur authenticité équivalait à discréditer les fonctions typiques du notaire, qui était juste celles de donner foi publique des actes.

Mais le vicaire était un juge instructeur *sui generis*, dans la mesure où il n'avait pas obtenu le pouvoir personnel de contester la formalisation de l'imputation, nécessitant la ratification par un collège spécial de trois auditeurs de la *Ruota Criminale*³⁷ de Florence.

Une figure de magistrat instructeur plus précise émerge avec l'introduction par le grand-duc Léopold II (1824-1859), par le *motu proprio* du 2 août 1838, d'une procédure criminelle mixte, accompagnée de la réforme des tribunaux, portant la marque d'ascendants français. À la suite de cette loi et des instructions de novembre 1838, on créa un parquet (*Regio procuratore*) à la place de l'ancien avocat fiscal³⁸ et le procès se divisa en deux étapes distinctes, l'une à caractère secret et inquisitoire, l'autre avec un vrai débat. Comme l'écrivait le principal commentateur de la réforme, l'avocat Agostino Ademollo, ce fut à ce moment que s'affirma le principe selon lequel, au sein de l'autorité judiciaire, il fallait clairement distinguer certaines attributions³⁹. Les vicaires furent préservés, malgré la modification de certaines fonctions, tandis que les

³³ Voir les articles 8 et 13 des instructions du règlement : cf. *Leggi del Gran-ducatto della Toscana*, Florence 1814, I, p. 170, 172.

³⁴ *Ibid.*, p. 148-150, 171-172, 177.

³⁵ *Ibid.*, p. 150, 178 (art. 10 du règlement et art. 42 des instructions).

³⁶ G. Carmignani, *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica*, cit., p. 367; *id.*, *Cenni storici-giuridici sul pubblico ministero*, in *Annali di giurisprudenza*, I (1841), p. 19 suiv. Voir : F. Colao, *Il processo penale toscano e la « nobile divisa del difensore » (1814-1849)*, in M.N. Miletti (dir.), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milan 2006, p. 92, 96-100.

³⁷ *Ibid.*, p. 151-152.

³⁸ F. Colao, *Il processo penale toscano...*, cit., p. 117.

³⁹ A. Ademollo, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la riforma leopoldina del 1838*, Florence 1840, p. 87.

juges (*direttori degli atti*) furent intégrés dans les tribunaux de première instance.

Le juge d'instruction devenait alors la pierre angulaire de la procédure, conditionnant fortement « il metodo della discussione e della sentenza »⁴⁰ : c'est pourquoi il devait être encore mieux préparé que le juge prenant la décision, non seulement parce qu'il ne pouvait pas trouver le soutien au sein de la chambre du conseil, mais aussi parce que, contrairement à ce dernier, il devait toujours arriver à un prononcé qui aurait satisfait sa conscience avec une « ferma credenza »⁴¹. Si la méthode de l'enquête était traditionnelle et le procès devait être rédigé comme une note d'analyse, le directeur des actes ne pouvait se comporter comme un simple compilateur, mais le premier juge de l'affaire, celui qui déterminait si elle avait été pensée dans « l'échelle pénale »⁴². On récupérait ainsi l'ancienne tradition du droit commun, qui – depuis le xvii^e siècle et en particulier en Toscane avec l'œuvre de Cospi – recherchait pour le juge une préparation complète, non seulement légale, mais reposant aussi sur d'autres savoirs essentiels (médecine, mathématiques, etc.) pour mener des enquêtes. De même, il devait alors être capable de pénétrer l'esprit et l'âme de l'homme, afin de comprendre ses pensées secrètes. Un autre criminaliste toscan du xix^e siècle, Giuseppe Puccioni, en tirait les caractéristiques morales dont devait être pourvu le juge d'instruction : froideur, impartialité, attitude sévère et patiente⁴³.

Plus généralement on peut dire que cette nouvelle figure était l'héritière du juge d'Ancien Régime dans la version *leopoldina* : à travers une instruction écrite et secrète, régie par les coutumes et les normes de la procédure inquisitoire⁴⁴, celui-ci devait trouver la *veritas* plus que le coupable, oubliant la distinction entre procès « offensivo » et « difensivo ». Malgré son rôle de premier plan dans la direction-même de l'enquête (par exemple, dans le choix des témoins à entendre), la présence des ceux qu'Ademollo appelait désormais « persone accessorie »⁴⁵ demeurait cependant inchangée, c'est-à-dire celle des notaires, qui n'étaient pas – en particulier dans l'audition de témoins, mais en partie aussi dans l'interrogatoire de l'accusé⁴⁶ – de simples exécutants aux ordres du vicaire ou du directeur des actes. Bien qu'au vicaire avait été donné plein pouvoir de délivrer des mandats d'arrêt et de perquisition, il n'avait cependant pas l'autonomie de rejeter la plainte, décision pour laquelle la ratification de la Cour supérieure était nécessaire⁴⁷.

Paradoxalement, alors que le vicaire était renforcé dans ses pouvoirs d'instruction, il était en même temps privé de tout pouvoir décisionnel, puisqu'il appartenait désormais à une collège différent, la chambre du conseil, de se prononcer sur sa

⁴⁰ *Ibid.*, p. 141.

⁴¹ *Ibid.*, p. 166.

⁴² *Ibid.*, p. 167.

⁴³ G. Puccioni, *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Florence 1858, p. 204. Sur Puccioni voir : M.P. Geri, *Puccioni, Giuseppe*, in *Dizionario biografico degli italiani*, LXXXV, Rome 2016, p. 611-614.

⁴⁴ Organisée par l'article 185 de la loi de 1838 et l'article 296 des instructions : cf. *Leggi del Granducato...*, *cit.*, XXV, p. II, p. 80-81, 344-345.

⁴⁵ A. Ademollo, *Il giudizio criminale...*, *cit.*, p. 171.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 194 suiv. (où c'est plutôt au notaire qu'au vicaire que renvoient certaines règles pour l'audition des témoins) et p. 202 (où on attribue même au chancelier le pouvoir d'interroger l'accusé, bien qu'assisté par le vicaire ou le *direttore degli atti*).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 173.

proposition de *rinvio a giudizio*, en l'obligeant cependant à reprendre en main les enquêtes, lorsqu'on y percevait des irrégularités. C'est pourquoi la réforme déplaçait la décision sur le renvoi au jugement d'un juge unique à une juridiction collégiale, en réponse aux requêtes de certains juristes toscans – par exemple Aldobrando Paolini⁴⁸ et plus tard Giuseppe Panattoni⁴⁹ – selon lesquelles, afin d'étendre les garanties aux prévenus, était demandé le dépassement des jugements « monocratiques ». Contrairement au modèle français⁵⁰, le vicaire ou le *direttore degli atti* toscan ne faisait pas partie de la chambre du conseil et ne pouvait donc pas être défini, au sens propre du terme, comme un juge du siège, mais plutôt comme un magistrat instructeur. Cependant, même dans ce rôle, le vicaire pouvait être contourné par l'article 192 de la loi de 1838 qui autorisait à porter l'affaire directement devant le Tribunal de première instance, sans aucun acte d'instruction, lorsque la compétence de cette juridiction apparaissait certaine.

L'une des questions les plus délicates était celle de consacrer l'indépendance mutuelle, la diversité des fonctions et un équilibre des pouvoirs entre le juge d'instruction et le parquet, le *Regio procuratore*. La réforme de 1838 semblait trop favorable au second, à tel point qu'Ademollo désirait souligner que l'instructeur ne devait pas « credersi persona del tutto dependente dal pubblico ministero » et qu'il n'était pas complètement lié à ses ordres, bien qu'ailleurs il croyait que celui-ci devait s'adresser au parquet pour les doutes ou les difficultés rencontrées⁵¹. En fait, au départ le problème n'avait pas été perçu, étant donné que le juge d'instruction en Toscane n'était pas né, comme en France⁵², pour réduire l'influence du parquet, dépendant du gouvernement, ce qui offrait des garanties accrues à l'accusé, mais plutôt pour briser le monopole de l'instruction appartenant aux notaires et au juge unique⁵³. Toutefois, il était désormais nécessaire d'en déterminer de manière plus nette les compétences : d'une part, il fallait interdire que le juge d'instruction puisse déclencher des poursuites, car cela reviendrait à confondre le juge et l'accusateur, mais en même temps, il ne pouvait être un simple exécuteur de la volonté du parquet. Le risque dans le premier cas était inhérent au statut d'officier de police judiciaire, que le règlement du 22 novembre 1849 avait attribué au juge instructeur et qui s'ajoutait à ses compétences de compilateur du procès.

Avec ce dernier règlement⁵⁴, qui avait remplacé les anciennes dispositions par des règles destinées à rendre plus rapide l'instruction des processus criminels, on institua en Toscane un juge d'instruction, non seulement en théorie mais dans les faits.

⁴⁸ A. Paolini, *Prospetto storico-ragionato della procedura giudiziaria in Italia e specialmente in Etruria con alcune idee di riforma. Discorso politico*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene con l'aggiunta di un esame critico dell'avvocato Aldobrando Paolini ed altri opuscoli di legislazione e giurisprudenza criminale*, Florence 1821, VI, p. 344.

⁴⁹ G. Panattoni, *Colpo d'occhio sulla legislazione toscana ec. Regolamenti provvisori del 1849. Riforma della procedura criminale*, in *La Temi*, II (1849), p. 682.

⁵⁰ Voir l'article 127 du Code d'instruction criminelle.

⁵¹ A. Ademollo, *Il giudizio criminale...*, cit., p. 167-168, 173.

⁵² E. Dezza, *Il Codice di procedura penale del Regno italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padoue 1983, p. 324.

⁵³ Autour du débat sur le juge unique en Italie a tout récemment traité S. Vinci, *Il dibattito sul giudice unico in Italia tra ottocento e Novecento. Processo civile processo penale e ordinamento giudiziario*, Naples 2016.

⁵⁴ F. Colao, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologne 2006, p. 247 suiv.

Notamment, en l'insérant dans les Tribunaux de première instance, on facilita son entrée à part entière au sein de la chambre du conseil, où ses obligations étaient de lire un rapport final sur le procès instruit⁵⁵.

Au juge instructeur on reconnut toute liberté dans le choix des témoins à auditionner et les modalités d'enquête, le parquet ayant juste le droit de faire des propositions mais ne disposant d'aucun pouvoir de contrainte⁵⁶. Le juge d'instruction ne pouvait pas libérer l'accusé pendant l'instruction, sans le consentement du parquet⁵⁷. Le juge d'instruction pouvait étendre l'enquête au-delà du réquisitoire du parquet⁵⁸, même si en cas de dépassement il devait en rendre compte. Le juge d'instruction avait également la liberté d'évaluer la demande du parquet pour toute perquisition dans une propriété privée⁵⁹. La doctrine entra bientôt en conflit avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui souligna le caractère absolu de l'obligation du magistrat d'instruire la procédure des crimes faisant l'objet d'un acte d'accusation du parquet. Ce qu'on réclamait donc, c'était le droit pour le juge d'instruction, s'il estimait irréalisable la demande du parquet, de renvoyer l'affaire devant la chambre du conseil⁶⁰, seul organe à avoir le droit de décider de ne pas poursuivre en justice et constituant une sorte d'arbitre, en cas de désaccord entre les deux, comme cela était prévu par l'article 90 du règlement précité. Il s'agissait donc, comme le préconisait le commentateur de la réforme Jacopo Buonfanti, d'établir un esprit de collaboration, plutôt que de rivalité entre le parquet et le juge d'instruction⁶¹.

La prise de conscience de la délicatesse de la fonction et de la puissance du juge d'instruction, entre les mains duquel étaient placées, la personne, l'honneur, la liberté et les biens du suspect se développa. En corollaire, une réflexion approfondie sur le thème de la responsabilité du juge d'instruction s'ouvrit, Buonfanti s'étant plaint que le règlement de 1849 n'avait pas limité l'exercice de ses pouvoirs et surtout qu'il n'introduisait pas le droit de récusation en faveur de l'accusé. Il s'efforçait encore de tout améliorer par une série de principes généraux de droit public et, en premier lieu, il essayait d'étendre en Toscane les remèdes français de la prise à partie en réparation du préjudice causé par la négligence ou abus de pouvoir⁶².

Le principal problème demeurait cependant non résolu : l'absence de transposition intégrale du modèle accusatoire en Toscane. Avant tout, le sujet de récrimination était l'absence d'un jury d'accusation, qui, selon Mittermaier et certains juristes toscans, collaborateurs de la revue *La Tempe*⁶³, pouvait mieux garantir l'accusé au regard de la

⁵⁵ Ex article 94 du règlement de 1849 (*contra* : A. Ademollo, *Il giudizio criminale...*, cit., p. 194).

⁵⁶ En bref voir : I. Rignano, *Saggio di un manuale del diritto pubblico interno della Toscana*, Florence 1857, p. 147.

⁵⁷ G. Puccioni, *Saggio di diritto penale teorico-pratico...*, cit., p. 205.

⁵⁸ On le tire de J. Buonfanti, *Della istruzione de' processi criminali in Toscana: commentario*, Lucques 1850, p. 210, 214.

⁵⁹ J. Buonfanti, *Manuale dello ufiziale di polizia giudiziaria ossia compendio delle funzioni attribuite a questa importante istituzione...*, Lucques 1851, p. 72-73.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 216-223.

⁶¹ *Ibid.*, p. 260.

⁶² *Ibid.*, p. 259.

⁶³ P. Grossi, *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milan 1986, p. 32 suiv.; F. Colao, *Avvocati del Risorgimento...*, cit., p. 217 suiv.

chambre du conseil⁶⁴. Celle-ci était, en effet, incapable d'évaluer soigneusement et avec neutralité la question : trop conditionnée par le juge d'instruction, elle se trouvait privée de nombreux matériaux nécessaires et nourrie par des preuves allant dans le sens de la culpabilité⁶⁵. Leurs critiques visaient également à cibler la tendance du juge d'instruction à l'extorsion des aveux⁶⁶ et les chances limitées de défense du suspect. Plus de cent ans plus tard, tous ces aspects seraient rappelés et influenceraient également les travaux préparatoires du nouveau *Code de procédure pénale* italien de 1988⁶⁷.

Au cours des années, avait cependant grandi dans le grand-duché un courant opposé à ces instances, plutôt favorable au retour au système inquisitoire, doctrinalement soutenu par l'*auctoritas* de Carmignani⁶⁸. Le clivage entre ces courants portait surtout sur l'institution du juge d'instruction, ce dernier étant accusé d'être inefficace et la principale cause des maux de la magistrature, blâmant ainsi la pratique généralisée (et excessive) de déléguer des parties entières (sinon toutes) de l'instruction aux juges d'ordre inférieur, les *Pretori*, qui étaient bien plus proches du *locus delicti commissi*.

En revanche, l'autre groupe de juristes avait vigoureusement défendu le juge d'instruction comme point d'appui d'un modèle mixte laborieusement conquis, mettant en avant, d'une part, la nécessité que les actes d'une extrême délicatesse, comme l'interrogatoire, fussent accomplis par un haut magistrat et, d'autre part, les excellents résultats, en termes statistiques, concernant la limitation du nombre de procédures pendantes, obtenue grâce à cette institution⁶⁹. Le conflit s'était aggravé dans le cadre de l'élaboration du code de procédure pénale et, si ces efforts avaient échoué, l'une des causes principales fut l'intensité de cette bataille relative au juge d'instruction. Le Conseil d'État, organe consultatif le plus important dans le grand-duché⁷⁰, avait violemment attaqué le juge d'instruction, institution française complètement inadaptée à la Toscane, qui avait été créée sur la base d'une faute, celle d'avoir cru dans l'impossibilité de concilier l'ancien système d'instruction du procès avec le parquet. Le juge d'instruction était « incompatible colla buona amministrazione della giustizia criminale, e causa non ultima di tutti i vizi del nostro processo »⁷¹ et coupable d'avoir miné l'art de l'instruction, traditionnel en Toscane, et qui n'était pas de la compétence ce du juge, mais d'un notaire, aidé par les forces de police.

L'issue de ce débat était l'impasse et l'échec de la codification de la procédure

⁶⁴ K.J.A. Mittermaier, *La istruzione preliminare nei processi criminali. Sua importanza e suo rapporto con i pubblici dibattimenti*, in *La Temi*, I (1847), p. 201.

⁶⁵ G. De Giudici, *La legislazione penale e la procedura criminale toscana paragonata col progresso della scienza*, in *La Temi*, III (1851), p. 20.

⁶⁶ Où se manifeste une fois de plus la continuité de cette figure avec le *iudex* d'Ancien Régime : cf. les techniques d'interrogatoire conseillées par J. Buonfanti, *Della istruzione...*, cit., p. 249 suiv., avec le renvoi à des passages de l'œuvre du criminaliste Daniel Jousse.

⁶⁷ Pour tous : F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milan 2007, p. 28-31, 51-52.

⁶⁸ D. Edigati, *Il codice mancato...*, cit., p. 125 suiv.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 161 suiv.

⁷⁰ L. Mannori, *Le Consulte di Stato*, in *Rassegna storica toscana*, XLV (1999), p. 347-379; R. Brugioni, *Il Consiglio di stato del Granducato di Toscana (1848-1865)*, Lucques 2013.

⁷¹ Archivio di stato di Firenze, *Consiglio di stato*, 21, ins. 16, relation du Conseil d'État non datée.

pénale, condition dans laquelle la Toscane allait se trouver au moment de l'annexion par le nouvel État italien unitaire.