



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master 2 Justice et droit du procès**  
**Dirigé par Madame le Professeur Cécile CHAINAIS**  
**2022**

***Le raisonnement probatoire des juges en  
France. Une approche épistémologique***

**Marion VORMS**

**Sous la direction de Madame le Professeur Lucie MAYER**

# Remerciements

La recherche interdisciplinaire est un exercice d'équilibrisme. Entrer dans la pensée juridique, m'y repérer et tenter d'en tirer quelques idées claires d'une part, procéder à un examen critique des catégories juridiques dans une perspective épistémologique d'autre part, voilà deux objectifs dont je ne soupçonnais pas, avant d'entamer ce travail, à quel point ils étaient en tension l'un avec l'autre. Il reste beaucoup à faire, et le présent mémoire n'est qu'un premier pas. J'espère néanmoins être d'ores et déjà parvenue à dresser quelques ponts entre la pensée juridique sur la preuve et l'étude épistémologique du raisonnement sur les faits.

Mes remerciements vont en premier lieu à Mesdames les Professeurs Lucie Mayer et Cécile Chainais – à Cécile pour m'avoir chaleureusement accueillie dans le cadre du Master qu'elle dirige, à Lucie pour avoir accepté d'encadrer mon travail, et à toutes les deux pour s'être livrées à leur tour à ce petit exercice d'équilibrisme.

Je tiens également à remercier toutes les personnes qui ont contribué à cet effort interdisciplinaire par de nombreux échanges et des travaux communs : Géraldine Vial, Olivier Leclerc et Etienne Vergès, mes collègues d'Outre-Manche Ulrike Hahn et David Lagnado, ainsi que Paul Roberts. Pour avoir pris le temps de répondre à mes questions et de m'apporter des éclairages précieux sur la pratique, merci à Olivier Leurent, ainsi qu'à Maîtres Guillaume Lécuyer, Régis Froger, Martin Reynaud, François Saint-Pierre, Guillaume Tapie et Cédric Uzan-Sarano.

Merci, surtout, à mes collègues et chères amies Anouk Barberousse et Isabelle Drouet, qui cheminent à mes côtés dans le monde fascinant du raisonnement probatoire et sans qui rien de ce qui suit n'existerait.

Il convient pour finir de remercier l'Institut universitaire de France ainsi que l'UFR de Philosophie de Paris 1 et l'IHPST pour la précieuse liberté qu'ils m'offrent.

24 mai 2022

*Pour Simon, Lise et Olivia*

# Sommaire

Remerciements.....	II
Sommaire .....	IV
Liste des abréviations et avertissement sur les citations .....	V
Introduction générale	
Pour une épistémologie du raisonnement probatoire au tribunal.....	1
Chapitre 1 <sup>er</sup>	
Qu'est-ce que le raisonnement probatoire ?.....	11
I.    Notions épistémologiques fondamentales.....	11
II.   La vérité comme but du raisonnement probatoire du juge ?.....	16
Chapitre 2	
Le principe de liberté de la preuve.....	21
I.    La preuve libre : quoi, quand, où, comment et pourquoi ? .....	21
II.   L'intime conviction.....	33
III.  Conception « persuasive » et conception rationaliste de la preuve.....	38
Chapitre 3	
Le droit positif de la preuve : entrave ou aide au raisonnement probatoire ? .....	41
I.    Cartographie des grands thèmes du droit de la preuve .....	42
II.   L'objet de la preuve .....	44
III.  La charge de la preuve et de son administration.....	51
IV.   Les présomptions .....	57
V.    Modes et types de preuve : l'impossible classification .....	63
Chapitre 4	
En (bonne) pratique.....	65
I.    Principes et outils.....	65
II.   Perspectives.....	70
Conclusion générale	
Prendre les faits au sérieux .....	78
Bibliographie.....	80
Table des matières.....	84

# Liste des abréviations et avertissement sur les citations

C. civ.	Code civil
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale

Les traductions de textes en langue étrangère sont les miennes.

# Introduction générale

## Pour une épistémologie du raisonnement probatoire au tribunal

### Un exemple

Le film *Aquarius* de Kleber Mendonça Filho a été projeté à la séance de 20 heures au Cinéma L'Escurial à Paris le 2 septembre 2016. Voilà une proposition de fait, qui peut recouvrir tout un ensemble de qualifications juridiques, mais qui peut aussi intéresser, pour diverses raisons, un sociologue, le producteur du film, son sous-titreur français, l'époux jaloux d'une femme qui prétend avoir assisté à la projection, ou encore moi-même, qui aimerais m'assurer que mes souvenirs sont exacts quant à la date et au lieu où j'ai vu ce film. Dans le cadre d'un litige, cet élément peut faire partie d'un ensemble de circonstances permettant d'établir un adultère. Dans une enquête pénale, il peut permettre de vérifier l'alibi fourni par un suspect. À supposer que la diffusion de ce film ait été frappée d'interdiction, il peut en lui-même être constitutif d'une infraction. Quelle que soit la perspective dans laquelle on examine cette proposition, les raisons pour lesquelles on s'y intéresse et l'éventuelle qualification qu'on lui appliquera, elle décrit un événement du monde qui, aux temps et lieu indiqués, s'est produit ou non. Si cet événement s'est produit, la proposition qui le rapporte est vraie ; dans le cas contraire, elle est fausse. La valeur de vérité de cette proposition est indépendante du cadre dans lequel on l'aborde comme de l'opinion qu'on s'en fait.

Pour la connaître, de nombreux chemins sont possibles. Je peux tenter de retrouver dans mes archives un magazine de l'époque, fouiller dans mes correspondances électroniques, consulter les amis avec lesquels je me rappelle avoir vu ce film, voire aller jusqu'à interroger les employés du cinéma et les habitants du quartier. Je n'y trouverai peut-être pas la réponse « directe » à la question de savoir si la proposition est vraie ou fausse, mais des indices indirects. Par exemple, si j'apprends sur Internet que le film est sorti au Brésil le 1<sup>er</sup> septembre 2016 et que je constate que le 2 septembre était un mardi (donc pas un mercredi – jour de sortie des nouveaux films), la proposition perd grandement en plausibilité, tant il est rare qu'un film ne sorte pas d'abord dans les salles de son pays de production. Me rappelant alors que la production de ce film est franco-brésilienne et qu'en outre il faisait partie de la sélection du Festival de Cannes, je réévalue à la hausse la plausibilité de mon hypothèse – d'autant plus que je trouve la trace d'une

avant-première le 10 août au cinéma Le Louxor. C'est alors qu'un échange de mails me rappelle que je n'étais pas à Paris, mais à Barcelone, le 2 septembre 2016. Cela me renseigne sur la question principale qui motivait mon enquête (mes souvenirs sont-ils exacts quant à la date et au lieu où j'ai vu ce film ?), mais celle de savoir si le film a été projeté à L'Escorial perd toute pertinence.

Quelle qu'elle soit, mon enquête ne me permettra jamais d'atteindre une certitude complète. Il me revient, en fonction de l'importance qu'elle a pour moi et des moyens qui sont à ma disposition, de décider à quel moment il est raisonnable de mettre un terme à ma recherche et de considérer comme établi, ou non, que le film *Aquarius* de Kleber Mendonça Filho a été projeté à la séance de 20 heures au Cinéma L'Escorial à Paris le 2 septembre 2016. Cette décision finale comporte toujours un risque d'erreur, qui sera d'autant moindre que l'effort probatoire préalable aura été grand.

Cette activité intellectuelle consistant à s'appuyer sur des éléments divers, nécessairement incomplets et parfois partiellement contradictoires, pour déterminer la plausibilité d'une proposition factuelle, est ce que j'appelle le « raisonnement probatoire ». On peut le définir comme un raisonnement *à partir* des faits et *à propos* des faits. Ce type de raisonnement est omniprésent dans notre vie mentale. À chaque instant, quand nous cherchons à nous assurer que nous avons bien pris un médicament, nous demandons s'il convient d'emporter notre parapluie pour la journée, planifions un trajet en voiture dans le but d'éviter les embouteillages, nous nous appuyons sur notre connaissance de certains faits pour en établir ou en prévoir d'autres. Le raisonnement du scientifique, du médecin, ou encore de l'assureur comportent tous une part probatoire. C'est le cas, aussi, de celui du juge.

## **Le juge comme paradigme ?**

En quoi consiste le raisonnement probatoire du juge, et quel rôle joue-t-il dans la tâche qui est la sienne ? Il fait peu de doute que le juge, au pénal comme au civil, est confronté à des questions de fait. La figure du juge ou du juré<sup>1</sup> dans un procès criminel peut même servir de paradigme à l'analyse du raisonnement probatoire : confrontés à un ensemble hétérogène et souvent complexe d'éléments provenant de sources plus ou moins fiables, plus ou moins cohérents entre eux, et apportant un éclairage différent à la question principale qui leur est posée, le juge ou le juré sont tenus de les examiner minutieusement pour parvenir à une conclusion permettant de

---

<sup>1</sup> Dans ce qui suit, je parlerai essentiellement des juges professionnels, mais tout ce que j'en dis a vocation à s'appliquer, le cas échéant, aux jurés.

prendre une décision aux conséquences majeures – et cela dans un délai raisonnable. Le raisonnement probatoire dans le cadre judiciaire a ceci de tout à fait remarquable que tout type de faits ou d'événements du monde est susceptible de constituer un élément de preuve au tribunal, contrairement à ce qui est le cas dans la plupart des autres contextes d'enquête (chaque discipline scientifique, notamment, s'appuie sur un certain type de données – des données statistiques sur la réussite scolaire des enfants issus d'un certain milieu ne peuvent pas constituer des données pour la recherche en climatologie). En ce sens, le raisonnement judiciaire offre un cas d'étude remarquable pour qui s'intéresse au raisonnement probatoire – susceptible d'apporter un éclairage nouveau sur des questions traditionnellement traitées en référence à la figure (très idéalisée) du scientifique. Un certain nombre d'études en psychologie expérimentale reposent d'ailleurs sur un protocole consistant à mettre des participants dans la situation d'un procès criminel (*mock juries*) afin d'étudier la manière dont ils raisonnent sur la base d'un ensemble d'éléments de preuve qui leur sont fournis.<sup>2</sup>

Au-delà de cet intérêt présenté par la figure du juge ou du juré pour l'épistémologue ou le psychologue, cette figure idéalisée a-t-elle quoi que ce soit à voir avec le juge en situation réelle ? Sans même parler des contraintes exercées par les cadres procéduraux, le juge – au pénal comme au civil – est saisi d'une affaire qui s'accompagne d'emblée de qualifications juridiques. En conséquence, c'est au travers d'un prisme juridique qu'il examine les questions de fait. De ce constat, on pourrait être tenté de conclure que la part probatoire du raisonnement du juge ne peut être isolée du reste et qu'elle ne peut non seulement pas servir de paradigme au raisonnement probatoire en général, mais qu'elle lui est profondément étrangère.

Que les questions de fait soient définies et déterminées par les catégories juridiques en vue desquelles elles sont examinées, voilà qui est incontestable. Que le raisonnement probatoire des juges soit particulièrement contraint ne fait pas de doute. Mais cela ne permet aucunement de l'exempter des règles générales du raisonnement probatoire. Ainsi, deux présupposés majeurs sous-tendent mon travail rendant l'étude du raisonnement probatoire du juge particulièrement intéressante pour l'épistémologue et – je l'espère – utile au juriste, tant théoricien que praticien.

---

<sup>2</sup> R. Hastie, *Inside the Juror: The Psychology of Juror Decision-Making*, Cambridge University Press, 1993. Pour une perspective critique, voir M. Vorms et D. Lagnado, « Le raisonnement probatoire et la "mise en récit" des preuves : présentation critique du *story-model* », *Droit et société*, 110, 2022, p. 87-105.

## **Présupposés adoptés**

### **Premier présupposé : le caractère unitaire du raisonnement probatoire**

Le premier présupposé qui motive mon enquête est celui du caractère essentiellement unitaire du raisonnement probatoire. Cela signifie que le raisonnement probatoire, en tant que raisonnement sur les faits, présente des caractéristiques communes par-delà les spécificités liées aux différents contextes dans lesquels il se déploie.

### **Deuxième présupposé : l'importance des questions de fait au tribunal**

À ce premier présupposé, épistémologique, s'en ajoute un second, qui a à voir avec une conception plus générale de la manière dont la justice doit être rendue – une philosophie du procès, si l'on veut. Ce second présupposé est celui de l'importance des questions de fait au tribunal. Toutes enserrées soient-elles dans le filet des catégories juridiques qui en guident l'examen, les questions de fait méritent d'être traitées comme telles. Cela signifie que le but du juge, en ce qui concerne le fondement factuel de sa décision, doit être de parvenir à la représentation la plus exacte de la réalité – une décision fondée sur des erreurs factuelles ne peut être tout à fait juste.

### **Conséquences pour le raisonnement probatoire des juges et les règles qui l'encadrent**

De ces deux présupposés, je tire la double conclusion normative suivante, qui motive l'étude épistémologique du raisonnement probatoire des juges. En premier lieu, la part strictement probatoire du raisonnement des juges ne devrait pas se conformer à des normes essentiellement différentes de celles qui gouvernent plus généralement le raisonnement probatoire. Autrement dit, l'enquête probatoire du juge doit être guidée par la recherche de la vérité matérielle. En second lieu, les règles de droit qui l'encadrent devraient elles-mêmes, sinon contribuer à cette recherche, du moins ne pas l'entraver.

Avant de préciser ce que ces affirmations impliquent, quelques précisions s'imposent pour replacer ces questions dans le cadre de la pensée juridique française.

## Raisonnement probatoire et syllogisme juridique

Quand on parle de raisonnement judiciaire à un juriste français, et tout particulièrement un civiliste, il pense au syllogisme juridique, notamment théorisé par Henry Motulsky<sup>3</sup>. Celui-ci consiste, de la prémisse majeure qu'est une règle de droit jointe à la prémisse mineure constituée par les faits qualifiés de telle sorte qu'ils entrent dans l'antécédent<sup>4</sup> de la règle de droit, à tirer une conséquence juridique.<sup>5</sup> En subsumant des faits sous une règle de droit par l'opération de qualification – en en faisant des « faits juridiques » –, on peut déduire que l'effet juridique que la règle de droit leur attache doit être déclenché. La vérité de cette conclusion est de nature normative ; elle dépend du droit et non du fait. Elle en dépend sous deux aspects : celui de l'existence même de la règle de droit invoquée, et celle de son applicabilité aux faits de l'espèce (c'est-à-dire du bien-fondé de la qualification qui a été donnée à ces derniers). Tous les « ingrédients » qui entrent dans le syllogisme sont de nature juridique.

Le raisonnement probatoire n'a à peu près rien à voir avec le raisonnement judiciaire ainsi conçu. Il opère précisément dans la partie absente du syllogisme juridique : celle qui consiste à établir les faits *non qualifiés*. Quoiqu'orienté, en pratique, vers l'établissement de faits susceptibles d'entrer dans une catégorie juridique donnée, il n'a rien à voir avec l'opération de qualification, qui consiste à faire entrer des faits « matériels » dans la sphère juridique, de sorte à pouvoir les articuler avec une règle de droit. Or, la mise en œuvre effective du syllogisme – la déduction de la conséquence juridique – suppose que ces faits matériels soient établis. En ce sens, bien que, *chronologiquement*, le raisonnement probatoire visant à examiner si des faits sont établis opère en général après qu'une ou plusieurs qualification(s) ont été mentionnées, il est *logiquement* antérieur à l'opération de déduction constituée par le syllogisme. Pour le dire autrement, bien que les catégories juridiques déterminent, en pratique, le raisonnement sur les faits, elles ne peuvent s'appliquer de manière effective qu'à des faits établis.

Les réflexions ayant conduit au présent travail sont nées du constat selon lequel le raisonnement probatoire ainsi conçu est à peu près ignoré de la réflexion juridique française. Voyons ce que cela signifie.

---

<sup>3</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

<sup>4</sup> Motulsky parle de « présupposition » (*op. cit.*, p. 49, §50).

<sup>5</sup> Par exemple, de la règle de droit selon laquelle « tout fait de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute de qui il est arrivé à le réparer » (C. civ., art. 1240) jointe à un ensemble de faits permettant d'établir l'existence d'une faute, d'un dommage et du lien de causalité qui les unit (un cycliste qui roulait sur le trottoir m'a renversée, ma chute ayant entraîné une blessure), on peut déduire que le cycliste me doit réparation.

## Raisonnement probatoire et droit de la preuve : le désintérêt de la pensée juridique française pour les questions de fait

Il serait évidemment faux de dire que le droit français ne dit rien de la manière dont les faits peuvent et doivent être établis au tribunal. C'est l'objet de toutes les dispositions relatives à la preuve. Ces dernières définissent ce qui peut et doit faire l'objet d'une preuve dans le cadre d'un litige ou pour la répression des infractions, la manière dont les éléments de preuve doivent être obtenus et produits au tribunal pour y être recevables, et prescrivent au juge dans quel sens il doit trancher le litige ou l'affaire en fonction de la manière dont les preuves apportées par les parties ou le ministère public seront parvenues ou non à le convaincre de la réalité de certains faits. Mais rien n'est dit, hors certaines dispositions de droit civil contraignantes (les « preuves légales »), de la manière dont le juge doit procéder pour se forger une conviction.

Cela est bien normal, pourrait-on dire. C'est le sens même du principe de liberté de la preuve que de laisser le juge libre d'apprécier souverainement la force probante des éléments qui lui ont été soumis. Et c'est, pourrait-on ajouter à raison, la condition même de l'exercice du raisonnement probatoire tel qu'il a été défini précédemment. Le réglementer reviendrait à lui imposer des normes différentes de celles qui s'imposent au raisonnement sur les faits en général – ce qui est contraire à l'idée d'une conception unitaire du raisonnement probatoire comme essentiellement guidé par la recherche de la vérité. Pour le dire autrement, le raisonnement sur les faits ne peut, par hypothèse, faire l'objet d'une réglementation spécifiquement juridique. Cela est tout à fait vrai, et j'aurais manqué mon objectif dans ce qui suit s'il devait en ressortir l'idée qu'il conviendrait d'enrégimenter le raisonnement probatoire des juges.

Mais, quel que soit le bien-fondé de l'absence de dispositions légales relatives au raisonnement sur les faits, la place minimale qui lui est implicitement accordée dans les différents aspects de l'office du juge est symptomatique d'un désintérêt majeur de la pensée juridique française pour cette question. Ce désintérêt non seulement n'est pas justifié par le respect du principe de liberté de la preuve – et de la distinction entre ce qui relève du droit et ce qui relève du fait – mais il est à l'origine de plusieurs confusions conceptuelles qui sont susceptibles de porter atteinte au bon exercice du raisonnement probatoire par le juge en le reléguant à un aspect très secondaire de son office.

### La réflexion sur la preuve en *Common law*

Pour se convaincre que l'absence de réflexion juridique sur la preuve n'est pas intrinsèquement contenue dans le principe de liberté de la preuve, on peut souligner qu'il existe en *Common*

*law*, où la preuve est libre, un champ entier consacré à ces questions, tant au civil qu’au pénal. C’est aussi dans les pays de *Common law* qu’est né le projet d’une « science de la preuve » intégrant les apports de la logique, de l’épistémologie et de la psychologie (mais aussi, plus récemment, de la statistique) pour étudier les mécanismes de la preuve judiciaire. Née des travaux de Jeremy Bentham<sup>6</sup> en Angleterre et de Henry Wigmore<sup>7</sup> aux États-Unis, ce courant connaît un renouveau depuis les années 1970, sous le nom de *New Evidence Scholarship*<sup>8</sup>. En raison des différences majeures entre nos systèmes et traditions juridiques, la *law of evidence* est à difficile à comparer à notre droit de la preuve ; les travaux de la *New Evidence Scholarship* étant largement ancrés dans cette tradition, ils ne sont pas directement importables chez nous. Mais il n’est pas interdit d’y jeter un œil pour en tirer des catégories potentiellement universalisables. C’est d’ailleurs ce que font depuis quelques décennies certains juristes dans des pays de droit continental comme l’Espagne et l’Italie, notamment dans le sillage du processualiste italien Michele Taruffo.<sup>9</sup> Quant à mon propre travail, il trouve sa source d’inspiration majeure dans les travaux de David Schum<sup>10</sup>, penseur inclassable qui s’est efforcé d’emprunter à diverses disciplines pour proposer une véritable théorie générale du raisonnement sur les faits.<sup>11</sup>

La pensée juridique française, notons-le, offre une résistance toute particulière à l’application des catégories d’analyse issues de la pensée anglo-saxonne ; ancrée dans la tradition philosophique française, elle est foncièrement étrangère à l’empirisme anglo-américain. Or, la démarche épistémologique qui est la mienne ici – et cela indépendamment de l’inspiration qu’elle tire de la *Common law* – se situe dans le champ de la philosophie dite « analytique », dont les méthodes d’analyse comme le style argumentatif sont eux-mêmes assez étrangers au style philosophique français. C’est donc à un véritable changement de regard sur les questions de fait et de preuve que j’invite ici les juristes français.

---

<sup>6</sup> J. Bentham, *The Rationale of Judicial Evidence*, Bowring ed. William Tait, Edimbourg, 1839.

<sup>7</sup> J.H. Wigmore, *Principles of Judicial Proof as given by Logic, Psychology and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, Boston, Little, Brown and Cie, 1913.

<sup>8</sup> Voir par exemple W. Twining, « The New Evidence Scholarship », *Cardozo. L. Rev.*, vol. 13, 1991, p. 295.

<sup>9</sup> M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, A. Giuffrè, Milan, 1992. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, A. Giuffrè, Milan, 1992, trad. espagnole J. Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002. Voir aussi J. Ferrer Beltrán, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

<sup>10</sup> D.A. Schum, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, 1994.

<sup>11</sup> Il existe une exception majeure en France, largement ignorée de la doctrine et qui mérite d’être signalée : celle du juge François Gorphe, qui, pour reprendre l’expression d’Olivier Leclerc, a cherché dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle à développer une « science de la preuve à la française » (F. Gorphe, *L’appréciation des preuves en justice : essai d’une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947 ; voir O. Leclerc, « A Critical Method for the Evaluation of Evidence : François Gorphe’s (1889-1959) Contribution to a Science of Proof à la française », *Question facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, vol. 2, 2020).

## Définition de l'approche épistémologique

L'épistémologie, au sens de théorie de la connaissance<sup>12</sup>, est l'étude de la nature, des fondements et des conditions de possibilité de la connaissance. Cette dernière ne se restreint pas à la connaissance scientifique, mais concerne toute connaissance que nous pouvons posséder sur le monde. Ainsi définie, l'épistémologie s'intéresse, entre autres choses, aux normes du raisonnement correct, c'est-à-dire aux règles qu'il convient de suivre pour maximiser ses chances de parvenir à une représentation exacte de la réalité. En quoi consiste donc une épistémologie du raisonnement probatoire des juges ?

Telle que je l'envisage, elle peut procéder par deux voies, partiellement indépendantes. La première consiste à étudier, dans une perspective épistémologique, les règles de droit qui encadrent le raisonnement probatoire des juges. La seconde consiste à étudier comment en pratique, dans un tel cadre, les juges raisonnent.

## Une approche épistémologique du droit de la preuve

J'ai dit, dans ce qui précède, que le droit français de la preuve ne disait rien du raisonnement probatoire. Il n'en reste pas moins qu'il énonce des règles qui, en fixant le cadre dans lequel ce raisonnement peut et doit se déployer, le contraignent. Une étude épistémologique des règles de preuve consiste à se demander si les contraintes qu'elles exercent sur le juge sont des aides ou des entraves à l'exercice de son raisonnement probatoire en tant qu'il vise la vérité. Autrement dit, elle consiste à se demander s'il existe une justification épistémologique pour ces règles.

Une telle perspective se démarque nettement d'autres approches, sociologiques<sup>13</sup> ou historiques<sup>14</sup>, du droit de la preuve. Elle ne leur est cependant pas exclusive. On peut reconnaître l'importance de la fonction de légitimation des règles de preuve et affirmer qu'elles sont avant toute chose destinées à rendre les « jugements de preuve » acceptables<sup>15</sup>, ou encore considérer qu'elles sont essentiellement le résultat d'une sédimentation historique de représentations

---

<sup>12</sup> L'épistémologie ainsi définie correspond à ce que la philosophie de langue anglo-saxonne et de tradition dite « analytique » appelle l'*epistemology*. Elle se distingue de l'épistémologie telle qu'on l'entend dans la tradition philosophique française, où elle désigne une histoire conceptuelle de la pensée scientifique.

<sup>13</sup> H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Études de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964.

<sup>14</sup> J.-L. Halperin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, 84, 2009.

<sup>15</sup> Voir X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, n°23, 1996, p. 31-39 ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994. Voir aussi M. Delmas-Marty, « La preuve pénale », *Droits*, n°23, 1996, p. 53-65.

sociales<sup>16</sup> et de luttes politiques qui en sont les meilleures *explications*, tout en se demandant s'il est envisageable d'en fournir une *justification* épistémologique – d'en rendre raison au nom de l'objectif de recherche de la vérité. Cela est d'autant plus légitime et important que l'on admet que le raisonnement probatoire qu'elles encadrent poursuit cet objectif. Dans cette perspective, en effet, on doit souhaiter que les règles de droit positif, si elles n'ont pas pour but de favoriser la découverte de la vérité par le juge, ne doivent néanmoins pas l'entraver dans cette entreprise.<sup>17</sup>

Plus simplement, mon approche du droit positif consiste aussi et avant toute chose en une analyse de ses notions et de ses règles à la lumière des catégories de l'épistémologie.

### **Une approche épistémologique des pratiques**

Plus étrange apparaîtra peut-être au juriste français l'autre voie que je me propose d'emprunter dans mon enquête épistémologique – celle d'une étude des pratiques. En quoi consisterait une telle étude, et en quel sens serait-elle épistémologique ? J'ai expliqué dans ce qui précède que ma démarche trouvait sa motivation dans l'idée selon laquelle le juge, quand il raisonne sur les faits, ne *devrait* pas se conformer à des *normes* essentiellement différentes de celles qui gouvernent plus généralement le raisonnement probatoire. Cette affirmation est normative : elle indique ce que les juges devraient faire. Elle mérite d'être appliquée à une étude descriptive de ce que les juges font réellement. Concrètement, une telle étude pratique peut emprunter plusieurs voies, parmi lesquelles l'analyse des décisions elles-mêmes semble la plus prometteuse.

Qu'on ne s'y méprenne toutefois pas : un tel projet n'a pas pour vocation de redresser les torts ou, le cas échéant, de décerner de bonnes notes aux juges qui « font bien », mais bien plutôt de comprendre et d'analyser ce qu'ils font. L'épistémologie, en tant que théorie normative du raisonnement, ne présenterait pas grand intérêt si les normes qu'elle étudie ne correspondaient d'aucune manière aux pratiques. Pour le dire autrement, une théorie du raisonnement qui

---

<sup>16</sup> Ainsi Levy-Bruhl observe-t-il que « partout, le régime des preuves diffère grandement suivant les valeurs auxquelles le groupe social est attaché le plus de créance » (*op. cit.*, p. 41).

<sup>17</sup> Une telle enquête sur les règles de droit positif a été notamment proposée (pour le droit américain) par le philosophe des sciences Larry Laudan (*Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006). Elle est aussi au fondement de la démarche comparatiste de Mirjan Damaška, qui, par contraste avec une approche historique qui consiste à « établir les facteurs causaux ayant conduit à l'existence de certaines doctrines et pratiques relatives à l'établissement des faits », qualifie la sienne d'« analytique et interprétative » et la définit comme concernant « l'étude des facteurs qui fournissent aux arrangements relatifs à l'établissement des faits une justification plausible » au regard de l'objectif de recherche de la vérité (M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven et Londres, 1997, p. 3).

énoncerait des règles que les humains ne peuvent pas réaliser ne serait pas une bonne théorie du raisonnement. En conséquence, étudier les pratiques est aussi un bon moyen d'informer l'étude des normes.

Quelles normes ? En tant qu'il porte sur les faits et ne consiste pas en la « simple » mise en œuvre des règles de la logique déductive, le raisonnement probatoire est d'une redoutable difficulté, qui défie toute tentative d'en formuler des règles objectives et contraignantes. On peut toutefois tenter d'identifier des écueils et des pièges à éviter, tout comme des bonnes pratiques à encourager. C'est précisément la raison pour laquelle l'étude des pratiques est une source précieuse pour l'épistémologie.

## **Plan et thèses défendues**

On ne trouvera (presque) pas trace d'une étude des pratiques telle que je viens de la définir dans ce mémoire, dont l'essentiel consiste à poser les bases, tant épistémologiques que juridiques, pour une telle étude.

Le premier chapitre se présente ainsi comme un préambule épistémologique. J'y définis quelques outils et catégories d'analyse fondamentales pour l'étude du raisonnement probatoire ; j'y défends en outre, contre différentes sortes d'arguments la remettant en cause, l'idée que le juge doit (entre autres choses) rechercher la vérité.

Le chapitre 2 est consacré au principe de liberté de la preuve en droit français. J'y expose la place qu'il occupe dans le droit positif ; je défends l'idée qu'il est la condition même d'exercice du raisonnement probatoire, mais aussi que cette liberté s'accompagne d'obligations de la part du juge, contre ce que suggère une interprétation subjectiviste de l'intime conviction.

Le chapitre 3 propose une cartographie de quelques grandes questions relatives à la preuve dans le droit positif français, dans la perspective épistémologique définie précédemment. J'y montre notamment que plusieurs notions clés souffrent d'une certaine confusion conceptuelle, que j'attribue au désintérêt de la pensée juridique française pour les faits, qui tend à les exclure implicitement du domaine dans lequel officie le juge.

Le chapitre 4, enfin, présente quelques outils d'analyse et définit, de manière programmatique, plusieurs pistes de recherche dont ce travail aura posé les bases, ainsi que quelques perspectives d'application pratique de ses principales conclusions.

# Chapitre 1<sup>er</sup>

## Qu'est-ce que le raisonnement probatoire ?

Ce chapitre constitue un préambule épistémologique à l'ensemble de ce travail. Il est consacré à une définition du raisonnement probatoire en général (I) et à la défense d'un présupposé majeur associé à l'étude de celui des juges en particulier (II).

### I. Notions épistémologiques fondamentales

Le raisonnement probatoire peut être défini comme un raisonnement à partir et à propos des faits (A). Il s'agit, sur la base d'un certain nombre d'informations factuelles, de formuler et d'évaluer la plausibilité d'une ou plusieurs hypothèses (elles aussi factuelles) afin de parvenir à une conclusion sur ce qui s'est passé, se passera, ou se passe en général. Bien qu'irréremédiablement incertaines (B), les conclusions auxquelles permet d'aboutir le raisonnement probatoire constituent le socle de la plupart de nos décisions (C).

#### A. Un raisonnement à partir et à propos des faits

Un raisonnement probatoire comporte une série d'opérations mentales, appelées « inférences », qui consistent à tirer d'une (ou d'un ensemble de) proposition(s) factuelle(s), appelées « prémisses », une autre proposition factuelle, appelée « conclusion ». Derrière cette définition aride se cache l'une des activités intellectuelles les plus communes qui soient<sup>18</sup>, aussi bien dans le cadre de l'enquête scientifique, du diagnostic médical, de l'enquête de police qu'au tribunal ou encore dans la vie quotidienne.

##### 1. Propositions factuelles et valeur de vérité

Qu'il s'agisse de prémisses ou de conclusions, les propositions factuelles sur lesquelles porte le raisonnement probatoire ne sont rien d'autres que des hypothèses empiriques, c'est-à-dire des affirmations à propos du monde. D'ordre physique, psychologique, ou encore social, les faits sur lesquels elles portent peuvent être des événements isolés (passés, présents ou à venir),

---

<sup>18</sup> Ainsi le philosophe pragmatiste et psychologue américain John Dewey y voyait-il l'essence même de la pensée : « L'exercice de la pensée est, au sens littéral du mot, *l'inférence*. Par elle une chose nous conduit à l'idée d'une autre chose, et à la croyance en cette chose. » (J. Dewey, *How we Think*, 1910, D.C. Heath and Company, Boston, New York, Chicago, 1910, p. 26).

ou encore des régularités empiriques (de la généralisation qu'on tire de son expérience personnelle à la loi scientifique la mieux confirmée). Le fait que le soleil brille à Honfleur le week-end prochain, le fait que la demi-vie du carbone 14 soit de 5730 ans, le fait qu'Oscar Pistorius ait tiré sur sa compagne, le fait qu'il en ait eu l'intention, mais aussi le fait que le vote des populations défavorisées se soit reporté de la gauche sur la droite ou que la plupart des crimes de sang soient commis par des proches de la victime : voilà autant d'hypothèses à propos desquelles on peut raisonner, et dont la valeur de vérité dépend ce qui est le cas dans le monde. Cela signifie que ces hypothèses sont soit vraies soit fausses, et que la « réponse » se trouve dans le monde extérieur – quand même il ne nous est pas possible de la connaître avec certitude. En effet, qu'elles concernent ce qui s'est passé, ce qui se passera ou ce qui se passe en général (le cours ordinaire des choses), sur aucune de ces hypothèses on ne peut atteindre une certitude absolue, similaire à celle à laquelle conduisent les démonstrations mathématiques.<sup>19</sup> Ce qu'Oscar Pistorius croyait et ce qu'il voulait au moment où il a tiré le coup de fusil qui a causé la mort de sa compagne est impossible à établir avec certitude. Reste qu'il s'agit d'événements (psychologiques) dont la réalité et la nature font que l'affirmation « Oscar Pistorius croyait que le bruit venant de la salle de bains était dû à la présence d'un cambrioleur » est soit vraie soit fausse, et cela indépendamment de ce que l'on peut en savoir.

## 2. Faits et preuves : la notion d'*evidence*

Les informations factuelles qui alimentent le raisonnement probatoire peuvent être de différentes sortes, provenir de différentes sources et nous parvenir par différents « canaux ». D'une trace de pas à des données de géolocalisation en passant par le témoignage d'un piéton, un rapport d'expert à propos d'empreintes génétiques, une lettre de menaces et des données statistiques sur la criminalité dans une certaine région, voilà autant d'éléments qui peuvent offrir au juge des *raisons* de penser que tel ou tel événement a eu lieu.

Ces *raisons* de croire plus ou moins dans la vérité d'une hypothèse – de modifier à la hausse ou à la baisse l'estimation de sa plausibilité – sont ce que les anglo-saxons désignent par le terme d'*evidence*, dont il n'existe pas véritablement d'équivalent français. On le traduira selon les cas par « indices », « données », « informations », voire « témoignage » (au sens où les classiques parlaient du « témoignage des sens »), la traduction la plus simple restant celle de « preuves » ou plutôt « éléments de preuve », mais aucun de ces termes ne rend compte du

---

<sup>19</sup> Même les généralités empiriques les mieux fondées – les lois scientifiques – se distinguent des vérités logiques et mathématiques en ce qu'elles ne sont pas *nécessairement* vraies. Parce qu'elles trouvent leur fondement dans l'expérience, il reste toujours possible, en principe, qu'elles soient remises en cause par l'expérience.

double aspect suivant : les *evidence* se définissent à la fois par leur aspect factuel (un témoignage, tout comme la présence d'une empreinte de pas, est d'abord un événement du monde) et par la *fonction* de justification qu'elles remplissent dans le raisonnement. Rien n'est en soi une *evidence* – et toute chose est susceptible de le devenir dès lors qu'elle parle en faveur ou en défaveur d'une hypothèse.

Ainsi, le raisonnement probatoire – *evidential reasoning* en anglais – est un raisonnement à partir des faits comme preuves (*evidence*) et sur les faits comme objets de la preuve, ici entendue comme la démonstration d'ensemble ou son résultat (dont l'équivalent anglais est *proof*). En tant que tel, le raisonnement probatoire est irrémédiablement marqué par l'incertitude – raison pour laquelle on parle aussi de raisonnement « incertain ».

## **B. Un raisonnement marqué par l'incertitude**

Le raisonnement probatoire ne peut conduire qu'à des conclusions plus ou moins plausibles, probables, ou encore « vraisemblables ». Cela est dû à la nature essentiellement inductive des inférences qu'il met en jeu, lesquelles reposent toujours sur des prémisses implicites.

### **1. Inférences déductives et inductives**

On distingue classiquement les inférences inductives des inférences déductives. Si le raisonnement probatoire comporte des éléments déductifs, il est pour l'essentiel inductif.

Les inférences déductives (ou déductions) sont des inférences nécessaires. Prenons l'exemple classique du syllogisme<sup>20</sup> suivant : « Tous les hommes sont mortels, or Socrate est un homme, donc Socrate est mortel ». Cette déduction est certaine, au sens où elle préserve la vérité des prémisses : si les prémisses sont vraies, alors *nécessairement* la conclusion est vraie. Il se peut que l'une au moins des prémisses d'un raisonnement déductif soit fausse, auquel cas la conclusion peut être fausse. Si je remplace « Tous les hommes sont mortels » par « Tous les hommes sont des idiots », ma conclusion sera assurément fausse ; il n'en reste pas moins que le raisonnement lui-même reste valide. C'est là un point sur lequel il convient d'insister : seules des propositions (ou hypothèses) peuvent être vraies ou fausses – et elles le sont en vertu de l'état du monde. Une inférence n'est ni vraie ni fausse ; elle est valide ou non selon qu'elle se conforme ou non aux lois de la logique.

---

<sup>20</sup> Il convient de bien distinguer un tel syllogisme du syllogisme juridique mentionné en introduction. S'ils ont en commun la forme déductive, le syllogisme dont il est question ici relie des propositions factuelles à d'autres propositions factuelles. Un syllogisme juridique, en revanche, relie des propositions juridiques ; si sa validité dépend bien de la même logique déductive, la vérité de sa conclusion dépend du droit et non des faits.

Les inférences inductives, à strictement parler, ne sont pas valides ; elles enfreignent les lois de la logique déductive au sens où leur conclusion contient « davantage » que leurs prémisses. Il convient d'écarter ici une erreur courante qui consiste à définir les inductions comme consistant à tirer le général à partir du particulier. Une induction peut très bien procéder du général au particulier, du particulier au particulier, ou encore du général au général ; ce qui la caractérise est que le lien entre les prémisses et la conclusion n'est pas un lien nécessaire et que, en tant que tel, il peut être *défait*.

« Le ciel est en train de se couvrir, donc il va pleuvoir », « son téléphone ne contient aucun SMS, donc elle a quelque chose à cacher », « le pronostic à 10 ans des patients ayant reçu ce traitement est excellent, donc la plupart des patients de l'hôpital Broca recevant ce traitement seront en vie dans 10 ans », « le téléphone du suspect a été localisé en dehors de la ville à 3h30, donc le suspect n'était pas en ville 3h30 », voilà autant d'exemples d'inférences inductives, dans lesquelles les prémisses ne font qu'apporter un soutien relatif aux conclusions. Une inférence de prime abord raisonnable peut ainsi être mise en défaut par l'ajout d'une information. Par exemple, dès lors que l'on sait que l'hôpital Broca est un hôpital gériatrique, l'inférence présentée ci-dessus perd toute solidité et sa conclusion toute vraisemblance ; elle reposait en effet sur la prémisse implicite (erronée) selon laquelle la population de l'hôpital Broca était représentative de la population générale. C'est le propre des inférences inductives que d'être sous-tendues par des prémisses supplémentaires implicites, qui ont le plus souvent la forme de généralisations empiriques.

## **2. Le rôle clé des généralisations empiriques**

Allant des considérations de sens commun aux lois scientifiques en passant par les généralisations tirées de l'expérience personnelle de chacun, ces généralisations empiriques forment le socle de nos vies mentales. Elles sont plus ou moins conscientes, mais si l'on y regarde bien, la plupart sinon la totalité des inférences que nous faisons quotidiennement peuvent être décomposées en une série (potentiellement infinie) d'étapes reposant chacune sur une ou plusieurs généralisations implicites plus ou moins bien fondées.

Selon le contexte probatoire – les autres informations disponibles, mais aussi l'enjeu des inférences qu'elles soutiennent –, certaines généralités largement acceptables dans un autre contexte méritent d'être remises en question. Si l'idée selon laquelle le propriétaire d'un téléphone se trouve généralement à proximité immédiate de son téléphone n'est pas une loi scientifique, c'est une généralisation suffisamment solide pour passer pratiquement inaperçue

dans la plupart des contextes. Pour autant, dans une affaire criminelle où cet élément entre en incohérence avec d'autres informations et dont l'enjeu est important il conviendra de ne pas considérer cette généralisation comme suffisante pour autoriser l'inférence de la localisation d'un téléphone à celle de son propriétaire.

Pour finir, une même inférence inductive peut faire l'objet d'appréciations différentes de la part de différents individus. En effet, même si un certain nombre de généralisations sont largement partagées au sein des groupes humains, l'expérience et l'expertise propre de chacun l'a conduit à se forger un certain nombre de représentations (plus ou bien moins fondées) sur le cours ordinaire des choses, qui le conduisent à emprunter des « chemins inférentiels » différents des autres. Aucune règle logique ne permet de les départager et il n'existe pas un unique « bon » chemin ; c'est ce qui rend la réflexion critique, le débat et l'argumentation indispensables. Ce caractère essentiellement fragile, dynamique et sensible au contexte du raisonnement probatoire en fait l'extrême complexité mais aussi le caractère fascinant.

### **C. Incertitude et prise de décision**

En raison même de leur caractère fragile et incertain, les inférences inductives sont *risquées* : puisque les prémisses ne font au mieux que rendre la conclusion plus probable, considérer cette dernière comme établie – l'accepter – comporte un risque d'erreur.<sup>21</sup> L'acceptation d'hypothèses incertaines est pourtant au cœur de toute prise de décision, que ce soit dans un contexte scientifique, judiciaire, ou encore dans la vie de tous les jours.

Je reviendrai à plusieurs reprises sur la notion d'acceptation, qui se révélera essentielle à l'analyse de la tâche probatoire du juge. Pour l'heure, il convient d'écarter le risque d'un lourd contresens : dire que nos conclusions sont irrémédiablement incertaines et que nous ne pourrons jamais être sûrs de la vérité de nos conclusions n'implique en aucun cas que la vérité ne soit pas le but du raisonnement probatoire. Il est toujours possible, même pour le raisonnement le plus rigoureux, de déboucher sur l'acceptation d'une conclusion erronée. Néanmoins, l'effort pour définir des bonnes pratiques de raisonnement inductif (à défaut de règles obligatoires comme celles de la logique déductive) vise bel et bien à minimiser le risque d'erreur. Dans quelle mesure ces considérations s'étendent-elles au raisonnement probatoire des juges ?

---

<sup>21</sup> C'est ce que les philosophes des sciences, depuis Carl Hempel, appellent le « risque inductif » (C. Hempel, « Science and Human Values », *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, The Free Press, 1965.

## II. La vérité comme but du raisonnement probatoire du juge ?

L'hypothèse selon laquelle le raisonnement probatoire du juge est un cas particulier – et paradigmatique – du raisonnement probatoire en général semble trouver une objection de fond dans l'opposition, courante tant en doctrine que plus largement dans le monde juridique<sup>22</sup>, entre vérité « matérielle » et vérité « judiciaire ». Différents arguments<sup>23</sup> viennent ainsi à l'appui de l'idée selon laquelle, en raison de la spécificité du contexte juridique et du but même du procès (tant civil que pénal), la tâche du juge ne pourrait pas (A) – et ne devrait pas (B) – viser à établir des propositions vraies.

### A. Les arguments qui en appellent à la modestie : une vérité « de second rang »

Un premier ensemble d'arguments peuvent être décrits comme invitant à une modestie fondée sur une sorte de réalisme. Les contraintes qui s'exercent sur le juge seraient telles qu'il doit se contenter d'une « vérité de second rang »<sup>24</sup>. Ces arguments reposent le plus souvent sur une comparaison avec la vérité « scientifique »<sup>25</sup>.

#### 1. L'obligation de trancher dans un délai raisonnable

Un juge qui repousserait éternellement sa décision se rendrait coupable d'un déni de justice : « dans l'obligation où il est de statuer, le juge n'est pas en droit de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il accède à une certitude parfaite »<sup>26</sup>. Voilà qui est incontestable, mais qui n'est aucunement spécifique au juge. Seule une vision extrêmement idéalisée et naïve de la recherche scientifique autorise à penser qu'il n'en va pas de même dans ce domaine. Comme on l'a vu, les conclusions de toute enquête empirique sont condamnées à rester incertaines. Or, qu'il

---

<sup>22</sup> Je fonde cette affirmation sur plusieurs échanges informels que j'ai pu avoir avec des praticiens du droit, avocats et magistrats.

<sup>23</sup> On trouve ces différents arguments, sous une forme ou une autre, dans X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *op. cit.*, M. Mekki, « Preuve et vérité en France », *La preuve*, Journées Pays-Bas/Belgique, Bruxelles, Bruylant, 2015, P. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, n°23, 1996, J.-F. Cesaro, « Avant-propos », *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012. M. Delmas-Marty s'appuie sur certains de ces arguments pour distinguer la preuve pénale de la preuve civile (M. Delmas-Marty, « La preuve pénale », *op. cit.*).

<sup>24</sup> L'expression est de X. Lagarde, *op. cit.* Voir aussi J.-F. Cesaro : « la vérité judiciaire ne saurait avoir d'aussi grandes prétentions [que celles des philosophes ou des scientifiques] » (*op. cit.*, p. 85).

<sup>25</sup> Pour une comparaison fine des démarches de l'historien et du juge, voir J.-C. Martin, « La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens », *Droit et Société*, n°38, 1998, p. 13-20.

<sup>26</sup> G. Cornu, « Rapport de synthèse », *La vérité et le droit*, Actes des Journées canadiennes à Montréal, 1987, Association Henri Capitant, Economica, 1989. De même, J.-F. Cesaro compare le juge au scientifique, soulignant que « le juge ne peut différer son jugement dans l'attente d'une parfaite certitude » (*op. cit.*, p. 85).

s'agisse de publier un rapport d'expert destiné à éclairer des décisions parfois irréversibles<sup>27</sup> ou un article de recherche fondamentale, il arrive toujours un moment où le scientifique estime qu'il est raisonnable de mettre un terme à son enquête et de conclure. C'est le propre du raisonnement probatoire que de n'atteindre jamais la certitude et d'être orienté vers la décision.

## 2. Les contraintes procédurales liées à la licéité de la preuve

Mais, ajoutera-t-on, la recherche de la vérité au tribunal est entravée par des règles procédurales qui privent le juge de certains éléments de preuve – par exemple ceux dont le recueil porterait atteinte à des libertés fondamentales. Pire, dans certains cas, certaines preuves disponibles doivent être écartées parce que leur production contreviendrait au respect de la vie privée.

À nouveau, cela n'est pas spécifique à la situation du juge : en science comme dans la vie de tous les jours, il existe des limites pratiques et éthiques à la collecte de données. En outre, l'administration de la preuve scientifique est précisément encadrée, et un chercheur n'est pas libre de fonder ses conclusions sur des données dont il dispose – et dont il estime qu'elles sont robustes – si celles-ci ne satisfont pas elles-mêmes certains critères de validation.

## 3. Les règles de fond sur la charge de la preuve

À l'obligation de trancher dans l'incertitude qui s'impose au juge s'ajoutent souvent des règles de fond qui lui indiquent quelle doit être sa décision en cas de doute. Or cette décision, dans certains cas, peut sembler contraire à l'hypothèse la plus probable. L'exemple le plus clair en est la présomption d'innocence : si les preuves rapportées ne sont pas suffisantes pour évacuer tout doute, le juge doit prononcer la relaxe, quand bien même l'hypothèse de la culpabilité lui semblerait très probable. Alors, la « vérité » qu'il préférerait se distinguerait selon toute vraisemblance de la vérité « objective » ou « matérielle ».<sup>28</sup>

Ici encore, il n'y a rien qui soit spécifique au domaine judiciaire. Le processus de validation des hypothèses scientifiques repose lui-même sur la mise en œuvre de standards de preuve, qui définissent un seuil de confirmation<sup>29</sup> à partir duquel une hypothèse peut être acceptée – et en

---

<sup>27</sup> Pensons par exemple aux rapports du Groupe d'experts Intergouvernemental sur l'Évolution du Climat (GIEC), à la publication de conclusions relatives aux effets indésirables d'un vaccin, ou encore à l'expertise au tribunal : il n'est pas question, là non plus, d'attendre la certitude pour s'exprimer.

<sup>28</sup> Voir M. Mekki, *op. cit.*, p. 828.

<sup>29</sup> Ainsi en va-t-il par exemple de la traditionnelle *p-value* qui, fondée sur l'analyse statistique des résultats d'expériences ou des données d'enquête, définit un seuil que la probabilité d'obtenir les données en question si l'hypothèse explorée est fautive ne doit pas dépasser, pour que l'hypothèse puisse être acceptée. Les standards de preuve en science ne peuvent évidemment pas toujours être si précisément quantifiés. Reste que les processus très stricts de validation par les pairs les mettent en œuvre.

deçà de laquelle elle doit être rejetée.<sup>30</sup> Il est tout à fait concevable qu'un scientifique ait de bonnes raisons de croire qu'une hypothèse est vraie et néanmoins ne puisse la déclarer scientifiquement valide parce qu'elle ne satisfait pas (encore) certains critères.<sup>31</sup>

Nos assertions les plus communes dans la vie de tous les jours n'échappent pas, au demeurant, à cette règle. Considérons l'exemple suivant. J'ai préparé un gâteau au chocolat dont l'un de mes invités me demande s'il contient de l'arachide. Bien que la recette n'en contienne pas, je ne suis pas absolument certaine que le chocolat industriel que j'ai utilisé en soit exempt. Si je sais par ailleurs que mon invité est gravement allergique à l'arachide – et en supposant que je n'aie pas d'autre option que de répondre par « oui » ou par « non » – je dois, dans le doute, répondre par l'affirmative. Cette mise en œuvre d'un principe de précaution consiste-t-elle à énoncer une « vérité » qui diffère de la « vérité matérielle » ?

Si oui, alors, à nouveau, il n'y a rien là de spécifique au domaine judiciaire. Mais pourquoi ne pas faire un usage plus modeste de la notion de vérité : plutôt que de parler de *la* vérité comme ce qui est prononcé, affirmé, observons simplement que les décisions prises au terme d'un raisonnement probatoire ne sont en elles-mêmes ni vraies ni fausses, mais qu'elles sont fondées sur la base d'une estimation de la plausibilité des hypothèses pertinentes. Cette plausibilité correspond aux chances que ces hypothèses soient vraies, c'est-à-dire offrent des représentations exactes de la réalité. L'estimation de la plausibilité (ou de la probabilité) d'une hypothèse est donc indissociable d'une référence à la vérité. C'est en ce sens que le raisonnement probatoire est guidé par la recherche de la vérité et que les décisions subséquentes ne lui sont pas indifférentes. La proposition « mon gâteau contient de l'arachide » est soit vraie

---

<sup>30</sup> Il est certes toujours possible de revenir sur une hypothèse scientifique, mais pas toujours sur les décisions concrètes qui auront été prises sur la base de son acceptation et de sa publication.

<sup>31</sup> Cela soulève de difficiles questions relatives à la responsabilité des scientifiques dans la société : que doit-on faire, par exemple, de la « littérature grise », c'est-à-dire des données disponibles et dont on peut penser qu'elles sont robustes, mais qui n'ont pas encore été publiées ? C'est un problème qui se pose notamment aux experts du GIEC (voir S. John, « The example of the IPCC does not vindicate the Value Free Ideal : a reply to Gregor Betz », *European Journal for Philosophy of Science*, 5(1), p. 1-13, 2015). Il existe un important débat en philosophie des sciences sur le rôle des « valeurs » en science et la manière dont elles doivent ou non influencer sur les exigences de preuve : un scientifique ayant de bonnes raisons de soupçonner qu'une substance est toxique sans que cela soit tout à fait confirmé doit-il néanmoins lancer l'alerte au nom du principe de précaution ? Ne risque-t-il pas de mettre en péril la crédibilité et l'autorité de la science, en rabaissant ainsi ses exigences de preuve ? Voir notamment H. Douglas, « Inductive Risk and Values in Science », *Philosophy of Science*, 67(4), p. 559-579, 2000, et S. John, *op. cit.* Ce débat trouve un intéressant écho dans un autre débat, au sein de la *Common law*, portant sur l'interprétation du standard de preuve pour les procès criminels (« Au-delà de tout doute raisonnable ») : faut-il concevoir le seuil du doute raisonnable comme un absolu, ou comme mouvant en fonction des enjeux ? À ce sujet, voir F. Picinali, « Two Meanings of 'Reasonableness' : Dispelling the 'Floating' Reasonable Doubt », *Modern Law Review*, 76(5), p. 845-875, 2013.

soit fausse. Je ne peux qu'en estimer la plausibilité.<sup>32</sup> Quant à mon affirmation, elle doit être indexée sur la prise en compte de cette plausibilité, mais ne prétend pas être *la vérité*<sup>33</sup>, pas plus que ne le prétendent les conclusions des articles scientifiques, pourtant fondées sur une enquête visant à évaluer la vérité de différentes hypothèses. Pourquoi devrait-il en aller autrement des décisions judiciaires ?

## **B. L'argument de la stabilité juridique et de la légitimité : la vérité au second rang des buts du procès**

Une des raisons qui semblent justifier la référence à une « vérité judiciaire » réside dans l'impératif de stabilité juridique indispensable à la réalisation du véritable objectif du procès qu'est la préservation de l'ordre social.<sup>34</sup> Cet impératif impliquerait l'énonciation d'une vérité<sup>35</sup> qu'il ne soit pas possible de remettre en question. Pour assurer cette intangibilité de la vérité judiciaire<sup>36</sup>, il convient de la distinguer de la vérité matérielle ou scientifique. Cet argument repose sur une confusion entre deux sens de « vérité ».

Personne ne contesterait que la vérité au sens de représentation exacte de la réalité n'est pas – et ne doit pas être – la valeur ultime qui anime le procès. L'établissement des faits que vise le raisonnement probatoire n'est évidemment qu'un préalable à la réalisation de la justice. En ce sens, dire que la vérité n'est pas le but du procès est trivial. Mais la « vérité judiciaire » que dit le juge ne relève pas de la même catégorie, au sens où elle ne consiste pas en une conclusion factuelle mais bien juridique : les faits sur lesquels elle s'appuie et l'effet qu'elle leur attache sont de nature juridique.

---

<sup>32</sup> « Dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité, on se contente d'une simple probabilité » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 25<sup>ème</sup> éd., PUF, 1997, n°173, p. 298). Ce constat n'est pas, toutefois, spécifique à l'univers juridique – et ne doit pas conduire à renoncer à toute référence à la vérité.

<sup>33</sup> Je suggère en effet qu'il convient de renoncer à l'idée d'une vérité « absolue » qu'il s'agirait pour le philosophe de « trouver », la vérité dans toute sa « plénitude », « dépourvu[e] de qualificatif » (Ph. Théry, *op. cit.*, p. 46). Cette notion que Marie-Sophie Baud qualifie de « sibylline » (M.-S. Baud, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis*, thèse de doctorat, 2019, p. 31) n'a pas grand-chose à voir avec celle qui permet de dire qu'une proposition est vraie ou fausse. C'est très simplement et humblement en ce dernier sens, celui de la vérité comme correspondance des représentations avec la réalité, que je défends l'idée selon laquelle le juge, en ce qui concerne les questions de fait, doit s'efforcer de viser la vérité : son objectif doit être de parvenir aux représentations les moins erronées possibles.

<sup>34</sup> « Le but du procès n'est pas plus la découverte de la vérité que le but de la guerre n'est le triomphe du droit. On fait la guerre pour imposer la paix, on fait un procès pour aboutir à la chose jugée » (Ch. Rousseau, Note, *Jurisprudence française en matière de droit international public*, 1937). Voir aussi Ph. Théry, *op. cit.*, p. 48 : « Reste l'autorité de la chose jugée : n'est-elle pas le signe que, pour le droit, la sécurité l'emporte sur la vérité ? »

<sup>35</sup> « En cas de doute, le juge doit trancher. Il doit dire une vérité. » (M. Mekki, *op. cit.*, p. 815).

<sup>36</sup> C'est le sens même de l'interprétation de l'autorité de chose jugée comme une présomption de vérité, selon l'adage latin *res iudicata pro veritate habetur*. Notons que, depuis 2016, le code civil ne définit plus l'autorité de chose jugée comme une présomption légale.

Cette observation semblera peut-être, à son tour, triviale ; toutefois, si l'on admet ainsi que la « vérité judiciaire » n'a de commun avec la vérité « matérielle » que le nom, les comparer n'a plus aucun sens, et rien n'autorise la disqualification de la dernière au nom de la première, seule vérité ayant droit de cité au tribunal. De l'argument modeste de la vérité judiciaire comme « vérité de second rang » est ainsi parfois dérivée – par un raccourci fondé sur la confusion conceptuelle dénoncée ci-dessus – une conclusion des plus immodestes, selon laquelle le juge est créateur de vérité, au sens où la vérité est ce que dit le juge (c'est l'étymologie même de « verdict »)<sup>37</sup>. De là à conclure qu'aucune contrainte épistémologique<sup>38</sup> ne doit peser sur le juge, il n'y a qu'un pas.

Sans même aller jusque-là, les arguments reposant sur l'idée que la recherche de la vérité (matérielle) n'est au mieux qu'une valeur parmi d'autres qui animent le procès<sup>39</sup> impliquent qu'une décision prise sur la base d'une erreur factuelle peut néanmoins être juste. Cette conclusion me semble inacceptable. Il en va de la sécurité juridique et de la légitimité des décisions de justice qu'elles soient fondées sur le meilleur effort probatoire.<sup>40</sup> C'est cette conviction qui fonde la démarche épistémologique que je propose.

---

<sup>37</sup> Ainsi Michel van de Kerchove observe-t-il « qu'aucun [des] jugements [exprimés par une décision judiciaire], même ceux qui consistent dans l'établissement de la réalité matérielle des faits, ne possède une nature purement constatative, dans la mesure où [...] l'autorité dite de la chose jugée [...] lui confère une nature partiellement « normative » ou « performative » d'où il résulte qu'un tel jugement ne se contente pas de rendre compte d'une réalité préexistante, mais a partiellement pour effet que « la réalité se trouve immédiatement transformée par l'énonciation elle-même ». » (M. van de Kerchove, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, 24(1), p. 84-101, 2000, p. 96).

<sup>38</sup> C'est-à-dire une contrainte liée à la recherche de la vérité (par contraste avec d'autres impératifs).

<sup>39</sup> Ph. Théry, *op. cit.*, p. 48.

<sup>40</sup> Pour des arguments détaillés au soutien de cette thèse, voir J. Ferrer Beltrán, « La prueba es libertad, pero no tanto : una teoría de la prueba quasi-benthamiana », *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX (18), p. 150-169, 2017. Cette perspective épistémologique se démarque de celles qui, dans le sillage de l'approche sociologique de H. Levy Bruhl selon qui « prouver, c'est faire approuver » (*La preuve judiciaire, op. cit.*, p. 24), considèrent que l'objectif premier des règles de preuve est la légitimation et que la preuve est avant tout sanctionnée par l'acceptabilité des décisions (X. Lagarde, *op. cit.*).

# Chapitre 2

## Le principe de liberté de la preuve

En ce qui concerne les questions probatoires, le droit français se caractérise dans son ensemble par le principe de liberté de la preuve. Cela signifie que, sauf dispositions spécifiques pour certains objets de preuve, la force probante des différents types ou modes<sup>41</sup> de preuve n'est pas fixée par la loi, mais laissée à la libre appréciation du juge. Après avoir précisé la signification de ce principe, ainsi que son étendue et son champ d'application en droit français (I), j'examinerai son lien avec la règle de l'intime conviction du juge (II) et écarterai une interprétation subjectiviste de la liberté de la preuve, au profit d'une conception rationaliste selon laquelle cette liberté oblige le juge (III).

### I. La preuve libre : quoi, quand, où, comment et pourquoi ?

#### A. Définition du principe (quoi)

##### 1. Preuve libre et preuve légale

La liberté de la preuve – ou preuve libre – se définit d'abord par le rejet de la preuve légale, c'est-à-dire de la réglementation par la loi du type d'éléments (écrits, témoignages, aveux, serments) susceptibles de valoir comme preuves pour établir tel ou tel type de faits, ainsi que de leur force probante. Ainsi par exemple la « théorie des preuves légales » élaborée au Moyen-Âge et au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>42</sup> consistait-elle en un système hiérarchisé des preuves affirmant en particulier la supériorité du témoignage sur l'écrit (« témoins passent lettres ») et distinguant les preuves « pleines » (comme l'aveu ou les dépositions semblables émanant d'au moins deux témoins), des preuves « semi-pleines » ou « imparfaites » (comme les témoignages uniques ou la renommée) – ces différentes preuves pouvant se combiner selon une arithmétique bien définie, notoirement moquée par Voltaire.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Voir ci-dessous, chap. 3, pour une mise au point sur les notions de mode et de type de preuves.

<sup>42</sup> Voir J.-P. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> s.*, Paris, Sirey, 1939, J. Gilissen, « La preuve en Europe du XVI<sup>e</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle », *Recueil de la Société Jean Bodin*, tome XVII, *La Preuve*, 2<sup>e</sup> partie, J.-L. Halperin, *op. cit.* Pour davantage de références, voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, p. 52-53, §53.

<sup>43</sup> Voltaire, « Essai sur les probabilités en fait de justice » et « La méprise d'Arras », *Œuvres complètes de Voltaire*, tome 5, Paris, Furne, 1836.

## 2. La libre appréciation des preuves par le juge

Par contraste, dans un régime de preuve libre, aucune disposition légale n'impose au juge d'accorder une valeur préétablie à différents modes de preuve ; qui plus est, aucun mode de preuve n'est *a priori* exclu – tous les modes de preuves sont en principe *admissibles*. Il reviendra ensuite au juge de déterminer si les éléments produits sont *probants*, et à quel point.

L'admissibilité d'un mode de preuve – ou plus exactement, devrait-on dire, d'un élément d'un certain mode – est sa « vocation à être pris en considération comme élément de preuve »<sup>44</sup>, à valoir comme preuve. En somme, le défaut d'admissibilité peut être défini comme une force probante nulle.

La force probante est définie comme la « valeur d'un mode de preuve comme élément de conviction », la « foi qu'il faut lui attacher »<sup>45</sup>. Dans un régime de preuve libre, le juge apprécie librement la force probante des différents éléments qui lui sont soumis.

Précisons un point important. Affirmer que « la preuve peut être rapportée par tout moyen »<sup>46</sup> ne signifie aucunement que tout soit permis pour recueillir une preuve, mais bien que tout moyen de preuve, pourvu qu'il soit recueilli et produit « conformément à la loi »<sup>47</sup> est *susceptible* d'être pris en compte par le juge. Ainsi, la liberté de la preuve ne dit rien de la recevabilité d'une preuve au regard des modalités de son acquisition ni de la régularité de sa production. C'est la liberté du juge dans l'appréciation des éléments qui lui sont soumis, et non celle des parties (ou du juge) dans leur recueil et leur production – dont les modalités, qui relèvent de ce que l'on appelle « l'administration de la preuve »<sup>48</sup>, sont précisément encadrées

---

<sup>44</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020, p. 36, notice « Admissibilité ».

<sup>45</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 468, notice « Force ». On parle indifféremment de « force probante » ou de « valeur probante ». Le chapitre 4 consacrera à un examen approfondi à cette notion.

<sup>46</sup> C. civ., art. 1358. Alors que la formulation du principe de liberté de la preuve au pénal évoque la liberté d'appréciation du juge par la mention de son intime conviction (« Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. », CPP, art. 427), l'équivalent au civil ne fait pas mention du juge, que l'on retrouve néanmoins dans d'autres dispositions (par exemple, « La valeur probante des déclarations faites par un tiers dans les conditions du code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge. », C. civ., art. 1381).

<sup>47</sup> CPC, art. 9.

<sup>48</sup> À strictement parler, il faudrait distinguer l'« administration de la preuve » qui concerne « la manière dont les éléments de preuve sont introduits dans le débat judiciaire, au cours de l'instance, pour être soumis à l'appréciation du juge » (C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, 34<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, coll. Précis, p. 472, §601), du processus préalable de recueil ou d'obtention de ces éléments. Voir A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ 2010, §2. Toutefois, comme le notent les auteurs du Précis (*ibid.*), « la distinction est obscurcie [en pratique] par le fait que certains procédés [comme les mesures d'instruction] tendent à la fois à obtenir l'élément de preuve et à l'introduire dans le débat. » En outre, les exigences de licéité de la preuve se situent « à la frontière entre [...] l'administration judiciaire de la preuve [...] et [...] le mode d'obtention » (*ibid.*). Voir aussi E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 268, n°261, qui appellent « constitution du dossier probatoire » les « opérations qui consistent à collecter les preuves et à les trier, pour ne retenir que celles qui sont susceptibles d'être prises en

par la loi.<sup>49</sup> Corrélativement, la sanction du défaut d’admissibilité (quand cette dernière est réglementée), est substantielle et non procédurale : la preuve peut être produite et examinée (elle n’est ni irrecevable ni ne frappe la procédure de nullité), mais le juge doit conclure que la preuve n’est pas rapportée.

### 3. Traduction pratique : l’absence de contrôle en cassation

Puisqu’il implique qu’aucune règle de droit n’encadre l’appréciation des preuves, la traduction concrète du principe de liberté de la preuve est l’absence de contrôle de la Cour de cassation, juge du droit, sur cette appréciation. Mais la liberté de la preuve oblige aussi le juge. L’admissibilité *a priori* de tout mode de preuve (le fait que la preuve peut être rapportée par tout moyen) s’impose ici au juge : si ce dernier est libre de considérer comme nulle la force probante d’un élément qui lui est soumis, il doit néanmoins le prendre en considération – sauf à le déclarer irrecevable pour une autre raison, par exemple son illicéité. Ainsi la Chambre sociale invoque-t-elle la liberté de la preuve pour casser la décision d’un juge ayant écarté des attestations sans motif valable.<sup>50</sup> Les eût-il considérées et jugées peu convaincantes ou crédibles, la Cour n’aurait rien eu à redire ; mais la liberté de la preuve l’oblige à les prendre en compte. Précisons maintenant l’étendue de ce principe en droit français.

## B. Quand et où ?

### 1. Au pénal

En France, la preuve libre s’est imposée dans le procès pénal au moment de la Révolution, supplantant le système des preuves légales hérité de l’ancien droit – lui-même ayant constitué une rupture avec la preuve « surnaturelle » reposant sur l’emploi des ordalies.<sup>51</sup> Sous l’influence notamment de la pensée de Beccaria<sup>52</sup>, l’Assemblée constituante instaure en 1791 le jury criminel, reposant sur une procédure accusatoire et le retrait complet de l’écrit, et remplaçant l’arithmétique des preuves légales par l’appel à l’intime conviction des jurés.<sup>53</sup> Le Code

---

compte par le juge ». Notons toutefois que le choix par ces auteurs de présenter le principe de liberté de la preuve comme gouvernant la réunion des preuves (*op. cit.*, p. 272s, n°264s) a pour inconvénient de suggérer une interprétation erronée du principe de liberté de la preuve comme portant sur les modalités de recueil et d’obtention des éléments, qui sont précisément réglementées.

<sup>49</sup> La liberté de la preuve ne concerne pas non plus l’attribution de la charge de la preuve, question à laquelle sont consacrées quelques articles fondamentaux et des dispositions éparses dans les codes et la jurisprudence (voir chapitre suivant), et dont les principes s’imposent au juge.

<sup>50</sup> Cass. Soc., 23 oct. 2013, 12-22.342, Bull. 2013, V, n°245.

<sup>51</sup> Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 43s, §45s pour une riche bibliographie sur l’histoire du droit de la preuve.

<sup>52</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764.

<sup>53</sup> Décret des 16-29 septembre 1791. Voir C. Tournier, *L’intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 ; J.-L. Halpérin, *op. cit.*

d'instruction criminelle de 1808 confirme le rejet du système de preuve légale dans une formule (article 342) qui sera reprise pratiquement mot pour mot par le Code de procédure pénale de 1958 à propos de la lecture des questions aux jurés et juges de la cour d'assises (article 353)<sup>54</sup>, selon laquelle « la loi ne [leur ]demande pas compte [...] des moyens par lesquels ils se sont convaincus [ni ne leur] prescrit [...] de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve », mais elle leur demande de « s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. »

La liberté de la preuve s'applique aussi au tribunal correctionnel (CPP, art. 427), où aucun des modes de preuve auxquels le code civil accorde une force probante particulière ne bénéficie d'un tel régime. Ainsi, « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement<sup>55</sup>, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements » (CPP, art. 430) et « l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges » (CPP, art. 428) ; il n'existe pas, en droit français, d'équivalent du « plaider coupable ».

## 2. Au civil

Par contraste avec la matière pénale, le Code civil de 1804 comporte un certain nombre de dispositions relatives à des preuves légales, qui, si elles se sont assouplies et ont vu la jurisprudence en multiplier les exceptions, se retrouvent partiellement aujourd'hui dans le régime de la preuve des obligations (C. civ., art. 1353 à 1386). C'est la raison pour laquelle on parle souvent à propos de la matière civile d'un régime de preuve « mixte », dans lequel la preuve est libre quand il s'agit d'établir des « faits juridiques », mais soumise à des règles légales pour les « actes juridiques ». Que recouvre cette distinction ?

**Faits et actes juridiques.** Un *acte juridique* est une « opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc.). »<sup>56</sup> Typiquement, un contrat de vente, un arrêté municipal, sont des actes juridiques. Par contraste, un *fait juridique*<sup>57</sup> est un

---

<sup>54</sup> Jusqu'en 1941, la cour d'assises était composée de 12 jurés populaires. C'est en 1941 qu'est mis en place un jury mixte. Voir F. Saint-Pierre, *Au nom du peuple français. Jury populaire ou juges professionnels ?*, Odile Jacob, 2013.

<sup>55</sup> C'est notamment le cas pour certaines contraventions (CPP, art. 537).

<sup>56</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, notice « Acte », p. 19.

<sup>57</sup> Voir ci-dessous, chap. 4, pour une mise au point sur la notion de fait juridique et l'inadéquation de l'expression « preuve des faits juridiques ».

fait « quelconque (agissement intentionnel ou non de l'homme, événement social, phénomène de la nature, fait matériel) auquel la loi attache une conséquence juridique (acquisition d'un droit, création d'une obligation, etc.) qui n'a pas été nécessairement recherchée par l'auteur du fait »<sup>58</sup> Typiquement, un comportement fautif, s'il entraîne un préjudice, emporte des conséquences juridiques (comme le devoir de réparation) qui ne sont en général pas le but recherché par l'adoption de ce comportement.

**Les modes de preuve légale.** L'application d'un régime de preuve légale aux actes juridiques s'explique assez aisément par le fait que, dans la mesure où ils consistent en la manifestation d'une volonté de produire un effet juridique, la preuve en est le plus souvent préconstituée par un écrit<sup>59</sup> – ce qui n'est pas le cas des faits juridiques, pour des raisons évidentes. En résulte une série de dispositions relatives à l'admissibilité de différents modes de preuve et à leur force probante relative (C. civ., 1358 à 1386-1). L'idée directrice en est la primauté de l'écrit sur l'oral<sup>60</sup>. Certains modes de preuve, comme l'aveu judiciaire (C. civ., art. 1383-2) et le serment décisoire (C. civ., 1385 à 1385-4) ne peuvent pas être combattus (ce sont les héritiers des « preuves parfaites » de l'ancien droit), quand d'autres font foi jusqu'à inscription en faux, par exemple certaines mentions d'actes authentiques (C. civ. 1371), et d'autres enfin, héritiers des « demi-preuves », valent jusqu'à preuve du contraire (laquelle, dans certains cas, doit être apportée par écrit quand pour d'autres elle peut être apportée par tout moyen).

Signalons enfin que la force probante que la loi attache à ces modes de preuve lie aussi le juge civil dans les cas où la preuve peut être apportée par tout moyen. Autrement dit, si seules les preuves susceptibles de valoir pour les actes juridiques sont soumises à un régime d'*admissibilité* restreinte, la *force probante* fixée par la loi s'impose dans tous les cas au civil (mais pas au pénal, comme mentionné précédemment).

**La consécration du principe de liberté de la preuve au civil.** Les dispositions sur la preuve des obligations ont longtemps été considérées par la doctrine comme l'expression du régime général de la preuve en matière civile, régime dans lequel la liberté de la preuve faisait figure d'exception. Dès 1955, Raymond Legeais dénonçait cette erreur d'appréciation, au regard du

---

<sup>58</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, notice « Fait », p. 444-445. Voir aussi C. civ., art. 1100-2, al. 1 : « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. »

<sup>59</sup> Voir Ph. Théry, *op. cit.*, p. 43-44. L'expression de « preuve préconstituée » trouve son origine chez J. Bentham, *The Rationale of Judicial Evidence, op. cit.*

<sup>60</sup> « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. » (C. civ., art. 1359, al. 1). Cette prééminence de l'écrit sur l'oral (« lettres passent témoins ») remonte à l'ordonnance de Moulins passée par Charles IX en 1566, qui inversa la hiérarchie des preuves en place.

fait que l'établissement de l'ensemble des faits juridiques échappe à ce régime : « pour avoir porté leur attention presque exclusivement sur les aspects de légalité du droit de la preuve, les civilistes ont négligé d'analyser la signification véritable de la liberté en matière de preuve. Cette carence [...] ne se justifie plus à une époque où la catégorie des litiges soumis à la liberté s'est singulièrement gonflée, où l'on peut faire de cette liberté, le principe »<sup>61</sup>.

Si l'opinion s'est aujourd'hui imposée selon laquelle la preuve en matière civile est dominée par le principe de liberté<sup>62</sup>, les dispositions de preuve légale faisant figure d'exception plutôt que de règle, il faut souligner que le point de vue qui a longtemps dominé était encouragé par l'organisation même des dispositions relatives à la preuve dans le Code civil. Cette dernière est restée pratiquement inchangée jusqu'à la refonte de la partie consacrée au droit des obligations qui a suivi la réforme de 2016.<sup>63</sup> En effet, la liberté de la preuve n'y était présentée qu'implicitement, à l'article 1348, comme une exception aux règles imposant l'écrit (et excluant le témoignage) comme mode de preuve privilégié pour les actes juridiques excédant un certain montant (et à l'exclusion des actes entre commerçants)<sup>64</sup>. Ainsi, l'article 1348 disposait que les règles préalablement énoncées (et qui comportaient déjà une série d'exceptions à la disposition générale de l'article 1341) « reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure. » Cela n'est rien d'autre que l'énoncé du principe de liberté de la preuve pour les faits juridiques, mais ce n'est qu'en 2016 que celui-ci a reçu une formulation positive et une place suggérant qu'il s'impose désormais comme le principe général.

Suite à la réforme de 2016, le chapitre sur l'admissibilité des modes de preuve (qui est désormais distinct de celui consacré à la définition et au régime de chaque mode de preuve) s'ouvre en effet sur le nouvel article 1358, selon lequel « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen. » Corrélativement, la mention positive de l'appréciation du juge a été ajoutée dans plusieurs dispositions, en particulier l'article 1381

---

<sup>61</sup> R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, LGDJ, 1955, p. 133.

<sup>62</sup> E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 272, §265.

<sup>63</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations.

<sup>64</sup> C. civ., art. 1341 : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

qui (sans équivalent dans l'ancienne rédaction du code) consacre le témoignage comme mode de preuve<sup>65</sup> : « La valeur probante des déclarations faites par un tiers dans les conditions du code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge. »<sup>66</sup>

Si ces modifications marquent clairement la reconnaissance du principe de liberté de la preuve en matière civile en le mettant en exergue, elles ne font que souligner et aggraver l'ambiguïté de la notion même de mode de preuve, sur laquelle je reviendrai au prochain chapitre. Au préalable, examinons les implications d'un tel régime mixte pour le raisonnement probatoire des juges.

### 3. Conséquences épistémologiques d'un régime mixte

Quelles sont les conséquences d'un tel régime mixte pour le raisonnement probatoire des juges ? Une première ligne de réponse consiste à examiner la possibilité de fournir une justification épistémologique aux règles de preuve légale – c'est-à-dire de montrer qu'elles facilitent plutôt qu'elles n'entravent la recherche de la vérité. On a vu que le régime actuel reposait sur la primauté offerte à l'écrit sur l'oral. S'il est clair que les causes historiques qui ont conduit à l'Ordonnance de Moulins méritent un examen approfondi, il fait peu de doute que plusieurs arguments épistémologiques peuvent venir au soutien de cette primauté de l'écrit. C'est dans cet esprit que Jean-François Cesaro, dans son Avant-propos au *Rapport de la Cour de cassation* sur la preuve, mentionne cette déclaration de Jaubert lors des travaux préparatoires : « Des hommes d'une égale bonne foi ne racontent-ils pas souvent d'une manière différente ce qu'ils ont vu, ce qu'ils ont entendu ? [...] Si nous n'avions que la tradition orale, que deviendraient la plupart de nos conventions lorsque les années en auraient altéré les traces ? Que d'erreurs, que d'incertitudes, que de procès, enfin que de sujets de triomphes pour l'injustice ! »<sup>67</sup>

On peut en outre s'interroger sur ce que le régime des preuves légales *prescrit* au juge en termes de processus intellectuel. Sur ce point, il semble raisonnable de considérer que les tempéraments à la liberté de la preuve qu'impose le régime de la preuve des obligations n'entrave pas véritablement la libre appréciation des preuves par le juge, pour au moins deux raisons. En premier lieu, on peut interpréter les règles de preuve légale comme imposant aux

---

<sup>65</sup> Dans l'ancienne rédaction, les articles consacrés à la « preuve testimoniale » (1341 à 1348) étaient pour la plupart restrictifs et ne disposaient la possibilité de recourir à de telles preuves que comme des exceptions.

<sup>66</sup> L'appréciation du juge apparaît désormais aussi aux articles 1379 sur les copies (l'appréciation de leur fiabilité étant laissée au juge), 1382 sur les présomptions judiciaires, 1383-1 sur l'aveu extrajudiciaire et 1386 sur le serment déféré d'office.

<sup>67</sup> Ces propos sont cités par par Locré, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XII, Treuttel, 1828, p. 526, lui-même cité dans J.-F. Cesaro, *op. cit.*, p. 89.

parties une discipline davantage qu'elle ne bride la liberté du juge, soit en évitant tout bonnement le procès<sup>68</sup>, soit en faisant en sorte que la question de la preuve *ne se pose pas*. En ce sens, elle épargnerait un examen probatoire au juge davantage qu'elle ne lui imposerait un cheminement intellectuel.<sup>69</sup> Une autre interprétation, qui relève de considérations philosophiques sur la nature même des actes juridiques – lesquelles dépassent largement les limites de ce travail – reviendraient à dire que les actes juridiques ne font pas l'objet de preuve au même titre que les autres faits.<sup>70</sup> Quelle que soit l'interprétation qu'on privilégie, on peut raisonnablement considérer que, pour *les cas où il existe un risque d'erreur factuelle*, le juge est libre.

### **C. Comment ? Comparaison avec la liberté de la preuve en *Common law***

Quand on parle de preuve libre, on cite souvent les systèmes de *Common law* comme en fournissant le meilleur exemple<sup>71</sup> – par contraste avec les systèmes de droit continental encore imprégnés de l'héritage des preuves légales qui ont longtemps dominé. Outre que cela est aujourd'hui assez infondé, au regard de ce qui vient d'être dit, quelques précisions s'imposent sur le sens exact du principe de liberté de la preuve et sur sa mise en œuvre pratique en *Common law*, par contraste avec le droit continental.

#### **1. Un contrôle de l'admissibilité**

On a vu que, en droit français, le principe de liberté de la preuve impliquait le double rejet de règles d'admissibilité des preuves et d'une mesure imposée de leur force probante. Ce n'est pas le cas en *Common law* : si leur force probante est laissée à la libre appréciation du jury, l'admissibilité des preuves ne l'est pas. En effet, le jury de *Common law* est libre d'apprécier les preuves qui lui sont présentées – et cela sans contraintes imposées par des règles de preuve légale comme il en existe dans nos systèmes –, mais il existe un mécanisme d'exclusion des preuves en amont de leur présentation au jury. Pour bien comprendre ce que cela signifie, tant

---

<sup>68</sup> Sur la fonction préventive des preuves préconstituées, voir Ph. Théry, *op. cit.*, p. 43-44. Ce dernier cite Jean Chevallier, selon qui la preuve légale « a pour but, et pour résultat, lorsque les parties s'y soumettent, moins d'entraver la liberté du juge que d'éviter le procès, de conférer aux parties une plus grande sécurité et de bannir l'aléa et l'incertitude des preuves judiciaires *a posteriori* » (J. Chevallier, *La charge de la preuve*, Cours de droit civil approfondi, Les Cours de droit, 1958-1959, p. 32).

<sup>69</sup> En outre, l'article 1368 C. civ. réintroduit la liberté de la preuve pour les actes juridiques en cas de conflit de preuve : « A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable. »

<sup>70</sup> À propos de l'idée selon laquelle les actes juridiques relèvent de la catégorie des faits, voir F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2012, n°569 : « les éléments de fait sont constitués par les faits, les actes et les situations juridiques ». Voir aussi E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 160, §164.

<sup>71</sup> Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 70, §72.

en principe qu'en pratique, il convient de dire quelques mots d'une différence procédurale majeure entre les systèmes de *Common law* et de droit continental.

## 2. La nature duale du tribunal de *Common law*

Comme le montre Mirjan Damaška, une caractéristique fondamentale des procès de *Common law* est ce qu'il appelle la nature duale du tribunal<sup>72</sup>. En effet, contrairement aux tribunaux « unitaires » français (jury mixte en cour d'assises, magistrats professionnels en correctionnelle et au civil), le « tribunal archétypique »<sup>73</sup> de *Common law* est composé d'un juge d'une part et de jurés d'autre part, auxquels ne reviennent pas les mêmes tâches en ce qui concerne l'examen des preuves. Cette dualité fait naître un « besoin de coordination et d'ajustement »<sup>74</sup> qui, selon Damaška, est au moins aussi utile pour éclairer les règles gouvernant la preuve que la seule considération de l'existence d'un jury populaire.<sup>75</sup> Concrètement, il revient au juge d'évaluer l'admissibilité des preuves ; celles qui ne satisfont pas un certain nombre de critères seront écartées et ne seront pas présentées au jury. Ce dernier délibère ensuite seul – en l'absence de juges professionnels (contrairement à ce qui est le cas en cour d'assises en France) — et a le dernier mot : le juge n'a pas le pouvoir d'inviter les jurés à reconsidérer leur verdict.

## 3. Règles d'exclusion « extrinsèques » et « intrinsèques »

Or, et c'est là un point majeur, les règles d'exclusion sont de deux sortes, « extrinsèques » et « intrinsèques »<sup>76</sup>. Les premières, qui consistent à « rejeter les informations probantes pour préserver des valeurs sans lien avec la recherche de la vérité »<sup>77</sup> – par exemple la loyauté, ou la défense de certaines libertés fondamentales comme l'intégrité physique des personnes ou la vie privée, à laquelle pourraient contrevenir les modalités d'obtention des preuves ou leur production au tribunal – ne sont pas l'apanage exclusif des systèmes de *Common law*. Ainsi les preuves obtenues de manière illicite sont-elles en général exclues des débats dans les pays de droit continental. Ces règles, chez nous, sont procédurales, la sanction correspondante étant l'irrecevabilité ou la nullité, et leur fondement est extra-épistémique, au sens où il n'a rien à

---

<sup>72</sup> M. Damaška, *op. cit.*, p. 26.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 26s.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>75</sup> Selon James Bradley Thayer, le droit de la preuve de *Common law* est « l'enfant du système de jury » (J.B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence*, 1898).

<sup>76</sup> M. Damaška, *op. cit.*, p. 12-17.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 12

voir avec la valeur probante de l'élément, mais à un conflit avec d'autres valeurs, comme la loyauté, le respect de la vie privée, etc.<sup>78</sup>

Par contraste, les règles d'exclusion intrinsèques propres aux systèmes de *Common law* conduisent à « rejeter des informations probantes sous l'hypothèse que leur élimination contribuera à augmenter la précision du processus d'établissement des faits »<sup>79</sup>. Ainsi en va-t-il par exemple de la règle consistant à écarter les témoignages par ouï-dire (*hearsay*) ou les preuves concernant la personnalité de l'accusé (*character evidence*) ; la justification de leur exclusion se trouve dans la crainte que ces éléments « se voient accorder plus de poids qu'ils n'en méritent ou engendrent un biais injuste envers un plaideur »<sup>80</sup>. Mais la règle d'exclusion intrinsèque par excellence (la première, en fait) est la règle de la pertinence (*relevance*), qui impose au juge de ne présenter au jury que les éléments présentant un « potentiel cognitif suffisant »<sup>81</sup>.

#### 4. La pertinence (*relevance*)

Comme j'y insisterai dans les deux prochains chapitres, cette notion de pertinence, centrale dans l'analyse juridique des preuves dans la tradition anglo-saxonne, est absente de la pensée juridique française – elle doit être bien distinguée de la notion française de pertinence juridique, qui correspond davantage au concept de *materiality*<sup>82</sup>. La notion de pertinence de *Common law* est directement empruntée à l'épistémologie : une proposition factuelle est pertinente pour une autre proposition factuelle si elle en augmente la plausibilité. Ainsi semble-t-il pertinent de s'enquérir de la présence d'un individu à proximité des lieux d'un crime supposé pour évaluer la plausibilité de l'hypothèse qu'il en soit l'auteur. En revanche, le temps qu'il fait aujourd'hui à Londres semble peu pertinent pour évaluer l'hypothèse selon laquelle O.J. Simpson a intentionnellement causé la mort de son épouse. En somme, la pertinence d'une proposition vis-à-vis d'une autre n'est rien d'autre que sa propension à valoir comme *evidence* pour cette dernière. Or, comme on l'a vu au chapitre 1, l'évaluation de la pertinence ainsi comprise est toujours sous-tendue par des généralisations empiriques implicites – plus ou moins conscientes – et dépend donc inévitablement du sujet qui la produit. En conséquence, l'application de la

---

<sup>78</sup> M. Damaška (*op. cit.*, p. 13-14) note qu'il parfois existe de bonnes raisons épistémologiques d'adopter ces règles d'exclusion fondées sur des raisons non épistémiques (par exemple en raison du manque de fiabilité des preuves obtenues sous la contrainte, voire la torture).

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 56. Voir P. Roberts et A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2<sup>nd</sup> ed., 2010, Oxford University Press, p. 99s.

<sup>82</sup> Voir Damaška, *op. cit.*, p. 55 ; P. Roberts et A. Zuckermann, *op. cit.*, p. 108.

règle de la pertinence est laissée à la libre appréciation du juge, et fait l'objet d'argumentations de la part des avocats.

Pour l'heure, retenons la chose suivante : le juge est en charge d'écarter certaines preuves *pour des raisons épistémiques* – c'est-à-dire des raisons qui ont à voir avec le rôle qu'elles sont susceptibles de jouer dans le raisonnement probatoire des jurés. On comprend que ce type de règles d'exclusion n'a de sens que dans un système où l'examen des preuves est confié à deux entités distinctes.<sup>83</sup> Que l'on considère ou non la présence de ces règles d'exclusion intrinsèques comme un tempérament à la liberté de la preuve, force est de constater que la *Common law* fait une place beaucoup plus importante à la complexité des opérations constituant le raisonnement sur les faits – au point d'en faire l'objet d'une division du travail entre plusieurs instances. Les règles d'exclusion ont notamment fait l'objet de vives critiques de la part de Jeremy Bentham, ardent défenseur de la liberté de la preuve au nom de la recherche de la vérité.

## **D. Pourquoi ? Fondements épistémologiques du principe de liberté de la preuve**

On peut envisager de donner des justifications du principe de liberté de la preuve de différents ordres – il fait peu de doute que l'instauration d'un jury populaire par la Constituante en 1791 était motivée par des raisons politiques tout autant qu'épistémologiques. C'est sur ce dernier type de raisons que je souhaite m'arrêter brièvement ici, non seulement parce que ce sont elles qui intéressent les questions traitées dans ce travail, mais aussi parce qu'elles sont essentielles à la bonne compréhension du principe et à l'évaluation de sa mise en œuvre.

### **1. Preuve libre et recherche de la vérité**

L'idée même de justification épistémologique présuppose la reconnaissance du fait que la motivation principale du raisonnement probatoire du juge est la recherche de la vérité – et que le but en est d'établir les faits de la manière la plus exacte, ou fidèle à la réalité. Sur cette base, la justification du principe de liberté de la preuve réside pour l'essentiel dans la double idée selon laquelle d'une part la raison humaine est le meilleur guide pour la recherche de la vérité et d'autre part toute information factuelle est susceptible d'intéresser cette recherche.

Avant de retrouver cette idée dans l'analyse de la notion d'intime conviction, écartons une interprétation simpliste et téléologique de l'histoire du droit de la preuve, selon laquelle celui-

---

<sup>83</sup> Il existe, dans notre droit, des règles prescrivant au juge d'ignorer des preuves dont il a connaissance – au motif par exemple de leur atteinte à la vie privée. Le cas des règles d'exclusion intrinsèques est différent, dans la mesure où les raisons pour lesquelles on veut empêcher les jurés de les prendre en compte est liée à leur valeur probante. De ce point de vue, il semble tout à fait absurde (soit redondant, soit contradictoire) de demander à un seul et même individu d'évaluer la pertinence d'un élément de preuve et, sur cette base, de le juger non pertinent.

ci, passé du système des ordalies (preuves « irrationnelle ») à celui des preuves légales a trouvé le parachèvement de la rationalité dans la recherche de la vérité avec le régime de preuve libre.

## 2. Preuve légale et recherche de la vérité

En premier lieu, comme le souligne Jean-Louis Halperin, la théorie des preuves légales élaborée par les juristes était elle-même destinée à « établir un droit rationnel de la preuve, en évitant l'arbitraire du juge par le respect de principes directeurs, notamment en matière pénale : la nécessité pour parvenir à la condamnation d'une preuve complète résultant de l'aveu (complété d'indices, car l'on savait que des personnes pouvaient s'accuser faussement) ou de deux témoignages semblables (« *testis unus, testis nullus* ») ». <sup>84</sup> Ici, la recherche de la vérité était censée être assurée par la mise en œuvre de règles objectives, considérées comme le plus sûr chemin. Cette conception ne consiste pas tant en un rejet de la vérité comme but de l'enquête que de la capacité du juge à exercer sa rationalité. Autrement dit, il s'agissait bien de mettre en œuvre une forme de rationalité en vue d'atteindre la vérité, mais cette rationalité devait s'incarner dans un système de règles plutôt que dans les processus cognitifs d'un homme. C'est l'idée même de raisonnement probatoire qui est ici écartée, non pas celle de rationalité. La véritable nouveauté de la preuve libre est de replacer la rationalité « dans la tête » du juge. C'est donc une différence de conception de la raison humaine plus que du but du droit de la preuve.

## 3. Preuves « irrationnelles » et recherche de la vérité

De même, il me semble erroné d'affirmer que le système des ordalies est tout à fait décorrélé de la recherche de la vérité. Certes, la méthode nous semble mauvaise – sans parler de son caractère moralement inacceptable – mais il semble en cohérence avec la pensée religieuse que de confier la question de la preuve à l'intervention divine : qui mieux que Dieu connaît l'identité du coupable ? En somme, s'il est certain que les présupposés nous en sont inacceptables, il semble assez raisonnable pour qui croit en la toute-puissance divine de se fier aux ordalies *comme moyen de trouver la vérité*. Ici encore, ces considérations ne reviennent aucunement à nier qu'il existât d'autres motivations à l'emploi des ordalies – sur lesquelles sans doute repose sa meilleure explication historique.

On pourrait ainsi décrire les trois étapes dégagées par Jean-Philippe Lévy <sup>85</sup> comme correspondant à trois manières de situer le siège de la rationalité : Dieu, des règles objectives énoncées par des savants, l'homme libre et impartial (le sujet rationnel). Reste que c'est

---

<sup>84</sup> J.-L. Halperin, *op. cit.*, p. 24.

<sup>85</sup> J.-P. Lévy, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits*, n°23, 1996, p. 3-11.

seulement dans ce troisième cadre, celui de la liberté de la preuve, que peut s'exercer le raisonnement probatoire. En droit français, cette référence à la raison de l'homme libre et impartial est incarnée par la notion d'intime conviction.

## II. L'intime conviction

Si la notion d'intime conviction incarne le pouvoir souverain du juge en matière de preuve, elle n'est nulle part définie et reste difficile à cerner, tant dans son champ d'application (concerne-t-elle aussi le juge civil ?), que dans sa nature (à quel état mental du juge cette notion fait-elle référence ?) ou encore dans son objet (de quoi s'agit-il pour le juge d'être convaincu ?). En conséquence, il est très difficile d'en dégager une quelconque définition opérationnelle pour le raisonnement probatoire du juge ; pour l'éclairer, une comparaison avec les « standards de preuve » en *Common law* est utile.

### A. Étendue du principe

En premier lieu, la notion d'intime conviction est généralement associée au domaine pénal : elle ne figure explicitement que dans le Code de procédure pénale, à l'article 427, qui énonce le principe de liberté de la preuve au tribunal correctionnel, ainsi que dans les articles 304 et 353, respectivement consacrés au serment des jurés et à la lecture des instructions à l'adresse des jurés par le président de la cour d'assises (laquelle énonce également le principe de liberté de la preuve). Le code civil n'en fait pas mention quand il évoque la libre appréciation du juge.<sup>86</sup> Cela peut s'expliquer tant par l'origine historique de la notion d'intime conviction – liée à l'instauration du jury criminel – que par la solennité et la gravité attachée au contexte répressif.<sup>87</sup> Toutefois, malgré ce ton particulier que la notion d'intime conviction donne aux dispositions relatives à la preuve pénale, il n'est pas clair que sa traduction concrète en ce qui concerne la tâche probatoire du juge (si tant est qu'on parvienne à en produire une) doive être réservée à la matière pénale. On peut ainsi raisonnablement affirmer que, « consubstantielle à la liberté d'appréciation des preuves par le juge », elle « se déploie [...] dans tous les contentieux »<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> La pratique des hautes juridictions va dans le même sens, la chambre criminelle visant expressément le principe de liberté et l'intime conviction, quand les chambres civiles mentionnent plutôt « l'appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve ». Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 434-434, §419.

<sup>87</sup> Les auteurs du *Rapport de la Cour de cassation* sur la preuve suggèrent une interprétation proche, en affirmant que, parce qu'elle présente « la particularité d'avoir pour objet de démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne, la preuve pénale revêt [...] une importance qu'elle n'a dans aucune autre matière » (*Rapport de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 261).

<sup>88</sup> E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 433. C'est ce que suggère Jean-Pierre Ancel : « Situation proche, dans la confrontation du juge avec la preuve, pour le juge civil et le juge pénal : le juge apprécie la valeur des

## B. À quel état mental du juge l'intime conviction correspond-elle ?

Que prescrit-elle au juge ? L'intime conviction n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence. S'il existe des tentatives pour lui donner un contenu précis, la doctrine n'est pas parvenue à dégager une définition consensuelle<sup>89</sup> – essentiellement parce qu'il semble difficile de tenir ensemble l'exigence de certitude requise par la gravité des décisions en jeu avec la reconnaissance du caractère irréductiblement incertain des conclusions factuelles. Un point est toutefois peu douteux : comme Jean-Denis Bredin y a bien insisté, ce serait un grave contresens sur les fondements tant historiques que philosophiques de la notion – et plus généralement sur l'office du juge – que d'interpréter l'intime conviction comme une absence de doute, c'est-à-dire comme un état certitude subjective<sup>90</sup>. Ce que le juré probe, ferme et impartial doit aller « chercher dans la sincérité de [sa] conscience » en « s'interroge[ant] [lui-même] dans le silence et le recueillement » n'est pas un état psychologique passif « causé » par la présentation des preuves<sup>91</sup>, mais bien la conclusion d'une réflexion active menée selon l'ordre des raisons. La liberté de la preuve, entendue comme indépendance vis-à-vis des règles légales, n'a de sens que si elle est offerte à un être lui-même libre, c'est-à-dire capable d'écouter sa raison. La liberté du juge n'est pas une licence sans règle<sup>92</sup> ; elle est la condition de son obéissance aux principes de la raison. En dépit de leur caractère édifiant – à l'image des articles du Code de procédure pénale mentionnant l'intime conviction –, force est de reconnaître que ces considérations ne nous en fournissent pas de définition. Elles sont toutefois indispensables pour écarter une interprétation subjectiviste de la preuve au tribunal, que j'évoquerai plus loin.

## C. Objet de l'intime conviction

Au préalable, examinons la question suivante : sur quoi porte l'intime conviction ? Quel est son objet ? Pour le dire autrement, de quoi s'agit-il pour le juge d'être convaincu ? S'il est difficile de répondre à cette question, c'est que l'appel à l'intime conviction des juges et des jurés concerne aussi bien l'*appréciation* de la valeur de chacune des preuves qui lui sont présentées (et c'est en cela qu'elle est le corollaire de la liberté de la preuve) que la *décision* qu'il convient de prendre sur cette base quant à la culpabilité de l'accusé. Or, si la première est

---

preuves pour forger son intime conviction, avec le même vertige au civil qu'au pénal, la crainte de “condamner un innocent”. » (J.-P. Ancel, *Le doute du magistrat*, cité par J.-D. Bredin, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, n°23, 1996, p. 23-24).

<sup>89</sup> Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 436-437, §420s.

<sup>90</sup> « C'est par déformation de la loi que l'on exige, comme on le voit parfois dans la critique des verdicts, du juge pénal une « conviction » au sens courant, c'est-à-dire une certitude. » (J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 23).

<sup>91</sup> On voit mal ce qui distinguerait l'effet des preuves de celui de tout un ensemble d'autres « motivations » irrationnelles qu'il n'est pourtant pas censé écouter (de ses sentiments personnels du juré à la rumeur publique).

<sup>92</sup> L'article 353 du Code de procédure pénale évoque bien le « devoir » des jurés.

irréductiblement relative ou graduée (même s'il est extrêmement convaincant, un élément de preuve ne peut que rendre une hypothèse plus ou moins plausible), la deuxième est une affaire de tout ou rien : *in fine*, il s'agit de dire si, oui ou non, tel fait est établi.<sup>93</sup> Mireille Delmas-Marty a bien noté cette « double signification » du principe de l'intime conviction, « complémentaire de la liberté de la preuve » : « d'une part elle substitue la liberté du juge dans l'appréciation des preuves au système du tarif, dit de la « preuve légale », qui s'imposait sous l'Ancien Régime ; d'autre part, elle implique la « conviction », par opposition au doute qui doit [...] profiter à l'accusé et conduire à l'acquittement »<sup>94</sup>. Un détour par la *Common law* devrait nous éclairer sur la question qui m'occupe ici.

## D. Les standards de preuve de *Common law*

### 1. Définition

Absents de notre droit, ce que l'on appelle les « standards de preuve » occupent une place importante dans la réflexion anglo-saxonne sur la preuve au tribunal. Le plus célèbre d'entre ces standards est celui qui s'applique aux procès criminels et qui prescrit aux jurés de condamner l'accusé si et seulement si sa culpabilité a été démontrée au-delà de tout doute raisonnable (*beyond a reasonable doubt* – souvent noté BARD). Par contraste, le standard qui s'applique aux procès civils est celui de la prépondérance des preuves (*preponderance of the evidence*, usuel aux États-Unis) ou de la balance des probabilités (*balance of probabilities*, plutôt employé au Royaume-Uni). Que signifient ces standards ? En première approche, le plus simple est de les comprendre comme faisant référence à un seuil – celui que doit atteindre la plausibilité de l'hypothèse en question au regard des éléments de preuve qui ont été produits. Qu'on l'interprète comme le degré de la croyance du juré<sup>95</sup> ou comme un degré de soutien « objectif » de l'hypothèse par les éléments de preuve, ce seuil correspond à celui au-delà duquel l'hypothèse doit être acceptée – cette acceptation correspondant à une décision, celle de considérer l'hypothèse comme établie et d'agir en conséquence. Dans le cadre criminel, cela implique de rendre un verdict de culpabilité, dans le cadre civil de faire triompher la partie en faveur de laquelle penche la balance des probabilités. Quelles relations entretiennent de telles notions avec celle d'intime conviction ?

---

<sup>93</sup> Le système des preuves légales, qui tout à la fois instaurait une arithmétique des preuves et ménageait la possibilité de preuves « pleines » ou « parfaites » jouait aussi ce double rôle.

<sup>94</sup> M. Delmas-Marty, « La preuve pénale », *op. cit.*, p. 59.

<sup>95</sup> L'épistémologie dite « bayésienne » représente ainsi les états mentaux des sujets comme des croyances « graduées ».

## 2. Des règles d'acceptation

En premier lieu, il convient d'éviter le contresens qui consisterait à voir dans ces standards de preuve une atteinte à la liberté de la preuve (et, corrélativement, un rejet de l'intime conviction comme pierre angulaire de l'activité probatoire), par l'imposition d'un cadre rigide pour calculer la probabilité relative des différentes hypothèses en jeu – calcul qui rappellerait de manière lointaine l'arithmétique des preuves légales de l'ancien droit. Ce contresens est double. En premier lieu, il est largement vain de tenter de faire correspondre des probabilités définies aux différents standards, qui permettraient d'évaluer selon des critères objectifs si le seuil requis est atteint.<sup>96</sup> En second lieu, les standards de preuve sont des règles de décision et non d'appréciation de la valeur des éléments de preuve ou de mesure de la plausibilité de l'hypothèse. Ils ne fournissent aucune indication sur la manière dont il convient d'évaluer la force probante des preuves et le soutien qu'elles apportent, chacune et ensemble, aux différentes hypothèses en jeu. Ce qu'ils fournissent, c'est, une fois évaluées la force probante des éléments de preuve et, corrélativement, la plausibilité de l'hypothèse, un critère pour la décision – qui prend la forme de l'acceptation de l'hypothèse en question. Or ce critère, comme l'ont bien mis en évidence les philosophes des sciences<sup>97</sup>, dépend de paramètres qui ne sont pas, eux-mêmes, de nature épistémique (au sens où ils ne constituent pas eux-mêmes des *evidence* – des éléments qui rendent une hypothèse plus ou moins probable). Pour prendre un exemple extra-juridique (et simpliste) : quand la météo m'indique, en se fondant sur des éléments de preuve empirique, que la probabilité qu'il pleuve cet après-midi est de 30%, la décision de prendre ou non mon parapluie dépend de mes préférences personnelles. Si je crains fortement la pluie et ne trouve pas très pénible de m'encombrer de mon parapluie, le « seuil » au-delà duquel je déciderai de l'emporter (c'est-à-dire d'accepter – d'agir sur la base de l'hypothèse selon laquelle il va pleuvoir) sera très bas ; en revanche, si quelques gouttes ne me font pas peur et que je sais d'avance que je ne saurai que faire de mon parapluie – et risque de le perdre ! –, je « ferai comme si » la pluie n'allait pas tomber, à moins que la probabilité qu'elle tombe atteigne un degré très élevé.

## 3. Standards de preuve et intime conviction

Cette distinction entre règles d'évaluation des preuves (et du soutien qu'elles apportent à l'hypothèse examinée) et règles d'acceptation ou de décision est étrangère à la pensée française sur la preuve juridique. Certes, on retrouve l'exigence d'une très forte plausibilité de

---

<sup>96</sup> De nombreuses tentatives ont été faites dans ce sens, dont il est généralement admis qu'elles sont infructueuses.

<sup>97</sup> Voir C. Hempel, « Science and Human Values », *op. cit.*

l'hypothèse de la culpabilité – véhiculée par l'idée d'absence de doute raisonnable – dans la notion d'intime conviction, mais elle n'y est pas distinguée de celle d'évaluation des preuves. Pour le dire autrement, c'est l'idée même d'une incertitude irréductible de l'hypothèse, en dépit de laquelle il faut prendre une décision, qui est occultée par la notion d'intime conviction – et qui encourage la conception intenable selon laquelle elle doit correspondre à un état de certitude *vis-à-vis de l'hypothèse en question* (état qui ne peut être, au regard de la nature inductive du raisonnement, qu'un état injustifié).

En outre, si le rapprochement entre intime conviction et doute raisonnable – en particulier en ce qu'ils sont tous deux indissociables de la présomption d'innocence – est attirant, il serait erroné, comme je l'ai déjà souligné, d'en conclure que l'intime conviction n'est pas requise au civil. En ce sens, les standards de preuve se rapprochent davantage d'une manière de répartir la charge de la preuve<sup>98</sup> (ce qui les éloigne de l'intime conviction) : exiger d'une partie, pour qu'elle triomphe, de faire pencher en sa faveur la balance des probabilités ne revient pas à être moins exigeant dans l'appréciation minutieuse des preuves, mais bien de ne pas placer le curseur au même endroit en ce qui concerne le degré de soutien que les preuves doivent apporter aux faits allégués.

#### **4. L'intime conviction comme acceptation**

Voilà qui peut nous éclairer sur l'objet de l'intime conviction (tel, en tout cas, qu'il faut le penser pour lui donner un sens épistémologique tenable) : ce serait un contresens que de le concevoir comme l'hypothèse en jeu elle-même (ou les hypothèses permettant de constater l'infraction ou le fait juridique). L'intime conviction du juge ne porte pas sur l'hypothèse elle-même (qui ne peut qu'être, au mieux, très vraisemblable), mais correspond au sentiment d'avoir suffisamment et impartialement examiné chaque preuve et de considérer – pour des raisons qui ne sont pas exclusivement épistémiques – qu'il est prêt à trancher. Or trancher implique de peser les risques associés à une décision en les mettant au regard de la plausibilité relative des différentes hypothèses en jeu.

C'est la raison pour laquelle l'opposition entre certitude et vraisemblance me semble mal posée : la certitude (ou la conviction) du juge doit porter sur le fait que tout a été fait au mieux, tant dans le recueil des preuves que dans l'évaluation du soutien qu'elles apportent aux hypothèses à examiner. C'est sur cette base qu'il décidera d'accepter ou de rejeter l'hypothèse principale (celle, au pénal, de la culpabilité) ; mais accepter une hypothèse ne signifie pas être

---

<sup>98</sup> Je reviendrai sur ce rapprochement et le nuancerai au chapitre 3.

convaincu de sa vérité. Il n'est ni nécessaire ni suffisant d'en être convaincu pour en justifier l'acceptation. On comprend enfin comment Jean-Denis Bredin peut affirmer que doute et intime conviction sont indissociables : le doute n'est pas l'incertitude, il correspond plutôt à l'absence d'acceptation et cela relève plus du domaine de la décision que d'un état de croyance subjectif ou de l'appréciation de la plausibilité.<sup>99</sup>

Reste que, pas plus que l'intime conviction, le standard du doute raisonnable n'a reçu de définition consensuelle et opérationnelle ; il n'est pas certain, en somme, que les différences mises au jour ci-dessus se reflètent, en pratique, dans leur mise en œuvre par les jurés – au-delà des autres différences procédurales au regard desquelles elles prennent un sens. Néanmoins, par l'existence même de standards de preuve, la *Common law* distingue les deux tâches d'appréciation de la valeur probante des éléments de preuve et d'acceptation. Cela a comme grand mérite d'écarter une interprétation de la preuve en justice que je souhaite combattre dans ce qui suit.

### **III. Conception « persuasive » et conception rationaliste de la preuve**

Le principe de liberté de la preuve indique qu'il revient au juge d'apprécier librement la valeur des preuves ; en ce sens, sa conviction est la mesure de cette valeur. De là, certains commentateurs<sup>100</sup> tirent une conception relativiste et subjectiviste de la preuve, que Jordi Ferrer Beltrán<sup>101</sup> appelle « conception persuasive » (A), et à laquelle il oppose une conception « rationaliste », qui sous-tend la démarche épistémologique qui est la mienne (B).

#### **A. La conception persuasive de la preuve : est une preuve ce qui emporte la conviction du juge**

Selon la conception persuasive de la preuve, la preuve d'une hypothèse est rapportée dès lors que le juge est convaincu. Si l'on interprète cette affirmation comme une simple description (non seulement des pratiques mais du droit), c'est incontestable. En outre, que le but des parties et de leur conseil soit de convaincre le juge, et que cela ne passe pas toujours par un appel à sa raison, cela fait peu de doute.

Mais les défenseurs de la conception persuasive de la preuve vont plus loin et considèrent qu'il n'y a rien de plus à dire ou à attendre de la preuve – qu'elle est décorrélée de toute forme de

---

<sup>99</sup> Voir M. Vorms et U. Hahn, « In the Space of Reasonable Doubt », *Synthese*, 198, 2019.

<sup>100</sup> Par exemple M. Mekki, *op. cit.*

<sup>101</sup> J. Ferrer Beltrán, « Los hechos en la casación penal », *Actualidad penal*, n°48, 2018, p. 153-175.

rationalité, au sens où cette dernière est orientée vers la recherche de la vérité.<sup>102</sup> Une telle conception s'autorise ainsi du principe même de liberté de la preuve pour en tirer le contraire de ce qui en fait le fondement, selon l'argument suivant : la preuve est libre, donc la conviction du juge est la mesure de la preuve, donc une preuve est rapportée dès lors que le juge est convaincu. C'est là une grave confusion du descriptif et du normatif.

Outre qu'elle revient à relativiser la preuve à chaque juge individuel – ce qui va à l'encontre de l'objectif consistant à assurer la sécurité juridique – cette conception affranchit le juge de toute responsabilité : comment pourrait-il rendre raison d'un mécanisme psychologique essentiellement passif ? Cette interprétation de l'intime conviction comme essentiellement ineffable semble contraire au droit, dans la mesure où celui-ci demande au juge – tant civil que pénal<sup>103</sup> – de motiver sa décision. Cette décision est le fait d'un sujet actif et non passif.

### **B. La conception rationaliste de la preuve : est une preuve ce qui *devrait* emporter la conviction**

Que le juge soit un homme ou une femme – un « agent cognitif », comme disent les épistémologues, un « sujet pensant » comme disent les philosophes classiques – comme les autres, cela fait peu de doute. Que ses raisonnements soient sous-tendus par des mécanismes psychologiques, voilà qui est incontestable. Mais réduire toutes ses pensées – et ses décisions épistémiques – à des événements passifs dont il n'est pas responsable, c'est, au nom de la liberté de la preuve, lui dénier tout libre arbitre ; c'est confondre les *causes* des croyances et leurs *raisons*. La liberté bien comprise – celle qui fait du principe de liberté de la preuve le meilleur guide vers la vérité – n'est pas une absence de responsabilité. Être rationnel, c'est être capable de rendre raison de ses décisions. Rappelons que l'examen auquel doivent se livrer les jurés pour identifier leur intime conviction « comporte toute la mesure de leurs devoirs » (CPP, art. 353). Juger est une tâche ardue et exigeante, qui implique, rappelons-le, de se défaire de tout un ensemble de passions propres à obscurcir le jugement, en particulier de « n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection » (CPP, art. 304).

---

<sup>102</sup> Dans la tradition de la pensée de H. Levy-Bruhl (*op. cit.*), Ph. Théry affirme : « La vérité est sans doute une valeur du procès. Mais la finalité essentielle des règles de preuve est, plus prosaïquement, la conviction du juge. » (*op. cit.*, p. 46). « La vérité n'est donc pas absente du procès. Mais elle n'est pas pour autant la fin essentielle des règles de preuve. En général, seule importe la perception que le juge a de la vérité. La conviction, autrement dit, est la vraie fin des règles de preuve. » (*ibid.*, p. 48).

<sup>103</sup> Y compris, depuis 2018, pour toutes les décisions de Cour d'assises.

En conséquence, il ne suffit pas que le juge ait été convaincu pour que la preuve soit rapportée, il faut qu'il l'ait été pour *de bonnes raisons*, c'est-à-dire des raisons qui sont partageables.<sup>104</sup> C'est, à nouveau, ce qui rend intenable l'interprétation de l'intime conviction comme désignant un état de certitude subjective : quels que soient les états mentaux du juge, sa décision doit reposer sur une évaluation réfléchie et raisonnable des preuves.

Ce qui précède n'est pas (seulement) une profession de foi épistémologique. D'une part, c'est la seule interprétation qui rende véritablement raison du principe de liberté de la preuve, et qui donne un sens à l'appel aux nombreuses vertus du juge et du juré que comportent les dispositions relatives à l'intime conviction. En outre, elle est susceptible d'avoir des implications concrètes, tant pour la formation des juges que pour les exigences de motivation. Ces dernières, en l'état, ne distinguent pas la motivation du jugement (comportant des notions juridiques) de celle concernant l'établissement des faits (l'acceptation des hypothèses factuelles sous-tendant ce jugement), reléguant ainsi cette dernière à une part « intime » ne nécessitant aucune justification. J'y reviendrai au chapitre 4. Au préalable, le chapitre 3 va apporter des éléments supplémentaires relatifs au désintérêt du droit français pour les questions de fait.

Que puis-je conclure au terme de ce chapitre ? La liberté de la preuve est la condition même de l'exercice du raisonnement probatoire : un juge qui serait contraint d'admettre des hypothèses en vertu de règles légales ne serait pas un juge qui raisonne. Dans cette perspective, toute règle légale relative à la preuve peut apparaître comme une entrave au raisonnement probatoire. De là se dégagent deux ensembles de questions, que je vais explorer dans ce qui suit. En premier lieu, le chapitre 3 examinera la question suivante : dans quelle mesure les règles de droit positif qui encadrent la preuve sont-elles des entraves au raisonnement probatoire, et dans quelle mesure sont-elles susceptibles de recevoir une justification épistémologique ? En second lieu, le chapitre 4 amorcera une réflexion sur la possibilité (et la nécessité) de concilier liberté de la preuve et contrôle de la motivation en ce qui concerne l'établissement des faits.

---

<sup>104</sup> Voir M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 59-60 : « Encore faut-il éviter le contresens qui consiste à prendre l'intime conviction pour un mode de preuve, alors qu'il s'agit seulement d'un mode d'appréciation des preuves produites devant le juge, ce qui veut dire que le juge pénal ne pourrait condamner, en l'absence de preuve, sur le seul fondement de son intime conviction de la culpabilité de l'accusé ».

# Chapitre 3

## Le droit positif de la preuve : entrave ou aide au raisonnement probatoire ?

Ce chapitre est consacré au droit positif de la preuve, c'est-à-dire aux règles de droit qui encadrent la preuve au tribunal. De prime abord, il semble qu'on puisse regrouper ces règles en deux grandes catégories : d'une part, celles qui entendent gouverner le raisonnement probatoire, c'est-à-dire l'appréciation des preuves – les règles de preuve légale –, et d'autre part celles qui réglementent d'autres aspects relatifs à la preuve au tribunal. Les premières, évoquées dans le chapitre précédent, se définissent explicitement comme des limites à la liberté de la preuve. Les secondes, qui constituent l'essentiel du droit de la preuve, semblent extérieures au raisonnement probatoire, dont elles contribuent à définir le cadre : elles concernent la définition de l'objet de la preuve (que s'agit-il de prouver ?), la charge de la preuve (à qui cette tâche incombe-t-elle ?) et la manière dont il convient de le faire (modalités d'acquisition et de production des preuves).

Toutefois, la frontière entre règles qui entravent et règles qui encadrent n'est peut-être pas si étanche, et il convient d'examiner la nature des contraintes que les secondes imposent au raisonnement probatoire. Si certaines questions, relatives aux modalités de production des preuves ou aux limites imposées par les exigences de licéité et de loyauté de la preuve, semblent bien sans aucune conséquence sur le cheminement intellectuel que suivra le juge, d'autres paraissent plus susceptibles d'informer son raisonnement par le cadre contraignant qu'elles lui imposent. Pour ne prendre qu'un seul exemple, la question de la répartition des tâches d'administration de la preuve entre les parties et le juge civil semble bien avoir des conséquences pour la définition de l'objet du raisonnement du juge et la manière dont il peut et doit se forger une intime conviction. Inversement, on peut se demander dans quelle mesure les règles de preuve légale constituent une réelle intrusion dans le raisonnement probatoire du juge.

Ce chapitre entend examiner ces questions en poursuivant un double objectif. Le principal consiste à proposer une présentation – non exhaustive – des grandes questions couvertes par le droit de la preuve, tant au civil qu'au pénal. Tout descriptif soit-il, ce repérage se veut aussi critique, au sens où c'est bien par la lorgnette de l'épistémologue que je l'aborderai. Je ne suivrai donc pas toujours les divisions et catégories classiques des juristes, tout en essayant de les restituer après « digestion » philosophique.

Le deuxième objectif est analytique : dans ce voyage, mon fil rouge sera constitué par une interrogation sur la mesure dans laquelle les dispositions du droit de la preuve contraignent, entravent, ou aident le juge dans son entreprise probatoire. Quelle conception du raisonnement probatoire du juge et de la nature de ses états mentaux impliquent-elles ? Peuvent-elles recevoir une justification épistémologique (au sens où elles offriraient une contribution à la recherche de la vérité) ?

## I. Cartographie des grands thèmes du droit de la preuve

### A. Quelle notion de preuve ?

On peut distinguer deux sens de la notion de preuve pertinents dans le cadre judiciaire. En premier lieu, elle se définit comme la « démonstration de l'existence d'un fait (matérialité d'un dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises ou requises par la loi »<sup>105</sup>. Correspondant à l'anglais *proof*, elle désigne à la fois un processus et un résultat. C'est le sens que revêt la notion dans des expressions comme « charge de la preuve » ou « objet de la preuve ».

Dans son deuxième sens, elle se définit comme un « moyen employé pour faire la preuve ».<sup>106</sup> Ce second sens, qui correspond à l'anglais *evidence*, est celui que l'on trouve dans les expressions « recherche des preuves », « preuve illicite », « admissibilité, recevabilité d'une preuve ».

### B. Quel est l'objet du droit de la preuve ?

Il n'existe pas, en droit français, de théorie unifiée de la preuve.<sup>107</sup> Une première difficulté pour qui cherche à dégager des principes directeurs du droit positif est l'éclatement des règles relatives à la preuve. Cela est particulièrement manifeste au civil, puisque l'on trouve des dispositions sur la preuve tant dans le code de procédure civile que dans le code civil. Ainsi la question générale de la charge de la preuve et de son aménagement par le biais de présomptions, ainsi que celle de la définition des modes de preuve et de leur régime (admissibilité et force probante) est-elle traitée par le code civil, quand celles de la répartition des rôles pour la réunion

---

<sup>105</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 795, notice « Preuve ».

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Il n'existe pas, à proprement parler, de branche constituée du droit consacrée à la preuve. Deux ouvrages proposent un traitement systématique de la question : outre celui, déjà cité, d'E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, on doit mentionner celui d'A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2017. Enfin, il est à noter que la Cour de cassation a consacré son Rapport annuel de 2012 à la question de la preuve (*Rapport de la Cour de cassation, op. cit.*).

des preuves et des modalités de leur recueil et de leur production (question de l'administration<sup>108</sup> judiciaire de la preuve), qui définissent notamment les conditions de leur recevabilité, est traitée par le Code de procédure civile.

Cette « nature hybride des règles de preuve »<sup>109</sup> est un sujet de perplexité pour la doctrine.<sup>110</sup> Pour ce qui m'intéresse ici, à savoir les conséquences de ces règles sur le raisonnement probatoire, la distinction romaine rappelée par les auteurs du *Précis* entre les « formes ordinatoires » et les « formes décisives » semble éclairante. Les premières « prescrivent aux parties et au juge les formalités qui devront être accomplies au cours du procès pour administrer la preuve des faits allégués. » Les secondes « n'indiquent aucun comportement procédural à adopter au cours du procès, mais prescrivent au juge dans quel sens il devra trancher le litige compte tenu des éléments proposés à titre de preuve. »<sup>111</sup> De ce point de vue, on peut être tenté de conclure que seules les règles décisives intéressent le raisonnement probatoire du juge. Ce serait toutefois une conclusion hâtive, qui soulève plus de questions qu'elle n'en referme. C'est précisément l'un des enjeux de ce chapitre que de mesurer l'importance relative de ces différents types de dispositions, et de s'interroger en particulier sur les conséquences des contraintes procédurales relatives à l'office du juge et plus généralement de la place de la preuve dans l'économie générale et le déroulement d'un procès sur le raisonnement probatoire.

### C. Plan adopté

La manière dont je propose d'exposer ici les grands thèmes du droit de la preuve ne prétend pas être l'expression d'une théorie de la preuve. Le plan que j'adopte est ordonné par les questions épistémologiques qui m'intéressent et, en tant que tel, ne recoupe aucun plan classique ; en particulier, il ne s'ordonne pas autour de la distinction entre questions substantielles et procédurales. En premier lieu, je propose un examen critique de ce que le droit définit comme l'objet de la preuve (II). J'aborderai ensuite la question de la charge de la preuve, tant dans ses dimensions substantielles que procédurales (III) avant de consacrer une section à la question des présomptions dont (bien qu'elles se définissent comme des aménagements de la charge de la preuve) les conséquences pour le travail probatoire méritent un traitement particulier (III). Enfin, je proposerai une brève mise au point sur la notion de mode de preuve (IV). Ce plan laisse de côté tout un ensemble d'importantes questions procédurales relatives à l'administration des preuves et en particulier aux conditions de leur licéité. Ce thème, dont

---

<sup>108</sup> Voir ci-dessus, note 48.

<sup>109</sup> Voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §600.

<sup>110</sup> Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, §36 et 149.

<sup>111</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §600.

l'analyse en doctrine a été renouvelée par l'émergence d'un « droit à la preuve »<sup>112</sup>, ne sera abordé qu'en passant. Pour chacun des thèmes traités, j'examinerai ce que les dispositions existantes imposent – et le cas échéant interdisent – au juge, et je me demanderai s'il est possible d'en donner une justification épistémologique.

## **D. Pénal et civil**

Avant de poursuivre, une précision s'impose quant au champ couvert par mon analyse. Les dispositions relatives à la preuve sont beaucoup plus nombreuses au civil qu'au pénal. Cela n'est pas seulement dû à l'existence d'un régime mixte en ce qui concerne l'admissibilité des modes de preuve<sup>113</sup>. En effet, sous de nombreux autres aspects, la preuve est beaucoup plus strictement encadrée au civil qu'au pénal. Une question qui traverse mon exposé est celle de savoir si cette moins grande liberté du juge civil (au sens où un plus grand nombre de contraintes s'imposent à lui) a des conséquences substantielles sur la nature de son raisonnement probatoire. Je défendrai la thèse que, quoique plus « morcelée », la tâche probatoire du juge civil est essentiellement de même nature que celle du juge pénal.

Plus concrètement, la faible quantité de dispositions relatives à la preuve au pénal se reflétera dans le fait que, pour chacun des thèmes qui suivent, l'exposé se concentrera d'abord, et pour l'essentiel, sur le civil, avant de se tourner brièvement vers le pénal.

Enfin, il convient de préciser que je n'aborderai pas le contentieux administratif. Cela n'est dû qu'à des contraintes d'espace et de temps et ne préjuge en rien de l'intérêt que revêtirait l'étude des pratiques probatoires du juge administratif.

## **II. L'objet de la preuve**

Le premier grand thème réglé par le droit de la preuve est celui de son objet : que s'agit-il de prouver ? À strictement parler, seules des propositions factuelles, dont la valeur de vérité dépend de l'état du monde et non des catégories juridiques que l'on y applique, peuvent faire l'objet d'une preuve.<sup>114</sup> Cela étant posé, il convient de préciser ce que le droit positif accueille dans la catégorie des « faits » concernés par la preuve.

---

<sup>112</sup> Voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §622s.

<sup>113</sup> Voir ci-dessus, chap. 2

<sup>114</sup> On parle souvent de la « preuve des faits » ; c'est un abus de langage, au sens où seules des propositions (ou hypothèses) peuvent être prouvées. Un fait n'est ni vrai ni faux ; il est ou n'est pas. Je parlerai préférablement d'« établissement des faits », ou de « preuve de l'existence d'un fait ». Toutefois, je m'autoriserai le raccourci souvent trouvé dans les textes juridiques quand cela sera sans conséquence sur la substance de mon propos.

## A. Faits matériels et faits juridiques

Au civil, la partie qui demande réparation pour un préjudice doit (par exemple) montrer que le défendeur a commis une faute à l'origine de son préjudice. Au pénal, on dit que le ministère public doit rapporter la preuve de l'infraction reprochée. C'est là un raccourci : on ne peut pas à strictement parler prouver l'existence d'une infraction, d'une faute ou d'un préjudice, car ces notions sont de nature juridique. Le bien-fondé d'un jugement faisant intervenir de telles qualifications ne dépend pas uniquement de questions pouvant faire l'objet d'un examen empirique ; en effet, les appliquer à une situation de fait est une opération intellectuelle qui requiert la connaissance du droit, et qui ne relève pas de la preuve. Ce sont des éléments factuels susceptibles de recevoir de telles qualifications juridiques qu'il s'agit de prouver l'existence.<sup>115</sup>

Ces éléments factuels, que j'appelle « matériels » ou « bruts », pour marquer leur caractère non juridique, peuvent être de tout ordre : physique, social mais aussi psychologique (on connaît l'importance des éléments intentionnels dans l'établissement de la plupart des crimes et délits), « le fait se définit comme un événement dont la description par voie de proposition est redevable d'une évaluation empirique ».<sup>116</sup> En somme, la « proposition de preuve n'est [...] rien d'autre qu'une proposition susceptible d'être déclarée vraie ou fausse. »<sup>117</sup>

Si ces considérations peuvent sembler triviales, il faut souligner que l'on trouve souvent dans les réflexions doctrinales l'expression « preuve des faits juridiques » (notamment quand il s'agit de l'opposer à la preuve des actes juridiques<sup>118</sup>). C'est là un abus de langage<sup>119</sup> : si l'on entend

---

<sup>115</sup>Signalons ce qui peut sembler apparaître comme une exception. Il est courant de trouver, dans les textes juridiques consacrés à l'objet de la preuve, la distinction entre la preuve du fait et la preuve du droit. On peut y lire que, si « dans l'immense majorité des litiges, la preuve qu'il s'agit d'administrer porte sur un fait, auquel la règle de droit attache tel effet juridique escompté par la partie sur laquelle pèse cette charge, [...] dans certains cas particuliers, [...] la partie doi[t] également rapporter la preuve de la règle de droit même qu'elle invoque » (*Rapport de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 107). C'est le cas notamment des règles coutumières ou des lois étrangères lorsqu'elles s'appliquent à l'espèce ; autrement dit, c'est le cas partout où l'adage *Just novit curia* (le juge connaît le droit) se trouve en défaut. S'il est clair que les règles de droit étranger qui s'appliquent à une situation de fait en lui attachant un effet juridique ne sont pas du même ordre que ces faits, il n'en reste pas moins que, exactement au sens où des événements sociaux ou politiques peuvent être décrits comme des faits, il est un fait que ces règles juridiques sont en vigueur et c'est ce fait qu'il s'agit de prouver. L'affirmation « telle règle de droit est en vigueur dans tel pays » est une affirmation parfaitement factuelle, comme le reconnaissent bien les auteurs du *Rapport de la Cour de cassation (op. cit.* p. 111) : « toutes ces normes sont regardées comme un fait que celui qui les invoque doit être en mesure de prouver en cas de contestation. » Quant à savoir si elle s'applique en l'espèce, voilà qui incombe au juge, et qui relève de sa connaissance du droit. Sur ce point, voir P. Mayer, « Les procédés de preuve de la loi étrangère », *Mélanges Ghestin*, 2001, p. 618.

<sup>116</sup> X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Voir ci-dessus, chap. 2.

<sup>119</sup> Cet abus de langage est bien relevé par Fabien Girard, qui note que « Bien souvent, la doctrine se contente de désigner comme « fait » objet de preuve – encore appelé « *ultimate probandum* », « *operative fact* », ou « *factum probandum* » - ce qui n'est en réalité que l'antécédent abstrait et relève du concept ; elle ajoute aussi que, lorsque la preuve de ce fait n'est pas disponible, s'opère un « *déplacement de l'objet de la preuve* » : *il faut alors prouver*

par « fait juridique » le fait juridiquement qualifié – le fait matériel auquel une règle de droit attache un effet juridique (par exemple la faute ou le préjudice) –, alors l’objet de la preuve n’est pas le fait juridique, mais bien les éléments matériels (physiques, psychologiques) susceptibles d’être ainsi qualifiés. On peut y voir un simple raccourci langagier – néanmoins surprenant, en ce qu’il semble gommer la frontière entre l’établissement des faits et leur qualification, laquelle préside pourtant à la définition des limites de l’étendue du contrôle de la Cour de cassation.<sup>120</sup>

Plus profondément, on peut voir dans cette confusion entre le fait matériel et le fait juridique comme objet de preuve la marque du désintérêt de la doctrine française pour les questions probatoires au sens de questions portant sur (et seulement sur) les faits. Cette différence majeure de la réflexion juridique française d’avec sa lointaine cousine anglophone s’incarne remarquablement dans la notion de pertinence, telle qu’elle est définie respectivement en droit français et dans le cadre de *Common law*.

## **B. Le fait pertinent**

En droit français, la pertinence<sup>121</sup> est l’une des conditions que doit remplir une proposition factuelle pour mériter de faire l’objet d’un examen probatoire de la part du juge civil. La tâche du juge étant tout entière orientée vers la recherche d’une solution au litige, ce serait, pour reprendre les termes de Motulsky, « travailler en pure perte »<sup>122</sup> que d’examiner des preuves au soutien de propositions factuelles qui, bien qu’alléguées par une partie et contestées par l’autre, ne feraient d’aucune manière avancer cette recherche. Ainsi la « “fixation” des faits »<sup>123</sup> pour lesquels est faite une offre de preuve n’intervient-elle qu’après un examen juridique permettant de déterminer leur pertinence.<sup>124</sup>

Un tel principe de parcimonie visant à éviter une inflation inutile de la tâche probatoire du juge semble fort raisonnable. Il trouve toutefois une traduction dans une règle procédurale ancienne

---

le « *factum probans* » (dont les synonymes sont là encore nombreux : *evidentary*, *circumstantial* et *secondary fact*) » (F. Girard, « Objet de la preuve et présomptions : réflexions théoriques sur la pertinence », *Les présomptions, Actes du colloque du 16 novembre 2018*, Centre Michel de l’Hospital, p. 58).

<sup>120</sup> Précisons toutefois que certaines qualifications relèvent aussi du pouvoir souverain du juge du fond, quand elles reposent sur l’appréciation concrète des faits de l’espèce (par exemple, l’estimation de la gravité d’un préjudice).

<sup>121</sup> On trouve aussi les expressions de « faits concluants » ou « relevants » (voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, §530 ; H. Motulsky, *op. cit.*, p. 85). La distinction entre les faits « concluants » et les faits « pertinents » peut être ignorée ici. Quant à la notion de « relevance », héritée du latin, elle est tombée en désuétude (elle tend toutefois à revenir dans les usages, à la faveur non plus d’un latinisme mais d’un anglicisme).

<sup>122</sup> H. Motulsky, *op. cit.*, p. 86, §84.

<sup>123</sup> H. Motulsky, *op. cit.*, p. 85, §84.

<sup>124</sup> « Entre la recherche de la vérité et celle du caractère “concluant” du fait litigieux, la priorité logique appartient, sans nul doute, à ce dernier travail. », H. Motulsky, *op. cit.*, p. 86, §84.

qui s'impose au juge<sup>125</sup>, dont la mise en pratique soulève quelques difficultés.<sup>126</sup> C'est ici sur la signification même de la notion de pertinence que je souhaite m'arrêter un instant, avant de la comparer à la notion de *relevance* de *Common law*.

## 1. La signification de la pertinence en droit français

Que signifie, pour un fait – ou plus exactement pour une proposition factuelle – d'être pertinent(e) ? Comment le juge est-il censé évaluer cette pertinence ? On peut selon moi dégager deux sens différents dans l'usage que la doctrine et la jurisprudence françaises en font.

**Premier sens : pertinence d'un fait juridique.** Dans le premier sens, qui ressort par exemple de la définition fournie par le *Vocabulaire juridique*<sup>127</sup>, la pertinence désigne une relation strictement juridique ; elle s'établit entre un fait juridiquement qualifié (par exemple une faute) et sa conséquence juridique (par exemple la responsabilité).<sup>128</sup> Un fait (juridique) est pertinent s'il offre un fondement juridique à une prétention. C'est alors par extension que l'offre de preuve destinée à établir ce fait juridique sera jugée pertinente (ou non) selon que ce dernier l'est (ou non) : « l'offre par une personne de prouver qu'elle n'a pas commis de faute est dénuée de pertinence et doit être rejetée sans examen, si cette personne encourt une responsabilité qui cède à la preuve d'une force majeure, mais non à celle d'une absence de faute. » Si cette offre de preuve est dénuée de pertinence, c'est parce qu'il est *juridiquement incorrect*, en l'espèce, de conclure à l'absence de responsabilité à partir de l'absence de faute.

**Deuxième sens : pertinence (de l'établissement) d'un fait matériel.** Dans son deuxième sens, la relation de pertinence ne concerne pas deux notions juridiques, mais une proposition factuelle (non juridique) et une qualification juridique. Un fait matériel (plus exactement, son établissement) est pertinent s'il est susceptible de recevoir la qualification juridique invoquée

---

<sup>125</sup> Ainsi est-elle formulée par C. Aubry et C. Rau : « [l]e juge ne doit admettre ou ordonner la preuve que de faits pertinents, concluants, ou concluants, c'est-à-dire de faits qui soient de nature à influencer, d'une manière plus ou moins décisive, sur le jugement de la cause à l'occasion de laquelle ils sont allégués : *Frustra probatur quod probatum non relevat* » (C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 12, 5<sup>e</sup> éd., 1922).

<sup>126</sup> Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §166 et §168. Ces auteurs notent en particulier que, selon que la preuve concernée fait l'objet d'une production spontanée ou d'une sollicitation auprès du juge, la règle de la pertinence ne joue pas le même rôle. En outre, la sanction du défaut de pertinence n'est pas clairement établie, selon qu'on la considère comme une règle de recevabilité (faisant l'objet d'un contrôle) ou d'appréciation (relevant alors du pouvoir souverain du juge). Enfin, depuis qu'il est possible de produire des attestations écrites de témoins, cette règle ne trouve plus guère qu'à s'appliquer dans le cadre de la demande de mesures d'instruction (*ibid.*, §167).

<sup>127</sup> La pertinence est le « rapport qui doit exister entre le fait à prouver et l'offre de preuve ou, plus gén., entre l'objet de la prétention et l'allégation d'un fait pour que cette offre ou cette allégation soit prise en considération (condition distincte de l'admissibilité et de la force probante) ; relation dont on vérifie l'existence ou le défaut, en supposant établie la preuve offerte (ou l'allégation) et en se demandant si cette démonstration supposée peut exercer une influence sur la solution de la question en litige. » (G. Cornu, *op. cit.*, p. 757, notice « Pertinence ».)

<sup>128</sup> À strictement parler, la pertinence qualifie la proposition et non le fait juridique lui-même.

(s'il constitue un fondement factuel au fondement juridique de la prétention). Par exemple, pour montrer qu'un automobiliste a commis une faute, il peut être pertinent de montrer qu'il s'est déporté sur la voie de gauche d'une autoroute tout en ralentissant, *et cela indépendamment de la pertinence (au premier sens) de la faute pour la prétention en jeu*. En ce deuxième sens, la pertinence mesure la propension d'une situation factuelle à se couler dans le moule d'une règle juridique ; elle en autorise la subsumption sous une telle règle. La pertinence ainsi comprise désigne, selon Michele Taruffo, la manière dont le « droit [...] définit et détermine ce qui, dans le procès, constitue le fait. »<sup>129</sup> Selon cette deuxième conception, seules des propositions (ou des offres de preuve) à propos de faits matériels (non qualifiés) peuvent être dites « pertinentes ».

**Implications pratiques de la différence.** La règle de la pertinence impose au juge de ne considérer que les offres de preuve pertinentes. Selon le sens de la notion de pertinence que l'on retiendra, cette règle est susceptible d'avoir des implications différentes pour plusieurs questions relatives à l'interprétation du principe de la libre disposition et l'étendue des pouvoirs du juge au regard des faits.<sup>130</sup> L'examen de ces questions excèderait toutefois le périmètre de l'étude du raisonnement probatoire.

Quel que soit le sens dans lequel on prend la notion de pertinence, il semble en effet qu'elle soit étrangère au raisonnement probatoire – au sens de raisonnement *à partir et à propos* des faits. Même quand elle « touche » aux faits (en son deuxième sens), la pertinence ne dit rien du bien-fondé des inférences reliant deux propositions factuelles ; c'est précisément sur ce point que porte la notion de *relevance* de *Common Law*.

## **2. Liens avec la *relevance* : de (vrais) faux-amis ?**

La notion de pertinence – *relevance* en anglais – occupe une place centrale dans la procédure tant pénale que civile en *Common Law*. Comme on l'a vu au chapitre précédent, elle constitue en effet le premier critère d'admissibilité des preuves dans un procès. Il n'est pas question ici de l'exposer en détail, de discuter la manière dont elle est mise en œuvre, ni d'évoquer les nombreuses discussions et réflexions auxquelles elle donne lieu.<sup>131</sup> Mon propos est d'en explorer la comparaison, d'un point de vue conceptuel, avec la notion française.

Contrairement à ce qui est le cas en droit français, en *Common Law*, la *relevance* est une relation entre deux faits (ou plus exactement deux propositions factuelles), telle que l'établissement de

---

<sup>129</sup> M. Taruffo, *op. cit.*, p. 69.

<sup>130</sup> Voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §535.

<sup>131</sup> Voir P. Roberts et A. Zuckerman, *op. cit.*, p. 97.

l'un de ces faits offre des raisons de croire en l'existence ou la non existence de l'autre – de réévaluer à la hausse ou à la baisse l'estimation de sa plausibilité. Selon Sir James Fitzjames Stephen, qui fait de la pertinence un véritable principe directeur du droit de la preuve, on parle de pertinence dans les cas où « deux faits quelconques sont reliés de telle sorte que, selon le cours normal des choses, l'un de ces faits, pris tout seul ou en lien avec d'autres faits, prouve ou rend probable l'existence ou la non-existence passée, présente ou à venir de l'autre ».<sup>132</sup> Dans les termes posés au premier chapitre, la pertinence d'une proposition vis-à-vis d'une autre est la mesure du bien-fondé d'une inférence inductive reliant la première à la seconde.

Ainsi entendue, la relation de pertinence n'est pas spécifique au cadre juridique, et l'on voit mal comment son évaluation pourrait faire l'objet d'une règle de droit. En effet, comme on l'a vu, les inférences inductives sont toutes plus ou moins fragiles et dépendent du contexte probatoire – en particulier des autres informations disponibles. C'est la raison pour laquelle la pertinence doit faire l'objet d'argumentations et de débats dans chaque situation particulière et ne peut pas être établie a priori et de manière ferme. « La loi ne fournit aucun test de pertinence », constate Thayer<sup>133</sup>, avant d'ajouter de manière quelque peu ironique que, pour ce qui est de l'évaluation de la pertinence, elle « fait tacitement référence à la logique et à l'expérience générale – supposant que les principes du raisonnement sont connus des juges et des ministres (?), tout comme une vaste multitude d'autres choses sont supposées déjà suffisamment connues d'eux... Au fourneau vorace de la faculté de raisonner, le droit de la preuve n'apporte que quelques morceaux de charbon. »<sup>134</sup> C'est là une situation bien différente de l'analyse française de la notion de pertinence, dont l'évaluation est censée découler de l'examen du droit.

Que conclure de cette comparaison entre les notions française et anglo-saxonne de pertinence, au-delà du fait que, quel que soit le sens dans lequel on prend la notion française, ces termes sont manifestement des faux-amis ?<sup>135</sup> En premier lieu, elle permet de souligner à nouveau une approche radicalement différente de la question de la preuve (puisque, en dépit des considérations de Thayer mentionnées ci-dessus, la notion de pertinence est bel et bien un pilier

---

<sup>132</sup> J.F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, Stevens, 12e éd., 1948. La 401<sup>e</sup> des *Federal Rules of Evidence* des États-Unis définit ainsi la pertinence : « Une preuve pertinente est une preuve qui tend à rendre l'existence de tout fait ayant une conséquence sur la détermination de l'action plus ou moins probable qu'elle ne le serait sans cette preuve ».

<sup>133</sup> J.B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown & Co, 1898, p. 265.

<sup>134</sup> J.B. Thayer, *op. cit.*, pp. 265 et 271.

<sup>135</sup> Comme je l'ai mentionné au chapitre 2, il existe une autre notion de *Common law*, la *materiality*, qui, contrairement à ce que le terme semble suggérer, est plus proche de la notion de pertinence française.

du droit de la preuve en *Common law*) et le désintéret du droit français pour les questions probatoires, en tant qu'elles ne concernent que les faits.

Ce désintéret tend à « aplanir » la question des faits à celle des faits « directement » pertinents pour le droit, en niant l'extrême complexité des inférences inductives. Considérons à nouveau l'exemple de la faute de l'automobiliste. Entreprendre de prouver qu'il fumait au volant semble sans pertinence (au sens français) pour établir la faute – fumer au volant de sa propre voiture ne semble d'aucune manière pouvoir constituer une faute. Aussi le juge devra-t-il refuser une offre de preuve tendant à établir ce fait, au motif qu'elle n'est pas pertinente. Mais si l'on suppose par ailleurs que l'individu en question souffre d'un trouble neurologique qui lui fait perdre le contrôle de ses mouvements quand il fume, alors de toute évidence l'offre de preuve devient pertinente. Cet exemple caricatural peut sembler sans prise sur la réalité : soit le plaideur n'a pas allégué ce second fait (le trouble neurologique) alors que la tâche lui en incombe, soit il l'a fait, et alors la pertinence de ces deux faits pris ensemble n'échappera pas au juge. On peut toutefois imaginer des situations plus complexes, dans lesquelles il n'est pas simple d'établir *a priori* la pertinence d'une offre de preuve – alors, pertinence factuelle (*relevance*) et pertinence à la française ne semblent pas toujours indépendantes. Ce genre de situation est sans doute plus courante au pénal, où les faits potentiellement pertinents pour établir les éléments constitutifs d'une infraction sont difficiles à délimiter en amont<sup>136</sup>, mais il n'y a aucune raison d'exclure que ce genre de difficultés se pose au civil, tout particulièrement dans les situations atteignant un certain niveau de complexité.<sup>137</sup>

### III. La charge de la preuve et de son administration

La charge de la preuve soulève un grand nombre de problèmes qui ont donné lieu à d'intenses débats doctrinaux<sup>138</sup>, pour la plupart assez éloignés des questions qui m'intéressent ici. Je n'aborderai que quelques points susceptibles d'en nourrir l'examen. En premier lieu, je

---

<sup>136</sup> C'est la raison pour laquelle R. Garraud observe que la condition de pertinence ne peut pas s'appliquer au procès pénal, car « tous les faits qui peuvent, de près ou de loin influencer sur l'existence de la culpabilité et sur sa mesure [...] sont concluants ». En conséquence, les juges répressifs ne peuvent « refuser sans motifs juridiques la preuve qui est offerte par les parties, notamment ils ne peuvent refuser d'entendre les témoins régulièrement cités qui sont produits, soit par le ministère public ou la partie civile [...] soit par le prévenu. » (R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1907, T.1, n°239) La matière pénale semble ainsi encourager une interprétation de la notion de pertinence plus proche de celle que lui donne la *Common law*.

<sup>137</sup> Ici aussi, ces considérations sont susceptibles d'avoir des conséquences pour la question de l'étendue des pouvoirs (et des obligations du juge). Prendre conscience de la difficulté d'établir *a priori* la pertinence d'un élément de preuve, c'est ouvrir une véritable brèche dans laquelle le juge particulièrement diligent pourrait s'engouffrer.

<sup>138</sup> Voir J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980.

m'intéresserai au versant procédural de la charge de la preuve, qui concerne la répartition des rôles dans le recueil et l'administration des preuves (A). Puis, j'examinerai les règles substantielles relatives à la charge de la preuve, qui se rapprochent davantage de règles de décision pour le juge que de règles probatoires (B). Dans chacun de ces deux cas, j'examinerai le civil puis le pénal et me demanderai si les notions ont le même sens dans les deux cadres.

## **A. La charge « positive » de la preuve : réunion et administration des preuves**

Un premier ensemble de questions, d'ordre procédural, concernent la question de savoir qui peut et doit réunir et produire les preuves. Certaines d'entre elles ont des conséquences pour la tâche probatoire du juge ; ce sont les seules que j'évoquerai ici.

### **1. Au civil**

L'article 9 du code de procédure pénale dispose qu'il « incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Cette expression de la nature essentiellement accusatoire du procès civil en ce qui concerne la preuve découle ce que Motulsky appelle la « charge de l'allégation »<sup>139</sup>, elle-même conséquence du principe dispositif, ou « principe de la libre disposition »<sup>140</sup>, en vertu duquel les parties disposent de la matière litigieuse et en particulier des faits.

La question de l'étendue des pouvoirs et des obligations du juge en matière de preuve. Les nombreux débats relatifs à l'interprétation du principe dispositif, et en particulier à l'étendue des pouvoirs et des obligations du juge, trouvent ici à s'appliquer à la question probatoire.<sup>141</sup> En tempérament de l'article 9, plusieurs dispositions du code de procédure civile dessinent en effet l'image d'un juge assez actif en ce qui concerne l'entreprise probatoire. Si le juge a l'interdiction d'introduire des faits dans le débat (CPC, art. 7, al. 1), il peut néanmoins s'appuyer sur des faits adventices<sup>142</sup> (CPC, art. 7, al. 2) et jouit d'un important pouvoir d'initiative dans la recherche des preuves : il peut en effet « ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » (CPC, art. 10)<sup>143</sup>, mesures d'instruction auxquelles « les parties sont tenues d'apporter leur concours [...] sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou

---

<sup>139</sup> « À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. » (CPC, art. 6)

<sup>140</sup> « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. » (CPC, art. 4, al. 1). Voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §512s.

<sup>141</sup> Voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, § 608s.

<sup>142</sup> Les faits adventices sont des faits qui figurent dans le dossier mais ne sont spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs allégations.

<sup>143</sup> Voir aussi CPC, art. 143, 144, 218 et 231.

d'un refus » (CPC, art. 11). La reconnaissance de cette marge de manœuvre du juge en matière de preuve se marque aussi dans le long feu que semble avoir fait la théorie du fait du constant en droit français.

**La théorie du fait constant.** Selon une tradition ancienne en procédure civile<sup>144</sup>, un fait non contesté n'a pas à être prouvé. On peut, comme Motulsky, voir dans cette idée une conséquence du principe dispositif : le juge n'étant saisi que des faits litigieux, « quand aucun des éléments générateurs du droit réclamé par le demandeur n'est réellement litigieux, il ne reste au juge qu'à reconnaître, sans autre examen et, surtout *sans s'occuper de questions de preuve*, l'existence de ce droit »<sup>145</sup>. Selon cette conception, le juge a par conséquent *l'obligation* de tenir un fait non contesté pour constant, au risque de violer le principe dispositif.<sup>146</sup>

Une approche concurrente<sup>147</sup> considère que le juge n'est pas lié par l'absence de contestation. « De la conjonction de la parole de l'un et du silence de l'autre, il peut déduire la véracité de l'allégation non contestée »<sup>148</sup>, mais c'est alors une inférence fondée sur une présomption du fait de l'homme (voir plus bas), qui relève entièrement de la liberté du raisonnement probatoire du juge. Si la question n'est pas tout à fait tranchée, la jurisprudence comme la doctrine semblent pencher en faveur d'une simple faculté du juge de tenir les faits non contestés pour constants.<sup>149</sup>

**Conséquences pour la tâche probatoire du juge et la recherche de la vérité dans le procès civil.** Dans quelle mesure ces différentes règles du procès civil contraignent-elles le raisonnement probatoire du juge ? S'il peut sembler que sa liberté d'appréciation est bridée dans les situations où ses pouvoirs sont limités, il convient de rappeler que ces limitations ne sont que les conséquences de celles imposées par le principe dispositif, qui définit ce dont est saisi le juge. Selon que l'on défend une conception libérale ou contraignante du principe dispositif, on considérera que le juge est ou non saisi d'un certain nombre de questions et de faits ; mais, pour ceux desquels il est saisi, il semble qu'il ait toute liberté non seulement d'apprécier les preuves, mais de les rechercher. Cela est cohérent avec la solution proposée par les auteurs du Précis, qui concluent que les « tempéraments que le droit apporte au principe de la maîtrise des parties

---

<sup>144</sup> Voir E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §52 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §537s.

<sup>145</sup> H. Motulsky, *op. cit.*, p. 119, §110. Les italiques sont d'origine.

<sup>146</sup> L'article 8 CPC, qui dispose que « le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige » doit dans cette perspective être interprété comme portant uniquement sur les faits litigieux.

<sup>147</sup> Voir Th. Le Bars, « La théorie du fait constant », *Semaine juridique*, n°44, 1999.

<sup>148</sup> *Ibid.*, §16.

<sup>149</sup> Voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §537s.

sont bien plus importants relativement à la preuve des faits qu'en matière de charge de l'allégation »<sup>150</sup>. Rappelons toutefois que, comme les considérations sur la notion de pertinence exposées précédemment le suggèrent, il n'est pas toujours évident, en particulier dans les questions probatoires complexes, de distinguer ce qui relève de l'allégation d'un fait, de celle d'un fondement juridique, et l'offre de preuve.

Notons que, si cette approche est évidemment compatible avec la deuxième interprétation de la théorie du fait constant (selon laquelle il revient au juge de tirer librement les conséquences de l'absence de contestation), elle n'est pas en contradiction avec la première. Selon celle-ci, en vertu de l'existence d'une charge de la contestation, les faits non contestés ne sont pas litigieux ; le juge n'en est pas saisi. En conséquence, son raisonnement probatoire n'est ni bridé ni contraint ; il n'a tout simplement pas à s'exercer. Pour le dire autrement, si le juge n'a pas le pouvoir d'examiner les faits non litigieux, il n'a pas non plus le devoir de les tenir pour vrai ; il n'a tout simplement pas à se prononcer dessus. Reste que les faits constants, s'ils sont pertinents, vont guider la solution du litige et doivent en un sens être acceptés, voire servir le cas échéant de prémisses pour d'autres inférences probatoires. En résulte ainsi une image « morcelée » de la tâche probatoire du juge : libre d'apprécier la preuve des faits dont il est saisi, il n'exerce cette liberté que dans les « interstices » d'un édifice dont certaines parties lui sont imposées – mais encore une fois, dans les interstices, il est libre.

Sur toutes ces questions, la tendance doctrinale et jurisprudentielle est à défendre une interprétation souple du principe dispositif dans sa dimension procédurale : « Dès lors que ce qui est en cause n'est plus le noyau dur du principe dispositif, à savoir la libre détermination de la mesure exacte dans laquelle un individu souhaite voir ses droits subjectifs défendus contre une atteinte [...], mais uniquement le libre choix des moyens techniques que l'individu décide de mettre au service de sa prétention, des atténuations sont admises. »<sup>151</sup>. Comme les auteurs l'ajoutent, cette interprétation est en harmonie avec l'idée, véhiculée notamment par l'article 10 du code civil al. 1<sup>152</sup>, selon laquelle la recherche de la vérité est bien, sinon un des buts du procès civil, du moins un préalable indispensable à « la poursuite de "l'idéal de justice", dont Motulsky affirmait qu'il n'était jamais "absent du prétoire", quand bien même les intérêts en cause étaient privés. Le procès civil doit en effet aboutir à la solution la plus juste possible, d'un point de vue factuel aussi bien que juridique. »<sup>153</sup> Quoiqu'il en soit, la tendance à la

---

<sup>150</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, §612.

<sup>151</sup> *Ibid.*, §614.

<sup>152</sup> « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. »

<sup>153</sup> H. Motulsky, *Chr. préc.*, D., 1964. Cité dans C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, p. 480.

reconnaissance des pouvoirs du juge civil en matière de preuve et de leur lien à la recherche de la vérité rapproche la tâche probatoire du juge civil de celle du juge pénal.<sup>154</sup>

## 2. Au pénal

Les questions évoquées ci-dessus ne se posent pratiquement pas en matière pénale, dont il est commun d'opposer la procédure inquisitoire à la procédure accusatoire (ou mixte) du procès civil. Le juge d'instruction « procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge. [...] » (CPP, art. 81). Ce rôle du juge d'instruction trouve un prolongement à l'audience, le président de la juridiction pénale jouant un rôle actif dans la recherche des preuves et se voyant doté de grands pouvoirs, dans le but explicite de contribuer à la manifestation de la vérité.<sup>155</sup>

### B. Le fardeau (et le risque) de la preuve

Les questions ci-dessus concernent essentiellement la question de la répartition des rôles dans la recherche des preuves – et ses conséquences pour la tâche probatoire du juge. Il n'y était pas question du sens le plus courant de la notion de charge de la preuve – celui qui concerne la répartition du « fardeau » de la preuve entre les parties, telle qu'elle permet de désigner celle qui succombera si elle n'est pas parvenue à rapporter la preuve de ses allégations (celle qui supporte le « risque » de la preuve<sup>156</sup>) – ou plus généralement ce qu'il revient au juge de décider en cas de doute. Cette question ne concerne donc pas à proprement parler l'appréciation des preuves, mais bien la décision qui doit s'ensuivre. C'est essentiellement à mesurer la dimension épistémologique des fondements de cette décision que je vais m'intéresser ici.

---

<sup>154</sup> Voir Ph. Théry, *op. cit.*, p. 50 : « Dès 1879, la cour de cassation avait admis, en préconisant certes la prudence, que « dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux peuvent (...) ordonner la production de certaines pièces qui ne sont ni signifiées ni employées ». Ph. Théry souligne le fait que la charge de la preuve qui incombe aux parties n'est pas une limite aux pouvoirs du juge : « Si, en revanche, l'affirmation d'un droit subjectif contre le juge nous paraît devoir être récusée, c'est parce qu'elle postule une vérité qui, d'une certaine manière, serait extérieure à la conviction du juge. Idée contraire à l'essence même du procès, parce que la conviction du juge est une opération intellectuelle qui ne dépend que de lui, et non d'un quelconque procédé juridique. » (*op. cit.*, p. 52). Voir aussi H. Solus, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », *Travaux de l'Association Capitant*, tome V, 1949, p. 128-141.

<sup>155</sup> « Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité. Il peut, s'il l'estime opportun, saisir la cour qui statue dans les conditions prévues à l'article 316. Il peut au cours des débats appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent, d'après les développements donnés à l'audience, utiles à la manifestation de la vérité.

Les témoins ainsi appelés ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme renseignements. » (CPP, art. 310).

<sup>156</sup> Voir J. Devèze, *op. cit.*

## 1. Au civil

La répartition initiale de la charge de la preuve au civil est réglée par l'article 1353 du code civil<sup>157</sup>. L'idée est assez simple, attribuant le fardeau de la preuve en premier lieu au demandeur<sup>158</sup>, puis, de manière dynamique, au défendeur dès lors qu'il allègue un nouveau fait ou conteste ceux avancés par le demandeur. Pour autant, dans un grand nombre situations, des règles de fond – parmi lesquelles les présomptions légales, qui font l'objet de la prochaine section – viennent aménager cette répartition. Reste que ces dispositions éparses ne suffisent pas toujours à déterminer quelle partie doit supporter le fardeau de la preuve ; il « relève de l'office du juge, lorsque l'intention du législateur quant à l'attribution de ce risque n'est pas claire, de conduire un travail interprétatif consistant à se demander sur quelle partie le législateur aurait souhaité faire reposer le fardeau probatoire »<sup>159</sup>.

Les différents types de justification. En cette matière, l'intention du législateur ne semble toutefois pas obéir à un principe unique, et l'analyse de la justification tant de la répartition initiale que des aménagements de la charge de la preuve a donné lieu à d'intenses débats doctrinaux, que je n'étudierai pas ici<sup>160</sup>. Non seulement les dispositions éparses qui règlent ces questions ne semblent pas obéir à un principe unique, mais encore leurs justifications semblent appartenir à différents ordres. Ainsi certaines d'entre elles sont-elles fondées sur des considérations morales ou d'équité, comme la volonté de protéger telle ou telle catégorie de justiciables (et de manière plus générale, le « faible » contre le « fort ») en attribuant le fardeau de la preuve à la partie adverse, ou de préservation de l'ordre social (par le respect des situations acquises consistant à attribuer le fardeau à celui qui remet en cause l'ordre établi ou va à l'encontre du statu quo), d'autres semblent ancrées dans des considérations épistémologiques – c'est-à-dire qu'elles semblent guidées par l'objectif de maximiser les chances de parvenir à une décision fondée sur des propositions factuelles exactes. Ainsi en va-t-il par exemple de celle consistant à donner « la préférence à celui qui avance une prétention correspondant au cours normal des choses »<sup>161</sup> en attribuant le fardeau de la preuve à celui qui allègue un fait peu

---

<sup>157</sup> « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

<sup>158</sup> Sur la question de la compatibilité de l'article 1353 C. Civ. avec l'article 9. CPC, voir. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op. cit.*, §208s.

<sup>159</sup> *Rapport de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 170.

<sup>160</sup> J. Devèze, *op. cit.*

<sup>161</sup> *Rapport de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 170.

vraisemblable. D'autres enfin sont plus ambiguës, comme celle qui attribue le fardeau de la preuve à la partie la plus à même de rapporter les preuves de ses allégations.

**Charge de la preuve et standards de preuve.** À bien y regarder, la question du fardeau de la preuve ainsi pensée n'est censée se poser qu'en cas de doute.<sup>162</sup> Aussi, bien que la notion de charge de la preuve offre un critère de décision – et non d'évaluation de la plausibilité des hypothèses en jeu –, elle se distingue des standards de preuve tels que je les ai présentés au chapitre précédent. L'idée n'est pas ici de placer un curseur indiquant un seuil de confirmation au-delà duquel le juge doit tenir un fait pour établi, mais de fournir une règle pour décider *dans le doute*, et cela indépendamment de la plus ou moins grande plausibilité des propositions litigieuses. Pour le dire autrement, la répartition du fardeau de la preuve indique à qui profite l'insuffisance de preuve, mais ne fournit pas un critère pour évaluer la suffisance des preuves – l'absence de doute. Cette évaluation relève de l'intime conviction du juge – au civil comme au pénal.

## 2. Au pénal

Au pénal, la question est, du moins dans son principe, beaucoup plus simple, en ce qu'elle est réglée par la présomption d'innocence et que la charge revient à l'accusation d'établir les éléments légal, matériel et intentionnel de l'infraction.

Toutefois, comme au civil, cette idée n'est pas à interpréter comme correspondant à un standard de preuve. Comme le note Mireille Delmas-Marty, « *Le degré de certitude* qui conditionne la décision de culpabilité est une des questions les plus obscures du droit pénal. »<sup>163</sup>

## IV. Les présomptions

Le plus souvent présentées comme des aménagements de la charge de la preuve, les présomptions sont également définies comme des modes de preuve<sup>164</sup>. Profondément liée à la

---

<sup>162</sup> En effet, « lorsque la conviction du juge est établie, dans un sens ou dans l'autre, il est, en somme, indifférent de savoir à laquelle des deux parties incombe la tâche de la provoquer. Mais quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut être découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve. Comme le juge n'a pas (ou n'a plus en Droit moderne) la ressource de renoncer à prendre parti et qu'il doit, dès lors, toujours se prononcer pour l'une et contre l'autre des parties, la carence de celle qui se trouve sous le coup de cette charge suffit à entraîner une décision favorable à son adversaire » (H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., p. 130-131, § 117.)

<sup>163</sup> M. Delmas-Marty, op. cit., p. 59. En amont du jugement, plusieurs dispositions du Code de procédure pénale donnent des indications. Ce qui se rapproche le plus d'un standard de preuve est la règle selon laquelle, aux assises, « toute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de huit voix au moins » (CPP, art. 359).

<sup>164</sup> Jusqu'à la réforme de 2016, les présomptions apparaissaient comme un mode de preuve. Désormais, l'article 1382 (correspondant à l'ancien article 1353) constitue à lui seul la section « la preuve par présomption judiciaire » du chapitre III « les différents modes de preuve ». Les présomptions légales figurent, elles, dans les dispositions générales.

question de la preuve, cette notion manque d'unité dans le droit positif – et la doctrine peine à en donner une théorie générale.

## A. Définition générale

La définition la plus générale que l'on puisse donner des présomptions figurait dans l'article 1349 du *Code civil* jusqu'à la réforme du droit des obligations de 2016, qui l'a tout bonnement fait disparaître du *Code* : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. » Cette définition est frappante à plus d'un titre pour l'épistémologue. En premier lieu, tirer la conséquence d'un fait connu à un fait inconnu n'est rien d'autre que procéder à une inférence inductive ; les présomptions correspondraient ainsi au mécanisme même du raisonnement probatoire. Mais un autre aspect de la définition des présomptions sème le trouble : comment la loi et le magistrat peuvent-ils tirer le même genre de « conséquences » ? Si le magistrat (ne) peut faire des inférences (qu')à propos de faits, la loi ne peut (par définition) établir des conséquences qu'entre des notions juridiques. Il semble bien que les présomptions dites « de fait » ou « du fait de l'homme » d'une part, et les présomptions « de droit » ou « légales » correspondent à des réalités d'ordre tout à fait différent : inférences probatoires menée par un sujet (le juge) d'un côté, règles juridiques d'un autre.

Dans ce qui suit, à rebours des exposés habituels, je commencerai par examiner rapidement la notion de présomption de fait, avant de m'interroger sur les questions suivantes : dans quelle mesure les présomptions de droit concernent-elles la preuve ? Quelles contraintes exercent-elles sur le raisonnement probatoire du juge ?

## B. Les présomptions du fait de l'homme

### 1. Un complément au principe de liberté de la preuve

Les présomptions de fait, anciennement définies négativement comme « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi » sont désormais appelées « présomptions judiciaires », puisqu'elles sont « laissées à l'appréciation du juge ». L'article 1382 qui leur est consacré gagne en généralité par rapport à l'ancien article 1353 dont il est une réécriture, en définissant le domaine où les présomptions judiciaires sont admises comme celui où la « loi admet la preuve par tout moyen »<sup>165</sup>, c'est-à-dire, si l'on s'en réfère à l'article 1358, « hors les cas où la loi en

---

<sup>165</sup> L'ancien article 1353 C. civ. disposait : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. » L'article 1382 C. civ. dispose : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen. » (Je souligne.)

dispose autrement »<sup>166</sup>. La mention des présomptions judiciaires se présente ainsi comme un complément au principe de liberté de la preuve.

On voit mal, toutefois, en quoi consiste ce complément, dans la mesure où, comme je l'ai souligné précédemment, la notion de présomption de fait renvoie à ce qui constitue le cœur même du raisonnement probatoire, à savoir l'inférence inductive. Telles qu'elles sont décrites par la doctrine, les présomptions « du fait de l'homme » correspondent en effet à toutes les situations où le juge considère qu'un (ensemble de) fait(s) – ou plus exactement de propositions factuelles – offre des raisons suffisantes (jusqu'à preuve du contraire) pour considérer qu'un autre fait est établi.<sup>167</sup> Mais à bien y regarder, cela correspond à pratiquement toutes les situations – y compris celles où entrent en jeu des preuves légales, car l'objet de la preuve légale (par exemple l'existence d'un contrat) est rarement le seul fait pertinent pour la solution du litige.

## 2. Un « déplacement de l'objet de la preuve » ?

Il est courant de trouver, dans les exposés doctrinaux, l'idée selon laquelle les présomptions de fait correspondent à des « déplacements de l'objet de la preuve », à des « preuves indirectes » ou encore « circonstanciées ».<sup>168</sup> L'idée est que le fait pertinent objet de la preuve (par exemple, la vitesse d'un véhicule) ne pouvant être prouvé « directement », on l'établit « indirectement » par la preuve d'un autre fait (les traces de pneu). Mais, comme j'y reviendrai au chapitre 4, l'idée même de preuve directe repose sur une image abstraite et simplifiée du raisonnement probatoire et de la multiplicité des inférences qu'il met en jeu. Dans l'immense majorité des cas, la proposition factuelle pertinente est atteinte par l'intermédiaire d'autres propositions, qui sont dans une relation de dépendance probabiliste – qui rendent probable, plausible ou vraisemblable – le fait pertinent visé.<sup>169</sup>

En conséquence, il semble que la classification des présomptions judiciaires comme un mode de preuve parmi d'autres (au côté non seulement des preuves légales, mais aussi de certains « modes » de preuve libre, comme le témoignage) constitue une erreur de catégorie. En effet, les éléments de fait servant de prémisses aux inférences que constituent les présomptions

---

<sup>166</sup> « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen. » (C. civ., art. 1358)

<sup>167</sup> Ainsi par exemple apporte-t-on la preuve de la vitesse à laquelle roulait un véhicule en examinant les traces que ses pneus ont laissées. Cet exemple classique n'est pas des plus simples, puisqu'il fait implicitement intervenir une expertise.

<sup>168</sup> Voir F. Girard, *op. cit.* (p. 79) : « ce qui caractérise la présomption « factuelle », c'est d'intervenir lorsque la proposition de fait contenu dans l'élément de preuve ne permet pas d'établir *directement* la proposition objet de preuve (le fait « matériel ») – *ce qui oblige alors le juge à déployer un raisonnement présomptif.* »

<sup>169</sup> Le lien entre les deux éléments de fait n'est autre que celui de la pertinence au sens factuel, c'est-à-dire ce qui sous-tend toutes les inférences inductives.

peuvent provenir de tout type de sources : rapports d'expert, constatations personnelles du juge, dépositions de parties, mais aussi témoignages, et même actes juridiques (donc preuves légales).

### **3. L'ouverture vers un contrôle possible de la motivation du raisonnement sur les faits ?**

En somme, l'article 1382 ne semble pas dire autre chose que le fait que le juge, quand il est libre d'apprécier les preuves, peut mener les inférences qui lui semblent suffisamment fondées. Ce n'est là rien de plus – mais rien de moins – que l'énoncé du principe de liberté de la preuve. On peut voir dans l'insertion de cet article au cœur de l'exposé des modes de preuve un signe d'inachèvement du travail de réorganisation ; mais c'est aussi une brèche vers la complexité infinie du raisonnement probatoire qui ne demande qu'à s'ouvrir – et qui est amorcée par la prudence à laquelle le juge est invité, via la mention de « présomptions graves, précises et concordantes »<sup>170</sup>. Ce qui satisfait ce genre de critères, la loi ne le lui indique pas. Le chapitre 4 soulèvera la question de la possibilité d'un contrôle de la motivation pour la partie strictement probatoire du jugement, dont l'article 1382 semble ouvrir la possibilité.

## **C. Les présomptions légales**

Depuis la réforme de 2016, les présomptions légales n'apparaissent plus comme un mode de preuve – et c'est heureux – mais dans les dispositions générales relatives à la preuve des obligations, à l'article 1354, entre les dispositions relatives à la charge de la preuve et à l'autorité de chose jugée. La doctrine s'accorde à les considérer comme des aménagements de la charge de la preuve prévus par la loi – elles sont ainsi définies non pas comme un déplacement de l'objet de la preuve, mais bien comme des « dispenses de preuve »<sup>171</sup> pour celui qui devrait normalement en supporter le charge.

### **1. Quelques exemples**

Ainsi la victime d'un accident dont il est établi qu'il est survenu au temps et sur le lieu de son travail est-elle dispensée de rapporter la preuve de la cause précise de son accident pour qu'il

---

<sup>170</sup> À strictement parler ce ne sont pas les présomptions (puisque'elles correspondent aux inférences elles-mêmes – étant définies comme des « conséquences que le magistrat tire », mais les éléments de preuve, qui doivent être précis, graves et concordants.

<sup>171</sup> « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfutable lorsqu'elle ne peut être renversée. » (1353, C. civ.)

soit considéré comme un accident du travail<sup>172</sup>, « à charge pour l'employeur ou l'organisme de sécurité sociale, s'ils entendent renverser la présomption, de rapporter la preuve de l'origine totalement étrangère au travail de la lésion dont la victime est atteinte »<sup>173</sup>. De même, l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée » qui, en cette qualité, « jouit sur cette œuvre [...] d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »<sup>174</sup>. Autre exemple, l'article 26-4 C. civ. instaure une présomption de fraude lorsque la cessation de la communauté de vie entre les époux intervient dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration.

Enfin, quoique rares au pénal – en raison précisément de la présomption d'innocence qui semble, par son principe, écarter la possibilité de toute présomption à charge – il existe quelques exemples célèbres de présomptions, parmi lesquelles celle qui consiste à considérer « établi l'élément matériel du proxénétisme et son imputation à la personne dont il est établi que, vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou étant en relations habituelles avec une telle personne, elle ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 225-6 du code pénal) ».

Comme il apparaît ici, au-delà de la définition générale qui en est donnée à l'article 1354, les présomptions légales font l'objet de dispositions éparses dans les différents codes, d'autant plus difficile à unifier sous une théorie générale que le vocabulaire n'est pas un indicateur suffisant de la présence d'une présomption.<sup>175</sup>

## 2. Quel est l'objet de la « dispense de preuve » ?

Dans quelle mesure les présomptions légales sont-elles effectivement des dispenses de preuve ? Quel est l'objet de la preuve dont celui qui en bénéficie est effectivement dispensé ? Comme il apparaît dans les exemples ci-dessus, on retrouve ici le raccourci qui consiste à considérer comme objet de preuve un fait juridique et non un fait matériel : l'existence d'un accident du travail, la qualité d'auteur, l'existence d'une fraude, l'infraction de proxénétisme. Or tous ces

---

<sup>172</sup> L'article 411-1 du Code de la sécurité sociale dispose en effet qu' « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise. »

<sup>173</sup> *Rapport de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 154.

<sup>174</sup> Article L. 111-1, al. 1<sup>er</sup> du même code.

<sup>175</sup> Ainsi, la présomption de captation d'héritage énoncée à l'article 909 al. 1 C. civ. ne contient aucun des termes associés à la notion de présomption : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci. »

faits juridiques, à proprement parler, ne peuvent pas être prouvés ; ils peuvent être établis par le biais d'une opération de qualification appliquée à des faits matériels qui, seuls, peuvent faire l'objet d'une preuve. L'idée d'une dispense de preuve bien comprise semble donc devoir être réinterprétée comme suit : est dispensé de la preuve du fait matériel (ou de l'ensemble de faits matériels) susceptibles de recevoir la qualification en jeu celui qui peut établir d'autres faits matériels. Dans le cas de l'accident du travail, le fait matériel implicite est la relation de cause à effet entre le travail et la lésion ; si ce fait n'était pas implicitement considéré comme l'objet de la dispense de preuve, la possibilité pour l'organisme ou l'employeur de renverser la présomption en rapportant la preuve d'une cause extérieure serait infondée. Dans le cas du proxénétisme, le fait matériel implicite est constitué par le fait que le mis en cause tire effectivement ses revenus de l'activité de prostitution de sa compagne. De là on peut tirer deux ensembles de considérations.

En premier lieu, il semble que toute présomption légale soit en réalité sous-tendue par une présomption factuelle implicite.<sup>176</sup> En effet, le fait matériel implicitement au fondement de la qualification d'accident du travail est considéré comme établi par la preuve de deux autres faits matériels – ceux du temps et du lieu auxquels est survenu l'accident, si bien que la preuve de ces deux derniers est considérée comme pertinente pour établir l'accident du travail. Il semble même que ce soit en vertu de cette présomption factuelle sous-jacente que l'on puisse parler de « présomption » dans le cas des présomptions légales – et qu'elles se rapportent bien au domaine de la preuve. Dans les cas où il est impossible d'identifier le fait matériel dont est dispensé de preuve celui qui bénéficie d'une présomption légale, on doit conclure qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une présomption – mais plutôt d'une définition.

Enfin, on peut observer ici aussi que le fondement des présomptions factuelles sous-jacentes peut être de différents ordres. Tantôt elles semblent épistémologiquement fondées, au sens où elles s'appuient sur des considérations relatives au cours normal des choses (le *plerumque fit*), tantôt sur des considérations d'économie et d'aptitude à la preuve, voire d'équité.<sup>177</sup> Cela ouvre la question de la conséquence des présomptions légales ainsi définies pour le raisonnement probatoire du juge auxquelles elles s'imposent.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> « La présomption légale n'est au fond qu'une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi » (C. Aubry et C. Rau, *op. cit.*, §1548, p. 100-101.

<sup>177</sup> Plusieurs exemples de ce type sont fournis par la catégorie des présomptions prétorienne, qui occupent un statut intermédiaire entre les présomptions légales et de fait. À ce titre, elles méritent un examen à elles seules, que je réserve pour une autre occasion.

<sup>178</sup> Les présomptions dites « antéjudiciaires » peuvent sembler échapper à cette analyse. Le terme, hérité de Bentham, désigne les présomptions qui ne se fondent sur aucun fait antécédent bien identifié. Ainsi en va-t-il de

### 3. Un « cadeau probatoire » pour le juge ?

Les présomptions légales constituent un « cadeau probatoire » pour l'une des parties<sup>179</sup>. Mais peut-on en dire autant pour le juge ? Véritables règles de droit, elles s'imposent à lui et semblent en ce sens entraver la liberté de la preuve, à peu près au même titre que les preuves légales. On peut dessiner deux images possibles du cheminement intellectuel du juge confronté à une présomption légale. Soit il la reprend à son compte, jugeant implicitement que la présomption de fait qui la sous-tend est raisonnable, soit elle s'impose à lui comme une définition légale. Dans le premier cas, il acceptera la conclusion de la présomption comme il accepte d'autres propositions factuelles au terme de ses propres inférences ; dans le second, il jugera qu'il ne s'agit pas d'une question de fait, mais de droit. En somme, il revient au juge de forger sa propre conception de la tâche probatoire qui est la sienne : « morcelée » ou globale. Si cela révèle deux conceptions différentes de son office, cela n'affecte pas la liberté de son raisonnement probatoire : pour les questions de fait dont il est saisi, elle est intacte.

## V. Modes et types de preuve : l'impossible classification

Pour terminer ce chapitre, il convient de dire quelques mots de la notion de mode de preuve, des plus déroutantes pour qui chercherait dans le chapitre du code civil qui leur est consacré une typologie des différentes formes que peuvent revêtir les éléments de preuve au tribunal —

---

la présomption de bonne foi et de la présomption d'innocence, appelées « antéjudiciaires » parce qu'elles s'imposent au juge avant tout procès. L'absence de fait antécédent n'empêche pas, néanmoins, de les considérer comme des présomptions. Plus exactement, l'absence d'antécédent *constitue* l'antécédent : ce que nous dit la présomption de bonne foi, c'est que, *en l'absence de raison d'en douter (en l'absence de toute information spécifique)*, la bonne foi peut être présumée. Elle s'infère, pour ainsi dire, de l'absence d'information contraire. Ainsi conçue, cette présomption peut se voir offrir une justification « empirique », fondée sur des considérations générales relative au fait que, *toutes choses égales par ailleurs*, les gens ont tendance à être de bonne foi. Elle peut aussi être conçue comme une sorte d'acte de foi ou une représentation des relations humaines dont on décide qu'elle doit être au fondement des lois régissant les relations entre justiciables. Il est intéressant de comparer les différentes justifications que l'on peut offrir de la présomption de bonne foi avec la discussion en épistémologie du témoignage (la branche de la philosophie qui s'intéresse au statut des connaissances obtenues par le biais d'autrui) entre les « réductionnistes », qui affirment que notre confiance en autrui est le résultat de notre expérience de sa fiabilité, et les « anti-réductionnistes », pour qui la confiance en autrui est davantage fondée dans un principe de rationalité – ils emploient d'ailleurs pour désigner ce principe la notion de présomption, évoquant un « droit présomptif à se fier à autrui ». Sur ces débats, voir M. Vorms, « La valeur probante du témoignage : perspectives épistémologique et juridique », *Cahiers philosophiques*, n°142, 2015, et M. Vorms, « Sommes-nous trop crédules ? », *Crises de confiance*, La Découverte, 2020. En ce qui concerne la présomption d'innocence, sa justification soulève de profondes questions, mais sa structure est la même : *par défaut*, les gens sont innocents. Pour une discussion approfondie de cette notion en *Common law* et des différents sens qu'elle est susceptible de prendre selon la perspective disciplinaire dans laquelle on l'aborde, voir P. Roberts, « Presumptuous or pluralistic presumptions of innocence? Methodological diagnosis towards conceptual reinvigoration », *Synthese*, 198(9), 2020. Pour un examen critique de son sens en droit français, voir M. Vorms, « La présomption d'innocence est-elle un principe probatoire ? Une approche épistémologique », *Revue des procédures*, à paraître.

<sup>179</sup> L'expression est de T. Fossier et F. Lévêque, « Le “presque vrai” et le “pas tout à fait faux” : probabilités et décision juridictionnelle », *JCP*, n°14, 2012.

témoignages oraux ou écrits, dépositions de parties, rapports d'expert, constatations personnelles, rapports de police, documents (correspondances, photographies, plans, etc.), ou encore objets matériels. Il n'existe pas, en droit français, de telle typologie. Si certaines de ces catégories appartiennent à ce que l'on peut appeler des « preuves nommées »<sup>180</sup>, au sens où le droit définit un régime particulier pour leur recueil et leur production<sup>181</sup>, d'autres sont innommées – mais peuvent néanmoins valoir comme preuve, à condition d'avoir été acquises et produites conformément à la loi.<sup>182</sup>

La liste des modes de preuve fournie dans le code civil ne vise aucunement à fournir une telle typologie et ne traite aucune des questions procédurales mentionnées ci-dessus. En dépit de la séparation opérée par la refonte de 2016 entre la question de l'admissibilité et la définition des différents modes de preuve, cette notion reste indissociable du régime de preuve légale qui s'applique aux actes juridiques (voir chapitre 2). À strictement parler, donc, il ne devrait y avoir de modes de preuve que des modes de preuve légale. Pourtant, la liste même des cinq modes définis aux articles 1363 à 1386-1 semble démentir cette affirmation. Constituée de la preuve par écrit, la preuve par témoins, la preuve par présomption judiciaire, l'aveu et le serment, elle défie toute tentative de définition unifiée de la notion, tant elle est hétéroclite. Si certains écrits, l'aveu judiciaire et le serment décisive bénéficient bien d'un régime spécial, la preuve par témoins n'est mentionnée qu'en tant que sa valeur est laissée à l'appréciation du juge (1381, C. civ). Il en va de même pour l'aveu extrajudiciaire (1383-1, C. civ.). Quant aux présomptions judiciaires, j'ai déjà souligné le caractère déroutant que constitue leur apparition au sein de cette liste, tant il est vrai qu'elles recouvrent l'intégralité du raisonnement probatoire qui n'est pas réglé par des preuves légales. La liste ne s'ordonne donc ni en fonction d'un critère d'admissibilité, ni en référence à la considération du type de support (la preuve par témoins est distincte de la preuve par écrit, alors même qu'un témoignage peut être apporté par une attestation écrite – de même, d'ailleurs, que le serment ou l'aveu). Elle ne correspond pas non plus à une liste des preuves « nommées », puisque la preuve par expertise, par exemple, fait l'objet de nombreuses dispositions dans le code de procédure civile (art. 263 à 284-1) mais ne figure pas dans la liste des modes de preuve. Comme tous les autres types de preuve qui ne bénéficient pas d'un régime de preuve légale, la preuve par expertise semble bien devoir entrer dans la catégorie des présomptions judiciaires, au sens où elle constitue un type de preuves parmi d'autres pouvant servir les inférences inductives du juge. Dans cette perspective, on

---

<sup>180</sup> Cette dénomination, inspirée du droit des contrats, est adoptée par E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*

<sup>181</sup> E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, Troisième partie.

<sup>182</sup> C'est-à-dire conformément aux dispositions générales relatives à la licéité des preuves.

comprend mal le statut particulier du témoignage. Certes, sa définition est encadrée par la loi, au sens notamment où tout le monde ne peut pas être écouté en qualité de témoin, et où les faits pouvant faire l'objet des déclarations des témoins sont ceux « dont ils ont personnellement connaissance » (CPC, art. 199) – ce qui écarte implicitement la preuve par ouï-dire ou « de commune renommée ». Mais outre que c'est aussi, comme je l'ai dit, le cas du rapport d'expert (entre autres), la valeur probante du témoignage reste soumise à la libre appréciation du juge.

Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de ces propos critiques. S'ils expriment l'impossibilité de dégager une définition unitaire de la notion de mode de preuve et l'absence de typologie des éléments de preuve, ils ne suggèrent pas qu'une telle absence est regrettable. Je ne crois pas qu'une typologie à la fois homogène et complète soit possible ; en outre, il n'est pas certain qu'elle soit souhaitable. Dans le prochain et dernier chapitre, je proposerai une analyse de la force probante des éléments de preuve (dans le cadre d'un raisonnement probatoire libre) fondée sur une analyse de la nature et de la structure des inférences qu'elles permettent, plus que sur la catégorie d'objets ou de supports dont ils relèvent.

# Chapitre 4

## En (bonne) pratique

Ce chapitre est essentiellement programmatique. On peut le résumer comme une tentative d'exhiber – sinon de démêler – la complexité de ce que le droit français appelle « présomptions judiciaires » ou « présomptions du fait de l'homme ». Après avoir ébauché la définition de quelques outils et catégories d'analyse (I), je proposerai plusieurs pistes pour leur mise en œuvre, tant dans un travail d'enquête sur la pratique effective des juges que dans une perspective d'amélioration de ces pratiques – si nécessaire ! – (II). En vertu de l'hypothèse selon laquelle le raisonnement probatoire du juge civil est essentiellement de même nature que celui du juge pénal, ce qui suit a vocation à s'appliquer aux deux contextes.

### I. Principes et outils

Le chapitre précédent a mis au jour à quel point le droit positif de la preuve était centré sur les faits juridiques, et ne prêtait pas attention au travail probatoire du juge sur les faits. Pourtant, au civil comme au pénal, il incombe au juge de les établir, et ses pouvoirs quant à la recherche de preuves sont étendus. Il s'agit ici, pour qui est issu de la tradition juridique française, d'opérer un véritable décentrement afin, pour reprendre l'expression de William Twining, de « prendre les faits au sérieux »<sup>183</sup>. Les outils et catégories d'analyse que je définis dans ce qui suit sont pour l'essentiel inspirés des travaux de David Schum<sup>184</sup>, lui aussi représentant du renouveau des études interdisciplinaires sur la preuve dans les pays de *Common law*.<sup>185</sup> En tant que telles, les définitions que je propose – par exemple celles de la force probante et de la pertinence – sont beaucoup plus proches de celles qu'elles reçoivent en *Common law* qu'en droit français. Pour autant, je me les approprie dans une perspective épistémologique qui n'a pas vocation à rester cantonnée à un modèle juridique<sup>186</sup> – c'est du moins le présupposé qui anime ce travail. En tant qu'elles concernent le raisonnement sur les faits, elles sont universelles.

---

<sup>183</sup> W. Twining, « Taking Facts Seriously », *Journal of Legal Education*, 34(1), 1984, p. 22-42.

<sup>184</sup> D. Schum, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, *op.cit.*

<sup>185</sup> Voir l'Introduction générale.

<sup>186</sup> En outre, je ne prétends à aucun moment porter un jugement, positif ou négatif, sur les pratiques probatoires des juges et jurys en *Common law*. L'intérêt que je porte à ces catégories ne préjuge en rien de la manière dont elles sont appliquées.

## A. Faits et preuves : *evidence et events*

### 1. Une analyse fonctionnelle de la preuve

Si chaque discipline scientifique s'appuie sur un certain type d'informations (des statistiques sur la criminalité en région PACA ne sont pas des candidats valables pour servir à une enquête en paléontologie), la diversité des types d'éléments pouvant servir de preuve dans le raisonnement probatoire d'un juge est potentiellement infinie : tout fait du monde est susceptible d'y jouer un rôle. Aussi, plutôt que de tenter de réduire cette diversité par l'imposition d'une classification, je propose dans ce qui suit de fournir une analyse de la *fonction* de preuve, c'est-à-dire de ce que cela signifie pour un élément quelconque du monde de valoir comme preuve dans un raisonnement.

### 2. Une distinction fondamentale

Considérons la déclaration suivante d'un chauffeur de bus au tribunal : « M. X est descendu de mon bus à la station Buttes Chaumont à 21h30 ». Cette déclaration est en elle-même un événement du monde, tout comme le sont la production d'une pièce comme un extrait de journal intime, une photographie, un plan d'architecte, ou encore le rapport d'un expert. Chacun de ces événements du monde attestent – ou témoignent de – l'existence d'autres événements ou faits. Dans le cas de la déclaration du chauffeur, elle témoigne de l'événement constitué par la descente du bus par M. X à la station Buttes Chaumont à 21h30. La production de la photographie témoigne de l'existence (passée) de la scène représentée, celle du journal intime du fait que son auteur y a écrit ce qu'il contient.

Comme Schum, je propose de noter  $E^*$  les événements du monde qui témoignent d'autres événements, et de noter ces derniers  $E$ . Quand  $E^*$  est le témoignage du chauffeur de bus,  $E$  est l'événement constitué par la scène qu'il rapporte. Insistons : pour l'instant, il n'a pas été question de preuve, mais simplement d'événements  $E^*$  qui attestent d'autres événements  $E$ . Voyons maintenant comment des événements  $E^*$  peuvent valoir comme preuves dans une enquête visant à évaluer la plausibilité d'une hypothèse.

## B. Analyse de la force probante : pertinence et crédibilité

### 1. Pertinence

Supposons que l'on cherche à évaluer la plausibilité de l'hypothèse (notée  $H$ ) selon laquelle M. X était chez Mme Y à 22h10. Une telle question de fait peut se poser dans tout type de contentieux – au pénal comme au civil. Un élément de preuve  $E^*$  est dit *pertinent* relativement

à *H* si la connaissance de l'événement *E* qu'il atteste nous fait progresser dans l'enquête relative à *H* – si elle tend à rendre *H* plus ou moins plausible. Le témoignage du chauffeur de bus est pertinent relativement à la question de savoir si M. X était chez Mme Y à 22h10 dans la mesure où la connaissance du lieu où se trouvait M. X à 21h30 nous permet d'en évaluer la plausibilité. On aura reconnu la notion factuelle de pertinence propre à la *Common law*.

## 2. Crédibilité

Toutefois, pour être *probant*, le témoignage du chauffeur du bus ne doit pas seulement être pertinent ; il doit aussi être *crédible*. Si l'événement rapporté par le chauffeur n'a pas eu lieu, son témoignage est de peu de valeur. Il en va de même si la photographie est truquée ou si le journal intime n'est pas authentique. La crédibilité d'un élément de preuve *E\** peut être définie comme la mesure dans laquelle je peux m'appuyer sur *E\** pour considérer que *E* est bien le cas et en faire une prémisse de mon raisonnement.<sup>187</sup>

Pertinence et crédibilité sont toutes deux essentielles à l'évaluation de la force probante d'un élément de preuve. Elles sont, en outre, partiellement indépendantes. Le récit du témoin oculaire des faits sur lesquels porte l'enquête est maximalelement pertinent (puisque l'événement qu'il atteste est précisément celui sur lequel porte l'enquête), mais souvent peu crédible (en vertu du manque de fiabilité des témoignages oculaires en général). Inversement, l'analyse d'une trace ADN par un expert reconnu, quand bien même on lui accorde une forte crédibilité, peut s'avérer plus ou moins pertinente selon le contexte du crime (si le suspect vivait avec la victime, retrouver son ADN chez elle n'est pas très pertinent).<sup>188</sup> Présente en *Common law*<sup>189</sup>, la distinction entre pertinence et crédibilité est absente de la pensée juridique française. La notion de force probante y est implicitement rabattue sur celle de crédibilité – mais cette dernière ne fait pas l'objet d'analyses approfondies.

## 3. L'évaluation de la pertinence et de la crédibilité : le rôle des généralisations empiriques

L'évaluation de la pertinence d'un élément de preuve repose sur des généralisations implicites. Prenons un exemple tiré d'un cas réel. Une femme de chambre de 18 ans est accusée d'avoir

---

<sup>187</sup> Les composantes de la crédibilité des différents types d'éléments de preuve est un sujet immense, qui mérite un traitement à lui seul. Les spécificités du témoignage d'une part, et celles des expertises scientifiques, d'autre part, font l'objet de projets en cours.

<sup>188</sup> La notion de pertinence factuelle étant absente de la pensée juridique française, sa définition de la force probante est implicitement rabattue sur celle de la crédibilité, sans pour autant que cette dernière reçoive un traitement précis.

<sup>189</sup> La *Common law* distingue les deux : si le juge est chargé d'exclure les preuves qui ne satisfont pas à l'exigence de pertinence, il ne peut les exclure sur la base d'une faible crédibilité. Voir M. Damaška, *op. cit.* p. 56).

volé une montre de luxe dans l'hôtel où elle travaille. Son téléphone ne contient aucun SMS. On jugera ou non ce constat pertinent selon que l'on est prêt à endosser ou non tout une série de généralisations empiriques, parmi lesquelles « une jeune femme de 18 ans communique beaucoup par SMS », « quand on efface ses SMS c'est qu'on a quelque chose à cacher », etc., nous permettant d'en conclure (avec plus ou moins de force) que la jeune femme avait quelque chose à cacher. À son tour, cette affirmation peut jouer un rôle dans notre évaluation de l'hypothèse qui nous intéresse – celle de savoir si elle a ou non subtilisé la montre. On voit ici la longueur et la complexité du chemin à parcourir entre les éléments de preuve et l'établissement du ou des fait(s) pertinent(s) au sens de la doctrine française, chemin tout entier contenu dans l'idée de présomption judiciaire – et laissé inexploré.

L'évaluation de la crédibilité repose elle aussi sur des généralisations implicites. Bien que certains aspects de la crédibilité de éléments de preuve – en particulier dans le cas du témoignage – puissent sembler relever de l'intuition plus que du raisonnement, on peut toujours décomposer un jugement de crédibilité et exhiber les généralisations implicites qui le sous-tendent. Ainsi, s'il est incontestable que l'impression que peut donner un témoin d'être mal à l'aise est parfois difficile à expliquer, le fait d'en conclure qu'il ment repose en lui-même sur une généralisation implicite, selon laquelle « quand un témoin est mal à l'aise, c'est qu'il ment » – laquelle est notoirement discutable.<sup>190</sup>

## **C. Inférences « en cascades » et réseaux**

### **1. Preuves directes, preuves circonstancielles et preuves ancillaires**

De ce qui précède on peut conclure qu'il n'existe à proprement parler rien de tel qu'une preuve directe ou « pleine ». Même l'enregistrement vidéo de la scène qui fait l'objet d'une enquête n'autorise la conclusion que cette scène a eu lieu que si l'on admet son authenticité. Toutefois, dans un tel cas, la pertinence de l'élément de preuve est telle que, si la crédibilité est établie, la preuve est concluante.

Mais la plupart des preuves sont circonstancielles, au sens où, même en admettant leur crédibilité, elles ne conduisent à l'établissement de l'hypothèse principale – le ou les fait(s) pertinent(s) au sens français – que par une série d'étapes inférentielles. En outre, la chaîne

---

<sup>190</sup> J. Ferrer Beltrán voit dans cette distinction entre l'expérience immédiate du juge et les inférences qu'il en tire la possibilité de ménager un espace pour le contrôle du raisonnement probatoire, sans violer le « principe d'immédiateté ». Voir J. Ferrer Beltrán, « Los hechos en la casación civil », *op. cit.* Sur le principe d'immédiateté, voir P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 1944, trad. espagnole, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. i, Buenos Aires: EJEA, 1973, p. 330.

d'inférences qui conduit de la connaissance de *E* à la mise à jour de l'évaluation de la plausibilité de *H* n'est pas toujours linéaire : certains éléments de preuve acquièrent leur pertinence en nous renseignant sur la pertinence ou la crédibilité d'un autre élément – on parle alors de pertinence « ancillaire ». Par exemple, un témoignage attestant l'alcoolisme du chauffeur de bus n'est pas directement pertinent pour savoir si M. X était chez Mme Y à 22h10 mais, en affaiblissant la crédibilité des propos du chauffeur qui nous renseignaient (indirectement) à ce sujet, il en affecte la force probante pour l'hypothèse de la présence de M. X chez Mme Y. De même, l'information selon laquelle Mme Y habite non pas dans le quartier des Buttes Chaumont comme on le supposait initialement, mais à trois heures de route, si elle n'est pas pertinente directement pour *H* (la présence de M. X chez Mme Y à 22h10) affecte considérablement la pertinence du témoignage du chauffeur de bus – non pas au sens où elle serait affaiblie, mais au sens où les faits attestés par le témoignage (l'heure de la descente du bus) prennent un tout autre sens pour la question de la présence de M. X chez Mme Y. D'élément à charge, le témoignage devient à décharge.

## 2. Réseaux et complexité (infinie)

Ce que ces considérations révèlent, c'est que se représenter le raisonnement probatoire sous la forme d'une chaîne d'inférences est une simplification abusive. Non seulement chaque étape inférentielle peut être décomposée à l'infini, mais le raisonnement probatoire a plutôt la forme d'un réseau, dans lequel la modification d'un nœud – ou l'établissement d'un lien entre deux nœuds – peut avoir une répercussion sur l'ensemble.<sup>191</sup> Parfois, le simple fait de remettre en question le bien-fondé de l'un des nœuds du réseau (l'une des hypothèses, ou l'une des généralisations empiriques implicites) peut conduire à réinterpréter tous les autres nœuds. Cette analyse révèle en outre la raison pour laquelle toute typologie des éléments de preuve est vouée à l'échec : si l'on s'aperçoit que le chauffeur a menti, son témoignage ne nous intéresse plus pour la scène qu'il nous rapporte – il perd sa pertinence en tant que témoignage – mais devient très pertinent en tant que comportement révélant son implication possible dans l'affaire.<sup>192</sup>

Les considérations qui précèdent ne valent pas que pour les affaires criminelles les plus romanesques : tout raisonnement visant à établir des faits à partir d'autres faits, même le plus simple en apparence, peut être décomposé et révéler une complexité inouïe. Or, en raison même

---

<sup>191</sup> C'est la raison pour laquelle l'évaluation séquentielle des preuves une à une (en comptant les « plus » et les « moins ») augmente considérablement le risque d'erreur.

<sup>192</sup> Pour mentionner un autre film, c'est sur ce genre de ressort que repose l'intrigue de *Témoin à charge* de Billy Wilder, tiré d'une nouvelle et d'une pièce d'Agatha Christie. Il existe des travaux de psychologie expérimentale visant à tester la manière dont les sujets mettent à jour leurs croyances face au discrédit d'un alibi (D. Lagnado et N. Harvey, « The impact of discredited evidence », *Psychonomic Bulletin & Review*, 2008, 15(6).)

de cette complexité et du caractère dynamique et fragile du raisonnement probatoire, il est beaucoup plus difficile d'en énoncer des règles que pour le raisonnement déductif ; bien que certaines inférences semblent mieux fondées que d'autres, il n'existe pas *un* unique bon chemin inférentiel à emprunter. Mais alors, à quoi sert d'exhiber cette complexité ? Que peut et que doit faire le juge qui – rappelons-le ! – doit trancher ?

## **II. Perspectives**

Le projet d'une épistémologie du raisonnement probatoire des juges manquerait son objectif principal s'il n'était pas susceptible d'une application pratique. Celle-ci peut prendre plusieurs formes, qui constituent autant de pistes à explorer. Je les expose, de manière strictement programmatique, dans ce qui suit.

### **A. Étudier les pratiques**

En premier lieu, les outils dont j'ai ébauché la définition peuvent offrir des catégories d'analyse pour la pratique des juges. Un tel projet, indissociablement descriptif et épistémologique, se heurte néanmoins à un certain nombre de difficultés méthodologiques liées aux voies d'accès possibles à cette pratique.

#### **1. La voie expérimentale**

Une première manière d'étudier les raisonnements des juges est de procéder à des expériences de psychologie. Il existe ainsi de nombreuses études de psychologie expérimentale qui consistent à mettre des sujets dans la situation de juges ou de jurés et à étudier la manière dont, par exemple, tel ou tel type de preuve les conduit à tel ou tel type de conclusion.<sup>193</sup> Les limites de telles études, qui nous renseignent de manière très précieuse sur certains aspects du raisonnement probatoire en général, sont que leurs conclusions sont difficilement extrapolables au raisonnement des « vrais » juges.

Il n'est certes pas impossible d'inviter des magistrats à prendre part à de telles expériences, qui ont généralement la forme de questionnaires. Toutefois, on se heurte ici au problème de la représentativité des résultats : outre qu'il est difficile de réunir un échantillon représentatif de magistrats disposés à participer à de telles études, on peut supposer que ceux qui le sont manifestent un intérêt particulier pour le sujet et une bonne volonté qui peut bien menacer, à nouveau, le caractère extrapolable des résultats à des situations réelles.

---

<sup>193</sup> Voir M. Vorms et D. Lagnado, *op. cit.*

## 2. L'étude des décisions

Un moyen plus sûr d'étudier les pratiques réelles est de se pencher sur les décisions elles-mêmes. Bien évidemment, rien ne nous autorise à penser que la motivation qui en est fournie par le juge révèle les processus inférentiels par lesquels il s'est réellement forgé une intime conviction. Mais elle fournit une image des raisons que le juge estime être les bonnes – et dont il estime qu'elles devraient être jugées telles tant par les justiciables que par ses confrères. C'est donc une source très précieuse d'informations, qui gagne en outre à être complétée par des entretiens.

Un autre type de difficultés se présentent néanmoins ici. Au-delà des études exploratoires et qualitatives qui reposent sur l'examen de décisions isolées, se pose le problème du choix du corpus, et de l'accès aux décisions correspondantes. Ici, le soutien de professionnels du droit s'avère indispensable. En concertation avec eux, on pourra décider de se concentrer sur un type de contentieux, ou sur une juridiction particulière. L'étude des décisions semble aussi un bon moyen d'explorer plus avant la comparaison entre le pénal et le civil.

Enfin, au-delà de l'analyse systématique d'un ensemble de décisions « courantes », l'étude d'un cas complexe peut révéler d'autres aspects importants. Ainsi en va-t-il des affaires dont la solution dépend de questions scientifiques complexes.<sup>194</sup>

### B. Encourager les bonnes pratiques

Au-delà de l'étude des pratiques, peut-on envisager, au moyen des outils proposés, de les améliorer ? En premier lieu, il convient d'insister à nouveau sur le point suivant : le raisonnement probatoire est libre ou il n'est pas. En aucun cas, donc, il ne peut être question de l'enrégimenter par un arsenal de règles obligatoires. Mais, comme j'y ai insisté au chapitre 2, l'exercice de la liberté de raisonner est exigeant. Il s'apprend. Encourager la formation des juges au raisonnement probatoire semble une entreprise tout à la fois réalisable et utile.

#### 1. Pour une formation des magistrats au raisonnement probatoire

Il n'existe pas, dans la formation des magistrats, de module relatif aux raisonnements sur les faits.<sup>195</sup> Cela n'est pas surprenant, non seulement au regard du désintérêt du droit français pour

---

<sup>194</sup> Je suis actuellement en train de mener une telle enquête, en collaboration avec deux collègues philosophes des sciences, sur le rôle des informations scientifiques dans une affaire pénale mettant en cause un grand groupe pharmaceutique.

<sup>195</sup> J'ai eu l'occasion, à la faveur d'une convention entre l'École nationale de la magistrature et un groupe de recherche auquel j'appartenais, de participer à de courtes sessions de formation à destination des magistrats (dans le cadre de la formation continue). Cette expérience ponctuelle mériterait d'être généralisée et pérennisée dans la formation initiale des auditeurs de justice.

les questions de fait, mais encore parce qu'un tel module n'existe dans à peu près aucune formation spécialisée – les médecins, par exemple, n'en bénéficient pas non plus. Restons-en aux magistrats. Il semble envisageable de les sensibiliser, par le biais d'études de cas tirées de l'analyse des pratiques, à la subtilité du raisonnement sur les faits et aux nombreux « pièges » à éviter.

À titre d'ébauche, voici quelques « réflexes » que l'on pourrait inciter les élèves magistrats à acquérir. Certains items de la liste peuvent constituer des moyens d'en réaliser d'autres.

- Commencer par identifier les « nœuds » du réseau : 1. Identifier les faits non qualifiés (les hypothèses factuelles **H**) à propos desquels le litige ou l'affaire implique de prendre une décision (décider qu'ils sont ou non établis) ; 2. identifier les différents éléments de preuve **E\*** dont on dispose ; 3. clarifier pour chacun d'eux l'événement **E** dont il atteste.
- Évaluer la crédibilité de chacun des **E\***, et les liens de pertinence des **E** entre eux et vis-à-vis des **H**. Le cas échéant, s'aider d'une représentation graphique du réseau.<sup>196</sup>
- Ne pas se « précipiter » dans une interprétation unique des informations ; examiner l'effet de la suppression ou de la négation d'un des **E** ou des **H** sur la pertinence des différents **E\***, ainsi que sur leur crédibilité.
- Ne pas « compter » plusieurs fois des informations qui ne sont pas indépendantes.
- Expliciter les hypothèses implicites qui sous-tendent les inférences inductives les plus importantes ; s'assurer qu'elles sont bien fondées ; les examiner à la lumière d'autres informations ; examiner l'effet de la suppression de l'une d'elle sur les liens entre les différents nœuds du réseau.
- Quand un **E** a été disqualifié (parce que le **E\*** correspondant a été décrédibilisé et / ou qu'une autre information est venue en faire baisser la plausibilité), renoncer à tous les autres **E** qu'on en avait inférés, mais ne pas automatiquement tirer la conclusion contraire.

---

<sup>196</sup> Une telle représentation graphique doit être laissée entièrement libre. H. Wigmore est célèbre pour avoir conçu une méthode graphique de représentation des preuves, fondée sur une analyse fine du raisonnement probatoire (voir O. Leclerc, H. Wigmore, *Un jalon vers une « science de la preuve »*, 2019, Dalloz). Elle n'a jamais été utilisée par les juges. En raison même de la complexité du raisonnement probatoire, de sa forte dépendance au point de vue de chacun et au contexte, non seulement il est pratiquement impossible de parvenir à une « méthode » graphique susceptible de s'appliquer de manière simple et utile à tous les cas, mais encore il y a bien peu de chances que des sujets à qui l'on imposerait une telle méthode la prennent aisément en mains ; plutôt qu'une aide, elle risquerait de devenir un carcan à la fois chronophage et relativement inutile. Pour une tentative dans ce sens et un constat des limites de cette entreprise fondée sur une expérience réelle, voir O. Leclerc, E. Vergès et G. Vial, « Turning a graphical method of evidential reasoning into an operational tool for judges ? Empirical evidence », *International Journal of Evidence and Proof*, 2022, 26(2), p. 136-156.

Une telle feuille de route pourrait mettre au jour un certain nombre de « défauts » du raisonnement, allant de la contradiction pure et simple entre deux propositions (pas nécessairement apparente sans ce travail d'explicitation et de clarification) à l'acceptation d'une généralisation implicite mal fondée, ou le maintien d'une conclusion dont la prémisse a été remise en cause. Naturellement, l'importance à donner à chacune de ces recommandations dépend fortement de la complexité de l'affaire ou du nombre de faits litigieux.

Je ne prendrai qu'un exemple, tiré d'un cas réel. Le suspect d'une affaire de violence aggravée est interpellé chez lui, visiblement saoul, quelques heures après les faits. Il est 3 heures du matin et la police constate que le sol de son entrée est humide. Ce dernier élément est retenu à charge, comme un indice laissant supposer qu'il a dû lessiver son sol, laissant à son tour suspecter qu'il a voulu en faire disparaître des traces de sang. Ici,  $E^*$  est la constatation des policiers,  $E$  le fait que le sol était mouillé, et  $H$  l'hypothèse selon laquelle il a voulu faire disparaître des traces de sang. La crédibilité de  $E^*$  étant peu douteuse, on peut admettre  $E$  (l'humidité du sol). De là, on peut inférer – évacuant déjà un certain nombre d'autres explications possibles – qu'il vient de lessiver son sol. De là à nouveau on infère qu'il a voulu en faire disparaître quelque chose (moyennant l'hypothèse implicite selon laquelle en général on ne fait pas le ménage chez soi à 3 heures du matin). De là on conclut qu'il y avait des traces de sang. Cette dernière inférence est très lourdement dépendante de l'hypothèse principale qui guide l'enquête – celle selon laquelle le suspect est l'auteur des violences. Il est tentant de se précipiter dans cette direction, alors que d'autres explications sont possibles (à commencer par celle selon laquelle l'homme a simplement renversé un verre, ou encore selon laquelle, très saoul, il a été malade). Or l'enquête révèle par ailleurs qu'un test au Bluestar, dont la fiabilité est très grande, conclut à l'absence de trace de sang. Non seulement on doit renoncer à l'hypothèse selon laquelle il y avait des traces de sang, mais encore faut-il se défaire de l'impression tenace selon laquelle l'humidité du sol est l'indice d'un « comportement suspect ». Certes, il semble étrange de lessiver son sol à 3 heures du matin (à supposer qu'il l'ait fait), mais en quoi est-ce pertinent si l'hypothèse de la présence de sang est écartée ? Expliciter les liens entre ces différentes hypothèses, voire les représenter graphiquement, permet de prendre conscience que l'on a parfois tendance à rester « accroché » à une certaine interprétation d'un élément de preuve, alors même qu'elle ne se justifie plus du tout au regard d'autres éléments. Comme on le voit, cette affaire n'est pas d'une grande complexité, et pourtant le piège décrit ici est réel. Ces remarques montrent bien l'importance, en outre, d'une prise en compte globale des éléments de preuve et de la nécessité

de réexaminer ceux que l'on a considérés en premier à la lumière des suivants, plutôt que de les aborder séquentiellement en faisant une liste de « plus » et de « moins ».<sup>197</sup>

## **2. Vers un renforcement des exigences de motivation ?**

Un objectif plus ambitieux encore que celui d'une formation consisterait à faire en sorte que ces « bonnes habitudes » se reflètent dans l'exigence de motivation attendue des juges du fond. Telle qu'elle est formulée dans les codes de procédure civile et pénale, l'exigence de motivation est des plus succincte et porte sur l'ensemble de la décision, et non sur sa partie factuelle. Cela est cohérent, au regard du principe de liberté de la preuve qui implique notamment l'absence de contrôle en cassation sur les questions de fait. La seule indication qui est donnée quant aux « présomptions qui ne sont pas établies par la loi [...] et qui sont laissées à l'appréciation du juge » est qu'il « ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes » (1382, C. civ).

Telle quelle, cette indication ne prescrit rien de bien défini. Une manière de lui donner du corps serait, pour commencer, d'exiger que la motivation des décisions de justice distingue clairement celle de l'établissement des faits de celle de leur subsumption sous une règle de droit et de la conséquence juridique qui en est tirée.

## **C. Quel contrôle de la motivation ?**

### **1. Respecter la liberté de la preuve en sanctionnant les « atteintes à la logique » ?**

Parler d'obligation de motivation sans préciser le contrôle qu'il est envisageable d'exercer sur elle n'a pas grand sens. Or il en va de la raison d'être même de la Cour de cassation que d'être un juge du droit et de ne pas constituer un troisième degré de juridiction.

Il ne semble pourtant pas nécessairement incompatible avec (une certaine interprétation de) ces deux principes que d'envisager un renforcement du contrôle de la motivation en ce qui concerne l'établissement des faits. En premier lieu, rappelons que, au contrôle normatif qui constitue la mission première de la Cour de cassation, s'ajoute un contrôle dit « disciplinaire »<sup>198</sup>, dans lequel entrent notamment les cas d'ouverture relatifs à l'insuffisance de motivation. Une sanction pour insuffisance de motivation ne dit rien du respect du droit substantiel, mais de

---

<sup>197</sup> Il existe une vaste littérature en psychologie expérimentale sur les biais cognitifs, dont la pertinence pour le raisonnement probatoire des juges, comme pour le raisonnement probatoire des juges, est potentiellement grande, mais qui manque encore d'unité et de robustesse. Pour une approche critique, voir M. Vorms, « Bayes et les biais. Le biais de confirmation en question », *Revue de métaphysique et de morale*, n°4 2021.

<sup>198</sup> Voir J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°702, 2009 ; M.-N. Jobard-Bachelier, X Bachelier, J. Buk Lament », *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2018.

celui des règles de procédure formulant l'obligation de motivation (art. 455, CPC). Pourquoi ce contrôle disciplinaire ne pourrait-il pas s'étendre au respect des exigences de motivation relativement aux questions de fait ?<sup>199</sup> Il ne s'agirait pas de contrôler le bien fondé des prémisses sur lesquelles le juge s'appuie, pourvu qu'il les formule clairement, mais bien d'évaluer la mesure dans laquelle il est capable de rendre raison du processus qui l'a conduit aux conclusions. En conséquence, une cassation exercée pour une telle insuffisance de motivation ne reviendrait pas à dire au juge que ses conclusions factuelles sont erronées, mais qu'il n'a pas satisfait à l'exigence *légale* de motivation – qu'il a violé l'article 1382 du Code civil, ensemble l'article 455 du Code de procédure civile. En faisant cela, le juge de cassation n'excéderait pas, semble-t-il, ses pouvoirs de juge du droit.<sup>200</sup> Encore faudrait-il, toutefois, qu'un cas d'ouverture adapté existe.

## 2. Que recouvrent (et que peuvent recouvrir) les cas d'ouverture pour insuffisance de motivation ?

Ce qui suit est une liste de « défauts » possibles du raisonnement sur les faits – allant de l'infraction « objective » aux lois de la logique à l'appréciation discutable, dont je me propose d'examiner s'ils sont susceptibles d'entrer dans l'une ou l'autre déclinaison de la cassation pour insuffisance de motivation.<sup>201</sup>

Commençons par l'exemple extrême d'une contradiction logique évidente. Un juge du fond fait explicitement intervenir dans son raisonnement deux hypothèses factuelles incompatibles (que M. X était chez lui à 20h20 et que M. X était au cinéma à 20h20). Il fait peu de doute que la motivation de sa décision serait considérée comme défectueuse. Il ne s'agirait pas pour le juge de cassation de dire lequel des deux faits est établi, mais de sanctionner l'insuffisance de

---

<sup>199</sup> Ces exigences existent : « Les faits sont toujours souverainement appréciés par le juge du fond, qui doit seulement motiver sa décision » (J.-F. Weber, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 06-20 994.

<sup>200</sup> Certains systèmes juridiques proches du nôtre énoncent explicitement des contraintes plus fortes sur la correction des raisonnements probatoires. Ainsi le système espagnol et la plupart des systèmes juridiques d'Amérique latine de tradition espagnole en appellent-t-il à la « saine raison critique » (*sana critica racional*), voir S. Melendo, *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979. Ces règles de la saine raison critique dépassent les règles de la logique strictement déductive et s'étendent au « sens commun », c'est-à-dire à la connaissance normalement partagée du cours ordinaire des choses. Depuis 2004, le Code de procédure pénale péruvien énonce que « pour l'appréciation des preuves, le juge devra suivre les règles de la logique, la science et les maximes de l'expérience ; il exposera les résultats obtenus et les critères retenus » (art. 158.1), cité par E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 100, §104. Voir J. Ferrer Beltrán, « Los hechos en la casación civil », *op. cit.*, pour un plaidoyer en faveur d'un contrôle accru du raisonnement sur les faits. En France, C. Aynès et C. Vuitton, *op. cit.*, §644, regrettent la trop faible exigence de motivation relative à la preuve.

<sup>201</sup> Les éléments de réponse qui figurent ici sur la pratique actuelle sont tirés des entretiens que j'ai menés avec Maîtres Régis Froger, Guillaume Lécuyer, Guillaume Tapie et Cédric Uzan-Sarano (mais leur restitution n'engage que moi).

motivation caractérisée. Cela ne semble pas poser de problème ; pour autant, on ne voit pas de différence de nature avec ce qui suit.

Prenons à présent un exemple du même ordre, quoique légèrement plus subtil. Supposons une situation où aucune contradiction explicite n'apparaît dans le jugement, mais où l'analyse de la manière dont les différents éléments de preuve s'articulent entre eux révèle une incohérence ou une circularité. Typiquement, si le juge s'appuie sur  $E_1$  pour inférer  $E_2$ , sur  $E_2$  pour inférer  $E_3$  et sur  $E_3$  pour inférer  $E_1$ , son raisonnement est circulaire. Il semble qu'ici aussi le juge de cassation dénoncerait une insuffisance de motivation. Mais si l'identification de la circularité requiert une analyse complexe reposant sur des hypothèses quant au cheminement intellectuel du juge, on pourrait se réfugier dans un appel à la libre appréciation des preuves. Pour autant, il s'agit ici aussi d'une infraction pure et simple à la logique.

*A fortiori*, une incohérence entre les généralisations implicites qui sous-tendent les inférences du juge risque fort d'être considérée comme intouchable au nom de la libre appréciation des preuves par le juge. Ainsi en irait-il par exemple du cas d'un juge qui considérerait un témoignage peu crédible au regard du fait que le témoin manque de fiabilité (par exemple parce qu'il est drogué) et qui s'appuierait par ailleurs sur les déclarations d'un autre témoin présentant les mêmes caractéristiques. Si le juge était tenu d'explicitier les raisons pour lesquelles il tient le premier témoin comme peu crédible, en formulant une généralisation du type « les individus sous l'emprise de drogue sont peu fiables », l'incohérence de son raisonnement, à nouveau, apparaîtrait au grand jour. Mais on ne demande pas aux juges d'aller jusque-là.

Que dire des inférences fondées sur des généralisations empiriques douteuses ? Si certaines peuvent être sanctionnées comme présentant des « motifs inintelligibles » ou « d'ordre général »<sup>202</sup>, d'autres semblent plus difficilement attaquables. Ainsi le juge qui s'appuie sur l'hypothèse selon laquelle « les jeunes femmes de 18 ans communiquent beaucoup par SMS » pour conclure du fait que le téléphone de la suspecte ne contient aucun SMS au fait qu'elle en a récemment effacé le contenu, quoique très discutable, est protégée par le principe de libre appréciation des preuves. Il en va de même pour tout ce qui concerne l'évaluation de la crédibilité des témoins. Pourtant, comme l'exemple mentionné précédemment le montre, s'il y a bien quelque chose comme un principe d'immédiateté<sup>203</sup> dans l'impression qu'une déclaration

---

<sup>202</sup> Un cas réel et néanmoins extrêmes est le célèbre arrêt de la Cour d'Appel de Riom du 7 septembre 1995, qui invoquait des considérations sur (entre autres choses) la stupidité des poules pour statuer sur un trouble anormal du voisinage (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 1997, n°95-20.652). Notons toutefois que l'arrêt a été sanctionné pour manque de base légale.

<sup>203</sup> Voir ci-dessus, note 190.

fait à un juge, les inférences qu'il tire de cette impression reposent, à nouveau, sur des généralisations qui sont susceptibles d'être discutées. À tout le moins, le juge contraint de les expliciter en prendrait conscience et procéderait dans une certaine mesure à un auto-contrôle.

# Conclusion générale

## Prendre les faits au sérieux

Difficile de conclure tant, au terme de ce travail, tout reste à faire. J'espère pour le moins être parvenue à montrer l'importance et la pertinence des pistes mentionnées dans le dernier chapitre. Celles-ci trouvent selon moi un fondement dans un certain nombre de réalités que j'ai tenté de mettre au jour.

La première d'entre elles est le désintérêt de la pensée juridique pour les faits. Ce désintérêt se révèle tant dans l'idée que la « vérité » à laquelle peut et doit aspirer le juge est sans lien avec la vérité matérielle (chapitre 1), que dans certaines confusions conceptuelles autour de l'objet de la preuve (chapitre 3), ainsi que dans la résistance à l'idée d'imposer des exigences de motivation pour ce qui concerne le raisonnement sur les faits (chapitres 2 et 4). Enfin, l'infinie complexité du raisonnement sur les faits se trouve enfermée dans une seule et même disposition du code civil, celle relative aux présomptions dites « judiciaires ».

Le deuxième point que j'ai tenté de mettre au jour est précisément cette complexité et la richesse infinie du raisonnement sur les faits, qui lui donnent son caractère vertigineux, y compris dans les cas les plus simples. C'est ce dont on s'aperçoit dès lors qu'on se donne la peine d'ouvrir la trappe qui se trouve « sous » ce que le droit français appelle le « fait pertinent », et dont l'analyse de la notion de pertinence tirée de la *Common law* aura, je l'espère, montré qu'il n'est que la partie émergée de tout un réseau d'inférences fragiles.

Le troisième point, plus en filigrane dans ce mémoire et néanmoins important, est celui de la nature de l'acceptation à laquelle doivent aboutir les inférences probatoires du juge. Dès lors que l'on distingue l'évaluation de la plausibilité des hypothèses factuelles de la décision que constitue leur acceptation, on voit mieux où trouve à s'exercer réellement la liberté du juge. Loin de signifier qu'il est libre d'apprécier les preuves comme il l'entend, cette liberté l'oblige. Elle lui enjoint d'estimer si, *tout bien considéré*, il est en situation de trancher.

Or, ce dernier point ne relève plus à strictement parler du raisonnement sur les faits. *Tout bien considéré*, c'est prendre en compte les preuves disponibles, celles dont on sait qu'elles existent mais dont on ne dispose pas, celles dont on ne sait pas si elles existent mais qui pourraient, le cas échéant, tout venir renverser ; c'est se donner la peine de réexaminer les preuves disponibles en remettant en question une hypothèse qu'on avait supposée établie jusque-là. C'est aussi

prendre en compte la mesure des conséquences de la décision qui s'ensuivra, ainsi que de celles d'un éventuel report de cette décision. Cette estimation du juge lui revient entièrement ; elle relève du domaine du raisonnable plus que du rationnel. Mais l'inciter, par la formation et par des exigences de motivation, à examiner le bien-fondé de ses conclusions factuelles ne peut que l'encourager à être raisonnable.

Pour terminer, il convient d'écarter, à nouveau, une interprétation possible et néanmoins erronée de mon propos. De même que je n'appelle aucunement de mes vœux une entreprise visant à enrégimenter le raisonnement des juges, de même je ne souhaite surtout pas suggérer que les juges raisonneraient « mal » sur les faits. L'étude des pratiques dont je forme ici le projet repose bien plutôt sur l'hypothèse que celles-ci doivent être un formidable laboratoire pour étudier le raisonnement probatoire en acte. C'est d'abord et avant tout en se nourrissant de l'étude des pratiques que l'analyse normative est susceptible, en retour, de contribuer à les améliorer.

# Bibliographie

- J.-P. Ancel, « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit*, actes du colloque du 12 août 1991, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Paris, Dalloz, 1994, p. 21-30.
- C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 12, 5<sup>e</sup> éd., 1922.
- A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2017.
- M.-S. Baud, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis*, Thèse de doctorat, Paris, 2019.
- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livourne, 1764.
- J. Bentham, *The Rationale of Judicial Evidence*, Bowring ed. William Tait, Edimbourg, 1839.
- J.-D. Bredin, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, n°23, 1996.
- P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 1944, trad. espagnole, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. i, Buenos Aires: EJE, 1973, p. 330.
- J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 25<sup>ème</sup> éd., PUF, 1997, n°173, p. 298.
- C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, 34<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, coll. Précis.
- J. Chevallier, *La charge de la preuve*, Cours de droit civil approfondi, Les Cours de droit, 1958-1959.
- J.-F. Cesaro, « Avant-propos », in *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012.
- G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020.
- G. Cornu, « Rapport de synthèse », *La vérité et le droit*, Actes des Journées canadiennes à Montréal, 1987, Association Henri Capitant, Economica, 1989.
- M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven et Londres, 1997.
- M. Delmas-Marty, « La preuve pénale », *Droits*, n°23, 1996, p. 53-65.
- J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse de doctorat, Toulouse, 1980.
- H. Douglas, « Inductive Risk and Values in Science », *Philosophy of Science*, 67(4), p. 559-579, 2000.
- J. Dewey, *How we Think*, 1910, D.C. Heath and Company, Boston, New York, Chicago, 1910.
- J. Ferrer Beltrán, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- J. Ferrer Beltrán, « Los hechos en la casación penal », *Actualidad penal*, n°48, 2018, p. 153-175.
- T. Fossier et F. Lévêque, « Le “presque vrai” et le “pas tout à fait faux” : probabilités et décision juridictionnelle », *JCP*, n°14, 2012.
- R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1907.

- J. Gilissen, « La preuve en Europe du XVI<sup>e</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle », *Recueil de la Société Jean Bodin*, tome XVII, *La Preuve*, 2<sup>e</sup> partie.
- F. Girard, « Objet de la preuve et présomptions : réflexions théoriques sur la pertinence », *Les présomptions, Actes du colloque du 16 novembre 2018*, Centre Michel de l'Hospital.
- F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice : essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947.
- J.-L. Halperin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, 84, 2009.
- R. Hastie, *Inside the Juror: The Psychology of Juror Decision-Making*, Cambridge University Press, 1993.
- M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2018.
- S. John, « The example of the IPCC does not vindicate the Value Free Ideal : a reply to Gregor Betz », *European Journal for Philosophy of Science*, 5(1), p. 1-13, 2015.
- X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994.
- X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, n°23, 1996, p. 31-39.
- D. Lagnado et N. Harvey, « The impact of discredited evidence », *Psychonomic Bulletin & Review*, 2008, 15(6).
- L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006).
- Th. Le Bars, « La théorie du fait constant », *Semaine juridique*, n°44, 1999.
- O. Leclerc, « A Critical Method for the Evaluation of Evidence : François Gorphe's (1889-1959) Contribution to a Science of Proof à la française », *Question facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, vol. 2, 2020.
- O. Leclerc, E. Vergès et G. Vial, « Turning a graphical method of evidential reasoning into an operational tool for judges ? Empirical evidence », *International Journal of Evidence and Proof*, 2022, 26(2), p. 136-156.
- O. Leclerc, H. Wigmore, *Un jalon vers une « science de la preuve »*, 2019, Dalloz.
- R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, LGDJ, 1955, p. 133.
- J.-P. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> s.*, Paris, Sirey, 1939.
- J.-P. Lévy, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits*, n°23, 1996, p. 3-11.
- H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Études de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964.
- Locré, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XII, Treuttel, 1828.
- J.-C. Martin, « La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens », *Droit et Société*, n°38, 1998, p. 13-20.
- P. Mayer, « Les procédés de preuve de la loi étrangère », *Mélanges Ghestin*, 2001, p. 618.
- S. Melendo, *La prueba*, Buenos Aires, EJEJA, 1979.

- M. Mekki, « Preuve et vérité en France », *La preuve*, Journées Pays-Bas/Belgique, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.
- F. Picinali, « Two Meanings of 'Reasonableness' : Dispelling the 'Floating' Reasonable Doubt », *Modern Law Review*, 76(5), p. 845-875, 2013.
- P. Roberts et A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2<sup>nd</sup> ed., 2010, Oxford University Press.
- P. Roberts, « Presumptuous or pluralistic presumptions of innocence? Methodological diagnosis towards conceptual reinvigoration », *Synthese*, 198(9), 2020.
- Ch. Rousseau, Note, *Jurisprudence française en matière de droit international public*, 1937.
- F. Saint-Pierre, *Au nom du peuple français. Jury populaire ou juges professionnels ?*, Odile Jacob, 2013.
- D.A. Schum, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, 1994.
- H. Solus, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », *Travaux de l'Association Capitant*, tome V, 1949, p. 128-141.
- J.F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, Stevens, 12e ed., 1948.
- M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, A. Giuffrè, Milan, 1992, trad. espagnole J. Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002.
- F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2012.
- J.B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown & Co, 1898.
- Ph. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, n°23, 1996.
- W. Twining, « The New Evidence Scholarship », *Cardozo. L. Rev.*, vol. 13, 1991, p. 295.
- W. Twining, « Taking Facts Seriously », *Journal of Legal Education*, 34(1), 1984, p. 22-42.
- C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- M. van de Kerchove, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, 24(1), p. 84-101, 2000, p. 96.
- E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015.
- Voltaire, « Essai sur les probabilités en fait de justice », *Œuvres complètes de Voltaire*, tome 5, Paris, Furne, 1836.
- Voltaire, « La méprise d'Arras », *Œuvres complètes de Voltaire*, tome 5, Paris, Furne, 1836.
- M. Vorms, « La présomption d'innocence est-elle un principe probatoire ? Une analyse épistémologique », *Revue des procédures*, à paraître.
- M. Vorms, « Bayes et les biais. Le biais de confirmation en question », *Revue de métaphysique et de morale*, n°4 2021.
- M. Vorms, « Sommes-nous trop crédules ? », *Crises de confiance*, La Découverte, 2020.
- M. Vorms et U. Hahn, « In the Space of Reasonable Doubt », *Synthese*, 198, 2019.

M. Vorms, « La valeur probante du témoignage : perspectives épistémologique et juridique », *Cahiers philosophiques*, n°142, 2015.

M. Vorms et D. Lagnado, « Le raisonnement probatoire et la “mise en récit” des preuves : présentation critique du *story-model* », *Droit et société*, 110, 2022, p. 87-105.

J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°702, 15 mai 2009.

J.H. Wigmore, *Principles of Judicial Proof as given by Logic, Psychology and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, Boston, Little, Brown and Cie, 1913.

*La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012.

# Table des matières

Remerciements.....	II
Sommaire .....	IV
Liste des abréviations et avertissement sur les citations .....	V
Introduction générale	
Pour une épistémologie du raisonnement probatoire au tribunal.....	1
Un exemple .....	1
Le juge comme paradigme ? .....	2
Présupposés adoptés.....	4
Premier présupposé : le caractère unitaire du raisonnement probatoire .....	4
Deuxième présupposé : l'importance des questions de fait au tribunal.....	4
Conséquences pour le raisonnement probatoire des juges et les règles qui l'encadrent....	4
Raisonnement probatoire et syllogisme juridique.....	5
Raisonnement probatoire et droit de la preuve : le désintérêt de la pensée juridique française pour les questions de fait .....	6
La réflexion sur la preuve en <i>Common law</i> .....	6
Définition de l'approche épistémologique.....	8
Une approche épistémologique du droit de la preuve.....	8
Une approche épistémologique des pratiques.....	9
Plan et thèses défendues.....	10
Chapitre 1 <sup>er</sup>	
Qu'est-ce que le raisonnement probatoire ?.....	11
I. Notions épistémologiques fondamentales.....	11
A. Un raisonnement à partir et à propos des faits.....	11
1. Propositions factuelles et valeur de vérité .....	11
2. Faits et preuves : la notion d' <i>evidence</i> .....	12
B. Un raisonnement marqué par l'incertitude .....	13
1. Inférences déductives et inductives .....	13
Les inférences déductives .....	13
Les inférences inductives .....	14
2. Le rôle clé des généralisations empiriques .....	14
C. Incertitude et prise de décision .....	15
II. La vérité comme but du raisonnement probatoire du juge ?.....	16
A. Les arguments qui en appellent à la modestie : une vérité « de second rang ».....	16
1. L'obligation de trancher dans un délai raisonnable .....	16

2.	Les contraintes procédurales liées à la licéité de la preuve.....	17
3.	Les règles de fond sur la charge de la preuve .....	17
B.	L'argument de la stabilité juridique et de la légitimité : la vérité au second rang des buts du procès .....	19
Chapitre 2		
	Le principe de liberté de la preuve.....	21
I.	La preuve libre : quoi, quand, où, comment et pourquoi ? .....	21
A.	Définition du principe (quoi) .....	21
1.	Preuve libre et preuve légale.....	21
2.	La libre appréciation des preuves par le juge.....	22
3.	Traduction pratique : l'absence de contrôle en cassation .....	23
B.	Quand et où ? .....	23
1.	Au pénal .....	23
2.	Au civil.....	24
Faits et actes juridiques .....	24	
Les modes de preuve légale. ....	25	
La consécration du principe de liberté de la preuve au civil.....	25	
3.	Conséquences épistémologiques d'un régime mixte .....	27
C.	Comment ? Comparaison avec la liberté de la preuve en <i>Common law</i> .....	28
1.	Un contrôle de l'admissibilité .....	28
2.	La nature duale du tribunal de <i>Common law</i> .....	29
3.	Règles d'exclusion « extrinsèques » et « intrinsèques » .....	29
4.	La pertinence ( <i>relevance</i> ) .....	30
D.	Pourquoi ? Fondements épistémologiques du principe de liberté de la preuve.....	31
1.	Preuve libre et recherche de la vérité .....	31
2.	Preuve légale et recherche de la vérité.....	32
3.	Preuves « irrationnelles » et recherche de la vérité.....	32
II.	L'intime conviction.....	33
A.	Étendue du principe .....	33
B.	À quel état mental du juge l'intime conviction correspond-elle ? .....	34
C.	Objet de l'intime conviction .....	34
D.	Les standards de preuve de <i>Common law</i> .....	35
1.	Définition .....	35
2.	Des règles d'acceptation .....	36
3.	Standards de preuve et intime conviction .....	36
4.	L'intime conviction comme acceptation.....	37
III.	Conception « persuasive » et conception rationaliste de la preuve.....	38

A. La conception persuasive de la preuve : est une preuve ce qui emporte la conviction du juge.....	38
B. La conception rationaliste de la preuve : est une preuve ce qui <i>devrait</i> emporter la conviction.....	39

### Chapitre 3

Le droit positif de la preuve : entrave ou aide au raisonnement probatoire ? .....	41
I. Cartographie des grands thèmes du droit de la preuve .....	42
A. Quelle notion de preuve ? .....	42
B. Quel est l'objet du droit de la preuve ? .....	42
C. Plan adopté.....	43
D. Pénal et civil.....	44
II. L'objet de la preuve .....	44
A. Faits matériels et faits juridiques .....	45
B. Le fait pertinent.....	46
1. La signification de la pertinence en droit français .....	47
Premier sens : pertinence d'un fait juridique. ....	47
Deuxième sens : pertinence (de l'établissement) d'un fait matériel. ....	47
Implications pratiques de la différence. ....	48
2. Liens avec la <i>relevance</i> : de (vrais) faux-amis ? .....	48
III. La charge de la preuve et de son administration.....	50
A. La charge « positive » de la preuve : réunion et administration des preuves .....	51
1. Au civil.....	51
La question de l'étendue des pouvoirs et des obligations du juge en matière de preuve.....	51
La théorie du fait constant.....	52
Conséquences pour la tâche probatoire du juge et la recherche de la vérité dans le procès civil. ....	52
2. Au pénal .....	54
B. Le fardeau (et le risque) de la preuve.....	54
1. Au civil.....	55
La répartition initiale de la charge de la preuve.....	55
Les différents types de justification. ....	55
Charge de la preuve et standards de preuve.....	56
2. Au pénal .....	56
IV. Les présomptions .....	56
A. Définition générale.....	57
B. Les présomptions du fait de l'homme.....	57
1. Un complément au principe de liberté de la preuve.....	57

2.	Un « déplacement de l'objet de la preuve » ? .....	58
3.	L'ouverture vers un contrôle possible de la motivation du raisonnement sur les faits ? .....	59
C.	Les présomptions légales .....	59
1.	Quelques exemples .....	59
2.	Quel est l'objet de la « dispense de preuve » ? .....	60
3.	Un « cadeau probatoire » pour le juge ? .....	62
V.	Modes et types de preuve : l'impossible classification.....	62
Chapitre 4		
	En (bonne) pratique.....	65
I.	Principes et outils.....	65
A.	Faits et preuves : <i>evidence</i> et <i>events</i> .....	66
1.	Une analyse fonctionnelle de la preuve .....	66
2.	Une distinction fondamentale .....	66
B.	Analyse de la force probante : pertinence et crédibilité.....	66
1.	Pertinence.....	66
2.	Crédibilité .....	67
3.	L'évaluation de la pertinence et de la crédibilité : le rôle des généralisations empiriques.....	67
C.	Inférences « en cascades » et réseaux .....	68
1.	Preuves directes, preuves circonstanciées et preuves ancillaires.....	68
2.	Réseaux et complexité (infinie) .....	69
II.	Perspectives.....	70
A.	Étudier les pratiques.....	70
1.	La voie expérimentale.....	70
2.	L'étude des décisions .....	71
B.	Encourager les bonnes pratiques.....	71
1.	Pour une formation des magistrats au raisonnement probatoire .....	71
2.	Vers un renforcement des exigences de motivation ?.....	74
C.	Quel contrôle de la motivation ?.....	74
1.	Respecter la liberté de la preuve en sanctionnant les « atteintes à la logique » ? .....	74
2.	Que recouvrent (et que peuvent recouvrir) les cas d'ouverture pour insuffisance de motivation ?.....	75
Conclusion générale		
	Prendre les faits au sérieux .....	78
	Bibliographie.....	80
	Table des matières.....	84