

## **Université Clermont Auvergne**

- Année universitaire 2025-2026 -

### **Droit de la preuve - Cours de M. François Chevallier**

*Master 1 Droit pénal et sciences criminelles ; Master 2 Droit civil général ; Master 2 Justice, procès et procédures ; Master 2 Droit social*

### **Thème n°1 : introduction au droit de la preuve**

#### **I. Lectures**

- J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, t. 1, Bossange Frères, 1823, p. 16 à 32 (extrait reproduit).
- M. Mekki, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome 63, Bruylant, 2015, p. 815 à 849 (article reproduit).

#### **II. Exercice**

Commentez l'adage suivant :

***Idem est non esse et non probari.***

## CHAPITRE IV.

### DE LA PREUVE EN GÉNÉRAL;

**Qu'est-ce qu'une *preuve* ?** Dans le sens le plus étendu qu'on puisse donner à ce mot, on entend par là un fait supposé vrai, que l'on considère comme devant servir de motif de crédibilité sur l'existence ou la non-existence d'un autre fait.

Ainsi toute preuve comprend au moins deux faits distincts : l'un qu'on peut appeler le *fait principal*, celui dont il s'agit de prouver qu'il existe ou qu'il n'existe pas ; l'autre le *fait probatoire*, celui qui est employé à prouver le oui ou le non du fait principal.

Toute décision fondée sur une preuve procède donc par voie de conclusion : *Tel fait étant donné, je conclus à l'existence de tel autre.*

Il s'ensuit de cette définition que les questions de preuve ont bien plus d'étendue qu'on ne pense ; elles viennent s'offrir dans les circonstances de la vie où on se doute le moins qu'on suive un procédé logique et pour ainsi dire judiciaire : le maniement des affaires domestiques roule tout

entier sur des preuves; nos plus frivoles amusements en supposent les applications les plus subtiles.

Voyez un chasseur : cette impression légère sur le gazon, ces broussailles pliées, ces branches rompues, ces traces sur le sol, ces corps subtils qui frappent son odorat, tout cela est-il une preuve suffisante que la proie qu'il poursuit a passé par là ? Il exerce l'art de juger sans en connaître les principes; il raisonne par instinct, précisément comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir. Le sauvage, que dis-je ? l'animal même tire des conclusions d'un fait à un autre. Il juge d'après des règles; Montesquieu aurait dit d'après des lois naturelles.

On a fait pour les sciences physiques un traité de l'*art d'observer*. C'est un traité des preuves, appliqué à un but particulier; c'est l'art de tirer des conclusions justes d'un fait à un autre : il s'agit de savoir si tous les faits observés correspondent entre eux. En matière d'administration, de législation, il est évident qu'on ne peut procéder que par voie de conclusion, c'est-à-dire sur des preuves. L'art de recueillir les faits, de les constater, de les placer dans l'ordre où ils s'éclairent mutuellement, où on saisit leurs liaisons et leurs conséquences, est la base de la science administrative et législative.

Dans tous les cas la preuve est un moyen pour une fin.

Dans l'acception commune l'art de la preuve semble plus particulièrement appliqué à la pratique des tribunaux; c'est là son point saillant, c'est là où on en sent le mieux l'importance, où on croit qu'il existe ou qu'il peut exister avec la méthode la plus parfaite. En effet tout concourt, dans une cause juridique, à montrer cet art avec plus d'éclat; des faits sont avancés pour et contre, l'attaque et la défense sont confiées à des praticiens exercés dans ce genre d'escrime; on voit, dans un champ étroit, les adversaires avancer et reculer à mesure qu'un fait se prouve et se dé-prouve; et enfin le jugement est remis à des hommes qu'on aime à croire aussi supérieurs en sagesse qu'en dignité, des hommes voués par état à peser impartiallement les faits, et à se défendre des illusions.

Nous verrons dans la suite que s'il y a des causes qui tendaient naturellement à perfectionner l'art probatoire dans les tribunaux, il y en a eu malheureusement beaucoup d'autres qui ont contribué à le pervertir.

## CHAPITRE V.

## DES FAITS CONSIDÉRÉS COMME AYANT UN EFFET LÉGAL.

Pour s'assurer d'agir conformément à la loi, le juge en chaque occasion a deux points à considérer ; l'un est la *question de fait*, l'autre est la *question de droit*. La première consiste à s'assurer que tel fait a existé dans un tel lieu et un tel temps ; la seconde consiste à s'assurer que la loi a fait une disposition de telle ou telle nature, applicable à ce fait individuel<sup>1</sup>.

La question de droit se décide d'après le texte de la loi, ou d'après les décisions antérieures, là où il n'y a point de loi écrite.

La question de fait se décide par les preuves.

Tout roule sur des faits.

Un fait affirmatif est celui qui est exprimé par une proposition affirmative : Robert a été tué ; Jacques a tué Robert.

Il est plus important en Angleterre qu'ailleurs de déterminer ce qui est matière de fait et matière de loi, parce que, dans plusieurs cas, ce qui est matière de fait est décidé par le jury, et ce qui est matière de loi est décidé par des juges permanents qu'on appelle *la Cour*, pour les distinguer du jury ; mais la question réservée au jury est rarement une pure question de fait, sans mélange de question de droit.

Un fait négatif est celui qui est exprimé par une proposition négative<sup>1</sup>.

De deux faits, l'un affirmatif et son correspondant négatif, l'un a nécessairement existé dans un temps et un lieu donnés. Ainsi de deux propositions, l'une affirmative et l'autre négative, l'une des deux est nécessairement vraie.

Les faits nous sont connus par les sens ; mais les sens doivent être distingués en sens externes et en sens internes. Par les sens internes, l'homme est informé des faits qui se passent seulement dans son esprit ; par les sens externes, il est informé de tous les autres faits.

Les faits dont j'ai eu la perception en moi sont le sujet de ce qu'on appelle *expérience* dans le sens strict : les faits dont j'ai eu la perception comme s'étant passés hors de moi sont le sujet de ce qu'on appelle proprement *observation*. Je sais par expérience que la brûlure fait souffrir : je sais par observation à quel degré de chaleur la végétation se développe.

Le fait *physique* est celui qui se manifeste à nos sens externes ; le fait *psychologique*, celui qui

<sup>1</sup> Il paraît d'abord singulier de parler d'un *fait négatif* ; mais tout ce qui peut être énoncé par une proposition est un fait. C'est un fait que j'ai été en tel lieu, c'est un fait que je n'y ai pas été. Vouloir parler autrement, ce serait se rendre inintelligible.

se passe dans l'esprit : le coup de fusil qui tue un homme est un fait physique ; l'intention de celui qui a tiré est le fait psychologique.

Le fait psychologique, caché dans l'intérieur de l'homme, ne peut se prouver que par des faits physiques, qui sont comme l'aiguille de la montre. S'agit-il d'un larcin ; l'intention de prendre la chose et d'en user, la conscience de n'avoir aucun droit à la chose prise : voilà deux faits psychologiques, qui se prouvent, soit par des discours de l'individu, soit par ses précautions pour fuir, ou pour cacher l'objet volé, etc.

Un fait peut avoir un effet légal, c'est-à-dire servir en caractère de preuve, d'une manière *directe* ou *indirecte* : directe, s'il est immédiatement lié avec le fait qu'on veut prouver ; indirecte, s'il en est plus éloigné.

Le fait d'avoir arrêté l'homme au moment du larcin, le fait de lui avoir vu livrer l'objet volé à son camarade, seront des faits directs : celui d'avoir trouvé la chose en sa possession après un intervalle de temps sera un fait indirect. Le discredit jeté sur un témoin à charge par les contradictions où il est tombé est un autre exemple d'un fait qui opère indirectement.

Dans la théorie on peut concevoir un fait d'une simplicité absolue : par exemple, l'existence d'un atome dans un état de repos, une perception in-

## 22 DES FAITS OPÉRANT LÉGALEMENT.

stantanée dans l'esprit, etc. Dans la pratique il n'y a rien de pareil; un fait dont on parle comme d'un fait unique est encore une agrégation de faits.

Le fait de la culpabilité d'un homme par rapport à tel ou tel délit est une espèce de fait très complexe. On peut le résoudre d'abord dans les faits suivants :

- 1° Qu'il a commis tel acte;
- 2° Que tel acte était accompagné de telles ou telles circonstances;
- 3° Qu'il y avait une loi prohibant cet acte dans ces circonstances;
- 4° Qu'il n'y avait point de loi permettant cet acte dans aucune des circonstances où il a été commis.

Il est évident qu'on ne saurait prononcer qu'un homme est coupable ou non coupable, sans répondre à plusieurs questions de droit aussi-bien que de fait.

Tous les faits qui sont à la charge du prévenu sont appelés faits *criminatifs* ou *inculpatifs*: tous ceux qui sont à sa décharge sont appelés faits *justificatifs* ou *disculpatifs*.

En matière non pénale chaque question est complexe. Pour établir tel ou tel droit, telle ou telle obligation correspondante, il faut examiner un grand nombre de faits: ces faits se rangent sous

deux classes : les *faits collatifs*, c'est-à-dire les événements qui servent à établir un droit ; les *faits ablatifs*, c'est-à-dire ceux qui entraînent la cessation de ce droit.

*Faits collatifs de droit.* Jacques réclame de Pierre cent écus pour cause de prêt ; Pierre nie le prêt : Jacques prouve que tel jour, en tel lieu, en telles espèces, à tel taux d'intérêt, il lui a livré les cent écus.

*Faits ablatifs de droit.* Le prêt des cent écus est avoué, mais Pierre soutient l'avoir remboursé ; Jacques nie le remboursement : Pierre prouve que tel jour, en tel lieu, en telles espèces, il lui a remboursé les cent écus, avec les intérêts à tel taux.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Voyez *Traité de législation*, tome III, ch. xv, des événements collatifs et ablatifs.

---

## CHAPITRE VI.

## DES DIVERSES ESPÈCES DE PREUVES.

On ne peut pas écrire sur le sujet qui nous occupe avec cette méthode didactique qui avance pas à pas sans jamais anticiper. En parlant d'une espèce de preuve, on aura besoin de parler d'une autre espèce qui n'a pas encore été traitée, et d'avancer des propositions dont la démonstration viendra plus tard. Il faut donc présenter ici un tableau général de toutes les preuves, et les définir ou les décrire autant qu'il le faut pour en donner une notion préliminaire : mais chaque espèce de preuve ne sera bien connue qu'après qu'on aura lu le livre particulier qui la concerne. L'aridité de ces chapitres de définitions est bien compensée par la clarté qu'elles répandent sur tout le reste.

Nous avons déjà dit ce qu'il faut entendre par une *preuve* (chap. I). Ce mot a quelque chose de trompeur ; il semble que la chose qu'on appelle ainsi ait une force suffisante pour déterminer la créance : mais on ne doit entendre par là qu'un *moyen* dont on se sert pour établir la vérité d'un fait, moyen qui peut être bon ou mauvais, complet ou incomplet.

Les moyens probatoires sont assez distincts les uns des autres pour former des espèces ou des modifications qui peuvent recevoir des désignations particulières.

*Première division* : d'après la source de la preuve elle est tirée des personnes ou des choses : *preuve personnelle*, *preuve réelle*.

La preuve personnelle est celle qui est fournie par un être humain, et on l'appelle communément témoignage. La preuve réelle est celle qu'on déduit de l'état des choses<sup>1</sup>.

*Seconde division* : preuve *directe*, preuve *indirecte*, ou preuve *circonstancielle*.

Le témoignage peut s'appliquer au fait principal immédiatement : Paul a vu Jean commettre le délit en question, la preuve est directe. Le témoignage peut s'appliquer à quelque fait qui n'est pas celui du délit même, mais qui est tel-

Paul dépose qu'il a vu Jean poursuivre Jacques en le menaçant. Jacques a été tué, et le couteau de Jean, couvert de sang, a été trouvé à côté du cadavre. Le témoignage de Paul est une preuve personnelle ; le couteau est ce qu'on appelle une preuve réelle.

Il faut se délier du sens ordinaire attaché au mot *réel* : les preuves réelles ne sont pas en réalité meilleures que d'autres. Ce mot, pris dans son sens technique, ne signifie que chose.

Cette note n'est pas inutile pour ceux qui n'entendent pas la langue latine ou celle de la jurisprudence.

lement lié avec lui, que l'existence du second étant établie il en résulte une présomption plus ou moins forte de l'existence du premier.

Il s'est fait un vol dans la maison de A; son domestique a pris la fuite dans la nuit du vol. Cette fuite est une preuve circonstancielle contre lui.

Toutes les preuves réelles sont circonstancielles.

A est accusé d'avoir débité de la fausse monnaie; on a trouvé chez lui divers instruments qui servent à fabriquer la monnaie, ou des coupures, des sciures métalliques. Ce sont là des preuves réelles et circonstancielles contre lui.

Plusieurs auteurs, en parlant des preuves de cette espèce, les ont appelées *présomptions*; ils y ont ajouté diverses épithètes: présomptions urgentes, présomptions véhémentes, présomptions faibles, etc.

*Troisième division*, d'après l'état de la volonté du témoin déposant: témoignage personnel *volontaire*, témoignage personnel *involontaire*.

Le témoignage personnel volontaire est celui qui est fourni sur la simple demande du juge, ou même avant toute demande, sans aucune menace ni aucun moyen coercitif.

Le témoignage personnel involontaire est celui

qui est arraché par des rigueurs ou des moyens de contrainte , ou celui qui est mis en évidence , non par un acte de la volonté , mais en dépit de la volonté même , et malgré tous ses efforts ; c'est l'effet des émotions internes qui se manifestent dans la conduite , les gestes , la physionomie du témoin. Ces signes sont de la nature des preuves circonstancielles.

Un crime a été commis ; l'accusé a tenu différents propos sur le fait principal : ces propos sont-ils considérés comme vrais , ils sont de la nature du témoignage direct , et se rangent sous la dénomination d'*aveux* ou *confessions* ; sont-ils considérés comme faux , ils rentrent dans la classe des preuves circonstancielles ; les mensonges , les évasions , les efforts pour tromper , fournissant des présomptions du délit.

*Quatrième division.* La preuve en question peut avoir été produite à l'occasion de la cause pendante , ou antérieurement à cette cause , indépendamment d'elle et sans intention d'y servir. De là preuves par *déposition* , preuves par *document*.

*Cinquième division :* preuves par *écritures casuelles* , preuves par *écritures préconstituées*.

Le témoignage qu'on produit dans une cause étant un écrit qui n'a pas été fait pour cette cause , c'est-à-dire avec une intention directe de la part

de son auteur qu'il y fût employé comme preuve juridique, on peut l'appeler *preuve par écriture casuelle*: tels seront des lettres, des notes, un journal privé, etc.

Le témoignage produit dans une cause étant un écrit authentique, qui a été fait selon certaines formes légales pour être employé éventuellement dans le caractère de preuve juridique, on peut l'appeler *preuve préconstituée*<sup>1</sup>.

Mais il faut soigneusement distinguer la preuve préconstituée *ex parte*, c'est-à-dire par une des parties seulement, comme un livre de commerce, d'avec la preuve préconstituée *a partibus*, c'est-à-dire par les parties intéressées des deux parts, comme un contrat. La première espèce pourrait s'appeler preuve demi-préconstituée.

*Sixième division*: preuves indépendantes de toute autre cause, et preuves d'*emprunt*. Si le témoignage produit est tiré d'une cause anté-

<sup>1</sup> Ce mot figure pour la première fois dans un livre de jurisprudence. Il répand beaucoup de clarté sur la matière des preuves. J'avais hésité entre deux dénominations, *preuve préétablie* et *preuve préconstituée*. J'ai préféré la dernière, comme exprimant mieux que ces preuves sont l'œuvre du législateur, qui les ordonne par prévoyance.

Quant au terme usité dans le barreau français, *preuve littérale*, c'est avec intention que je l'ai écarté; il est obscur, équivoque et insignifiant.

ricure, s'il se rapporte à des dépositions qui ont passé par un examen judiciaire, soit dans le même pays, soit dans un pays étranger, cette preuve peut recevoir la dénomination de preuve *empruntée*.

Il est nécessaire d'avoir une expression particulière pour les signaler, parce qu'il y a bien des observations à faire sur ce genre de preuves. Ce n'est point ici que nous devons les placer.

*Septième division* : témoignage *original* et *in-original*.

Le témoignage est original lorsque le témoin qui dépose devant le juge sur le fait en question est la personne identique qui avait été présente au temps et au lieu dont il s'agit, et qui avait reçu par ses sens les perceptions dont elle rend compte.

Le témoignage peut être appelé *inoriginal* lorsque le témoin déposant ne parle pas d'après lui-même, mais relate ce qui a été dit par une autre personne qui est supposée avoir été présente au temps et au lieu en question, et avoir rapporté les faits d'après sa perception immédiate.

La même distinction s'applique aux écrits : ils sont originaux ou non originaux, c'est-à-dire *copies*.

*Huitième division* : témoignage *parfait* et témoignage *imparfait*.

Il ne faut pas que ce mot de perfection en im-

pose, comme s'il s'agissait d'une perfection absolue, d'une impossibilité absolue d'erreur. Il n'en s'agit ici que d'une perfection relative, c'est-à-dire de celle qui résulte de l'absence des imperfections qu'il nous est donné de connaître et d'éviter.

S'il y a quelque imperfection dans la force probante d'un témoignage, elle aura son principe, soit dans la *source* dont il est tiré, soit dans la *forme* selon laquelle il est rendu.

L'imperfection est dans la *source* même du témoignage lorsque l'esprit du témoin est mal disposé pour la vérité. Si la faute se rapporte à son état intellectuel, elle peut venir de la conception, du jugement, de la mémoire, ou de l'imagination : chacune de ces facultés peut être défectueuse au point d'infirmer plus ou moins tout ce qu'il avance. Si la faute se rapporte à son état moral, à sa volonté, la cause en est dans certains motifs qui, pour l'occasion présente, poussent le témoin à mentir avec une force supérieure à celle des motifs ordinaires qui opèrent généralement en faveur de la vérité.

L'imperfection est dans la *forme*, je dirais presque dans le *moule* où le témoignage est jeté, lorsque cette forme exclut l'une ou l'autre des épreuves par lesquelles on constate son mérite, en s'assurant qu'il est exact et complet.

Ces épreuves, ces sûretés, ces garanties du témoignage seront exposées dans le plus grand détail. Toutes les espèces de preuves, selon qu'elles ne peuvent point être soumises à l'une ou à l'autre de ces garanties, seront rangées dans la classe des preuves inférieures. Nous ne les rejeterons point toutefois, puisqu'il est des cas où il faut les admettre faute de mieux, et d'autres où elles sont utiles dans le caractère d'*indices*. Mais ce qui est essentiel c'est d'en bien connaître la nature.

L'absence de l'une ou de l'autre de ces garanties range une preuve dans la classe des preuves inférieures; ces garanties manquent, soit par la nature des choses, soit par la faute des tribunaux qui ne les admettent pas. On verra ce qu'on doit penser de la négligence des législateurs et des juges qui dans les cas les plus nombreux où ils peuvent obtenir des preuves régulières et complètes les font descendre volontairement de cet état de prééminence dans la classe dégradée des preuves mutilées et inférieures.

Les neuf divisions principales font connaître toute la matière du témoignage<sup>1</sup>; mais si on voulait les traiter dans cet ordre, on serait entraîné dans de fréquentes répétitions.

<sup>1</sup> Témoignage par les choses ou par les personnes : ce qu'on appelle en anglais *evidence*.

Il n'y a que deux classes bien distinctes, les preuves *directes* et les preuves *indirectes*. La première classe comprend le témoignage oral d'un témoin percevant, et les preuves préconstituées; la seconde classe comprend les preuves réelles et circonstancielles, et les preuves *inoriginales*.

---

- M. Mekki, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome 63, Bruylant, 2015, p. 815 à 849.

## PREUVE ET VÉRITÉ EN FRANCE

Mustapha MEKKI

*Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 13*

*Sorbonne Paris Cité*

*Directeur de l'institut de recherche pour un droit attractif (I.R.D.A.)*

**1. Preuve, vérité et procès.** – Peut-on réellement distinguer la preuve de la question de vérité ? Tout porte à croire qu'il existe entre ces deux termes de l'équation un lien consubstantiel. La preuve est « *ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait* » selon le Littré<sup>1</sup>. Elle est « *ce qui démontre, établit la vérité d'une chose* » selon le Petit Larousse illustré<sup>2</sup>. Cette consubstantialité est d'ailleurs renforcée par un lieu commun : le procès. Par la preuve, les acteurs du procès recherchent une vérité. Cette vérité est bicéphale en ce qu'elle est découverte par le juge mais également construite par les parties<sup>3</sup>. Ce lien entre preuve et vérité doit cependant être relativisé car la vérité n'est pas la seule finalité ni même la finalité première du procès et la vérité du juge demeure une vérité singulière. Le cadre du procès explique non seulement que la vérité soit relative mais aussi qu'elle soit découverte dans le respect d'une certaine procédure.

**2. Définitions : l'une et l'autre.** – Avant d'apprécier la nature des liens qu'entretiennent preuve et vérité, il convient au préalable d'en cerner individuellement les contours.

La preuve est à la fois une opération intellectuelle et une opération matérielle<sup>4</sup>. Opération intellectuelle, elle est un processus, une démonstration proprement

<sup>1</sup> Littré, Vo<sup>e</sup> Preuve.

<sup>2</sup> Le Petit Larousse illustré, Vo<sup>e</sup> Preuve.

<sup>3</sup> Sur ce balancement A. ETCHEGOYEN, *Vérité ou libertés, La justice expliquée aux adultes*, éditions

Fayard, p. 61 et s., cité par Y. CHARTIER, Avant-propos, in *La vérité*, Rapport de la Cour de cassation,

<sup>4</sup> Sur cette distinction, L. CADIER, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*,

PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2013, nos 250 et s. Un parallèle peut-être fait avec la distinction entre *evidence* et *proof*. *Evidence* renverrait aux moyens de preuve alors que *proof* désignerait davantage le processus.

juridique distincte des autres sciences. Opération matérielle, elle renvoie au fait, au document qui prouve quelque chose. « La preuve se réalise grâce à des preuves », disait Raymond Legeais<sup>5</sup>. Elle établit l'existence d'un fait et lève le doute<sup>6</sup>. En droit, la preuve est essentiellement judiciaire. Essentiellement, car elle peut être concurrencée ou complétée par d'autres vérités : vérité légale, vérité scientifique ou « vérité » plus consensuelle, telle celle de la transaction<sup>7</sup>.

La vérité, quant à elle, est indéfinissable ce qui constitue une qualité<sup>8</sup>. Elle est de l'ordre du discours<sup>9</sup> et constitue rarement une représentation exacte de la réalité<sup>10</sup>. La vérité est une notion contingente qui varie selon le temps et le lieu<sup>11</sup>. Il existe une culture de la vérité<sup>12</sup>. Toute vérité est relative<sup>13</sup>. La vérité absolue n'existe pas, pas plus en droit qu'en science d'ailleurs<sup>14</sup>. Quant à la vérité juridique, il est question de vraisemblance, d'exactitude, de connaissance, de certitude, de révélation, de production, de communication, d'information, de présomption... La vérité juridique est une vérité relative car elle est subjective. Elle est une croyance en la vérité. Elle doit être acceptée ou acceptable et attribue ainsi une place importante à la question de l'adhésion<sup>15</sup>. Cette relativité de la vérité est d'autant plus mise en lumière dans le cadre du procès. La finalité première du procès est la Justice. Dans ce contexte, la vérité se présente comme un moyen au service de cette fin<sup>16</sup> et doit dès lors se concilier avec d'autres valeurs telles que la dignité, l'intimité de la vie privée et différents autres secrets (secret médical, secret bancaire, secret-défense, secret d'affaires...). Dans le procès, qu'il soit civil, pénal ou administratif, la vérité existe hors les murs et pénètre le lieu du procès au moyen d'une démonstration devant emporter la conviction du juge. La vérité judiciaire a en quelque sorte une fonction déclaratoire ou cognitive

<sup>5</sup> R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Préf. R. SAVATIER, LGDJ, 1955, spéc. p. 144.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Il est possible de concevoir qu'il est dans ce cas moins question de vérité que d'utilité de l'accord.

<sup>8</sup> G. CORNU, *La vérité et le droit*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 211 et s., spéc. p. 212 : « la sagesse est (...) de ne pas la définir, à l'idée que les notions élémentaires, comme l'être ou la vérité justement, sont indéfinissables ».

<sup>9</sup> Ibid. : la vérité est dans la réalité, « la vérité de ce qui est » et dans le discours « la vérité devient la conformité de ce qui est dit à ce qui est ».

<sup>10</sup> Y. CHARTIER, *Avant-propos*, op. cit., p. 40.

<sup>11</sup> Ibid., p. 39 et 40 : « (...) ce qui est tenu pour vrai à un moment donné ne l'est pas nécessairement pour toujours ; le juge, comme le citoyen, sait que la vérité est relative, contingente. Il se crée un dialogue permanent entre un absolu, un idéal, et les exigences qui naissent de l'application concrète de la règle de droit à des situations données ».

<sup>12</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, op. cit., n° 253 et s.

<sup>13</sup> E. CLÉMENT et alii, *La philosophie de A à Z*, Hatier, 1994, V° Vérité.

<sup>14</sup> Sur les incertitudes et les hésitations de la vérité scientifique, v. not. Maurice ALLAIS, *Autorité de la science ou autorité en matière de science ? l'immense danger d'une domination oppressive des pseudo-vérités établies*, in *L'autorité*, sous la dir. J. FOYER, G. LI BRETON et C. PUIGFERRER, P.U.F., coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2008, p. 117 et s. Addc. K. POPPER, *La connaissance objective* (objective knowledge, 1972), trad.. J.-J. ROSAT, Flammarion, coll. Champs essais, 1998 : le but de la science est l'approximation de la vérité, c'est-à-dire la « vérissimilitude », spéc. § 10 et s., p. 115 et s.

<sup>15</sup> H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964, spéc. p. 22 et s.

<sup>16</sup> La vérité est la « justesse de la justice », la « droiture du droit », G. CORNU, *Rapport de synthèse*, in *La vérité et le droit*, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, éditions Association Henri Capitant, Economica, 1989, spéc. p. 2.

par la reconstitution du passé<sup>17</sup>, tout en étant une représentation « déformée » de la réalité<sup>18</sup>. La vérité judiciaire est relative car « dès sa formation, la vérité judiciaire est, non pas absolue, mais cumulativement relative. Elle l'est car elle n'est jamais que l'expression d'un débat (...) ». Elle l'est aussi parce qu'elle est comparative et que, 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, réduit à se prononcer en faveur de la meilleure preuve »<sup>19</sup>.

**3. Dialectique : l'une par l'autre.** – La preuve est un outil de manifestation de la vérité. Les exemples sont légion. L'article 10, alinéa 1er du Code civil dispose que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité »<sup>20</sup>. L'article 81 alinéa 1er du Code de procédure pénale prévoit que « 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. (...) ». L'article R. 623-3, alinéa 3 du Code de justice administrative énonce que « La formation de jugement ou d'instruction ou le magistrat qui procède à l'enquête peut d'office convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité ». La preuve judiciaire n'est sollicitée qu'en cas d'incertitude, de doute qui constitue un passage obligé de la vérité. Il suffit de relire les articles précités : « en vue de » la manifestation de la vérité ; « utile » à la manifestation de la vérité. La vérité judiciaire est un construit et non pas seulement un donné. Le doute irradie l'ensemble des principes probatoires : l'objet de la preuve fait appel aux présomptions, la charge de la preuve s'en remet au risque de la preuve en cas de doute persistant et les modes de preuves sont plus ou moins fiables. En cas de doute, le juge doit trancher. Il doit dire une vérité. Enfin, la vérité judiciaire est par essence relative car elle passe par le canal d'un homme : le juge<sup>21</sup>. Au civil et surtout au pénal, il est question de la conviction du juge (CPP, art. 427).

Preuve et vérité constituent un voyage dans le temps. La vérité judiciaire est un lien entre le passé et l'avenir. Il faut « découvrir la vérité pour dire le droit » et « dire le droit pour affirmer une vérité »<sup>22</sup>. Tournée vers le passé, la preuve doit permettre de reconstituer les faits passés<sup>23</sup>. La vérité judiciaire est ici tout autant un construit qu'un donné. Surtout, la preuve s'incline vers l'avenir. Par la preuve, il convient de faire accepter une certaine vérité. D'abord par le juge,

<sup>17</sup> Sur ce point, v. G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2002, n° 24.

<sup>18</sup> P. LOUIS-LUCAS, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in *Mélanges R. Savater*, Dalloz, 1965, p. 583 et s.

<sup>19</sup> G. CORNU, *Rapport de synthèse*, in *La vérité et le droit*, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, éditions Association Henri Capitant, Economica, 1989, spéc. p. 6 et 7.

<sup>20</sup> V. égal. CPC, art. 181 : « Le juge peut, au cours des opérations de vérification, à l'audience ou en tout autre lieu, se faire assister d'un technicien, entendre les parties elles-mêmes et toute personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité ».

<sup>21</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU par E. BARTIN, *Cours de droit civil français selon la méthode de Zachariae*, Tome 12, 1897, spéc. § 749, p. 84, note 19b.

<sup>22</sup> Il s'agit des deux parties de la thèse de G. DALBIGNAT-DEHARO, *passim*.

<sup>23</sup> Cela peut expliquer la place importante que le droit français accorde à l'écrit, présumé être le meilleur moyen de conserver le passé, H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, op. cit., spéc. p. 112 et s. : preuve « rationnelle », preuve « moderne », par excellence.

car la preuve renvoie à la conviction du juge<sup>24</sup>. « *On appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »<sup>25</sup> disait Jean Domat. La preuve doit rendre la vérité acceptable. Elle remplit une fonction sociale. « *Prouver, c'est faire approuver* », affirmait Henri Lévy-Bruhl. Elle suppose « *l'homologation de la collectivité* »<sup>26</sup>. Cette fonction sociale de la preuve permet d'ailleurs de rapprocher les systèmes juridiques et d'envisager une harmonisation européenne voire internationale des règles probatoires<sup>27</sup>. Cette fonction sociale de la preuve ne remet pas en cause son lien consubstancial avec la vérité. La vérité n'est pas un simple « *arsenal rhétorique* »<sup>28</sup>. Le discours sur la recherche de la vérité est destiné à légitimer les décisions judiciaires et partant leur autorité<sup>29</sup>. Cette idée ne remet pas pour autant en cause la vérité comme objet de la preuve judiciaire, bien au contraire<sup>30</sup>. Cette fonction de légitimation confirme, du moins sociologiquement, que la vérité ne consiste pas seulement « *dans la conformité de l'esprit avec le réel, mais dans l'accord des esprits entre eux* »<sup>31</sup>.

**4. Preuve et vérité : une question de légitimité.** – En définitive, la dialectique entre preuve et vérité peut être abordée sous l'angle de la légitimité. La légitimité du procès conditionne la légitimité des rapports entre preuve et vérité et participe de ce mouvement de rationalisation de la preuve<sup>32</sup>. Il faut que la recherche des faits dans le passé et la solution ainsi rendue par le juge, marquée du sceau de l'autorité de chose jugée, soient acceptables et donc légitimes. Selon un auteur, « *l'idée de légitimité en rupture avec ce discours (celui de la vérité) et propre à la déstructurer, permet de l'appréhender de l'extérieur, dans ses rapports avec ses destinataires* »<sup>33</sup>. On ne peut adhérer totalement à cette exclusion de la vérité. En effet, la légitimité ne s'oppose pas à la vérité, judiciaire du moins. Elle en est la condition *sine qua non*.

**5. Légitimité substantielle et légitimité procédurale.** – Il existe principalement deux formes de légitimité, complémentaires, deux moyens de rendre la solution acceptable : la légitimité est à la fois substantielle et procédurale.

La légitimité substantielle renvoie à la vérité comme finalité, comme objet de la preuve. Il s'agit de comprendre comment le juge découvre la vérité substantielle qui constituera la matière de son jugement. La récolte et le choix des éléments

<sup>24</sup> Ph. THÉRY, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits, n° 23, 1996, p. 46 et s., spéc. p. 48 ; X. LAGARDE, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, *Revue Droits*, 1993, n° 23, p. 31 et s.

<sup>25</sup> J. DOMAT, *Lois civiles*, 1<sup>re</sup> partie, Livre III, Tome 6, édition Rémy, II, p. 137.

<sup>26</sup> H. LÉVY-BRÜHL, *La preuve judiciaire...*, op. cit., p. 22.

<sup>27</sup> Sur cet effort d'harmonisation, v. not. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 263.

<sup>28</sup> Sur cette idée, P. FORIERS, *Introduction au droit de la preuve*, in *La preuve en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylants, 1981, spéc. p. 18.

<sup>29</sup> X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 239, 1994, spéc. n° 160, p. 272 : l'auteur prend l'exemple de la charge de la preuve qu'il considère comme une illustration de la fonction purement rhétorique de la preuve, Addé, du même auteur, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, Droits, n° 23, 1996, p. 31 et s.

<sup>30</sup> Sur cette remise en cause du lien entre vérité et preuve, v. not. X. LAGARDE, th. préc.

<sup>31</sup> R. VERNEAUX, *Épistémologie générale ou critique de la connaissance*, Neuchâtel, 1959, p. 83 et s.

<sup>32</sup> H. LÉVY-BRÜHL, op. cit., p. 56 et p. 110 et s.

<sup>33</sup> X. LAGARDE, th. préc., p. 31.

probatoires ne sont pas arbitraires et reposent sur une certaine logique qui légitime la décision du juge. Un lien s'établit ici entre la preuve et la décision de justice ayant autorité de chose jugée, cette dernière n'étant rien d'autre qu'une présomption de vérité. La légitimité substantielle suppose alors de s'intéresser à la manière dont le juge utilise les éléments probatoires pour construire cette vérité judiciaire.

La légitimité procédurale, complémentaire de la première, désigne un ensemble de principes procéduraux et de règles procédurales. La vérité ne peut être légitime qu'à la condition d'avoir été établie par des éléments de preuve obtenus et débattus dans le respect d'une certaine procédure. À la différence de la légitimité substantielle, considérant la vérité comme une finalité, la légitimité procédurale invite à aborder la vérité comme le résultat d'un débat, d'une discussion. C'est dans le respect d'une éthique de la discussion que les parties et le juge parviendront à dégager une vérité légitime<sup>34</sup>. La vérité est dialogique, dialectique. La preuve est une mise à l'épreuve<sup>35</sup>. Les « *preuves produites sont débattues, critiquées, combattues et, si elles résistent, l'on côtoie la vérité* »<sup>36</sup>. Ainsi « *Dire la vérité, pour le juge, ce n'est pas énoncer une proposition vraie, c'est identifier, entre les thèses en présence, à l'issue d'un débat contradictoire où, tour à tour, chaque partie conteste la présentation des faits de l'autre, celle qui paraît la plus convaincante* »<sup>37</sup>.

**6. Vérité, objet de la preuve et résultat d'une procédure probatoire.** – Preuve et vérité à l'aune de la légitimité suppose ainsi de répondre à deux questions. La première : Quelle est cette vérité découverte par le juge et par quel raisonnement il en fait la matière de sa décision ? C'est la vérité, objet de la preuve (I). La seconde : Quelle est la procédure permettant de légitimer la vérité ainsi découverte par le juge ? C'est la vérité, résultat d'une procédure probatoire (II).

## I. LA VÉRITÉ, OBJET DE LA PREUVE

**7. La preuve de la vérité : entre donné et construit.** – Le juge découvre et construit une vérité, la vérité judiciaire, en s'appuyant sur un ensemble d'éléments probatoires. La vérité judiciaire, objet de la preuve, s'appuie sur des vérités provenant en quelque sorte de l'extérieur, qui préexistent à l'intervention du juge, ce qui peut être qualifié de « *donné probatoire* » (A). La vérité judiciaire, objet de la preuve, est également le fruit d'un raisonnement probatoire propre au juge qui crée sa propre vérité, ce qui peut être qualifié de « *construit probatoire* » (B).

<sup>34</sup> L'inspiration de l'éthique de la discussion de J. HABERMAS est ici flagrante, v. infra.

<sup>35</sup> O. BLOCH et W. von WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 1932, V<sup>e</sup> Prouver.

<sup>36</sup> Fr. KAMARA, *La preuve en procédure civile*, Procédures, n° 3, mars 2012, Dossier 5, n° 20.

<sup>37</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 252.

## A. LE DONNÉ PROBATOIRE

**8. Vérité imposée et vérité proposée.** – D'une certaine manière, la vérité existe en dehors de toute intervention du juge, hors les murs du procès. Ce donné probatoire renvoie tantôt à un ensemble de vérités imposées au juge (1), tantôt à un ensemble de vérités proposées au juge (2).

### I. LES VÉRITÉS IMPOSÉES AU JUGE

**9.** La recherche de la vérité amène le juge à s'appuyer sur un certain nombre de vérités imposées ayant soit une source légale, soit une source conventionnelle.

**10. Vérité légale imposée.** – Dans la recherche de la vérité par la réunion et par la confrontation des éléments de preuve, le juge voit sa liberté d'appréciation limitée par un ensemble de vérités légales qui s'imposent à lui. Lorsque la vérité est imposée par le législateur, la légitimité substantielle est de nature transcendante. En imposant certaines vérités, le législateur impose une hiérarchie des valeurs. La vérité vient d'en haut, s'impose aux parties et limite, à des degrés variables, la liberté d'appréciation du juge.

**11. De la preuve légale aux présomptions légales.** – Selon une distinction établie, il existerait des systèmes de preuve légale et des systèmes de preuve libre<sup>38</sup>. Le premier signifie qu'une hiérarchie des preuves est imposée par la loi aux sujets de droit et aux juges. Le droit français est généralement présenté comme un système mixte, même si, à l'analyse, le principe de liberté de la preuve semble avoir un champ d'application plus large<sup>39</sup>. La hiérarchie des preuves accordant une place plus importante aux écrits, tels que définis par l'article 1341 du Code civil, est l'expression d'un choix qualitatif : l'écrit se conserve mieux que la parole. Mais alors c'est davantage l'ordre que la vérité que satisfait le principe de hiérarchie des preuves<sup>40</sup>, la sécurité d'une vérité plus fiable lorsqu'elle est inscrite sur un support. À cette hiérarchie de moyens de preuves s'ajoute une vérité imposée par la loi qui agit sur l'objet de la preuve et la charge de la preuve, avec une intensité variable qui laisse une place plus réduite à l'appréciation du juge<sup>41</sup>. Il est ici question des présomptions légales. Ces présomptions sont nombreuses allant de la présomption simple à la présomption irréfragable (*juris et de jure*) en passant par la présomption mixte. Elles agissent sur l'objet de la preuve et amènent à considérer un fait comme vrai en déduisant d'un fait connu l'existence d'un fait inconnu. Des exemples existent dans les différents domaines du droit<sup>42</sup>. Dans le même esprit, la loi peut imposer au juge

<sup>38</sup> Pour une présentation d'ensemble, E. VERGÉS, Éléments pour une renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé, in *Mélanges J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 853 et s., spéc. p. 891.

<sup>39</sup> En ce sens, *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, spéc. p. 892.

<sup>41</sup> H. LEVY-BRULH, *op. cit.*, p. 26 et 27.

<sup>42</sup> C. com., art. 511-21 ; C. civ., art. 9-1, al. 2, 88, 112, 311, 312, 654, 911, al. 2, 918, 1282, 1351, 2276 ; CPC, art. 1352, al. 2 ; C. cons., R. 132-1 et R. 132-2 ; C. pén., art. 122-6 et 321-8 ; Code des douanes, art. 392, § 1 ; Code de la route, art. 121-2 al. 3 ; etc.

une fiction<sup>43</sup>. Cette dernière est une « contre-vérité »<sup>44</sup> car le « législateur admet l'existence d'un fait qui est, pourtant, démenti par la réalité »<sup>45</sup>. Il impose une vérité légale qui s'oppose à la vérité matérielle. À la différence de la fiction, la présomption, y compris irréfragable, est en partie conforme à une vérité relative qui ne peut être remise en cause. Alors que la fiction juridique évincé la question probatoire, la présomption demeure un instrument probatoire<sup>46</sup>. Le postulat de la présomption n'est pas faux à la différence de la fiction. La légitimité de cette vérité imposée au juge réside dans le fait que les présomptions légales sont l'expression d'une certaine normalité, d'une certaine probabilité<sup>47</sup>. Plus l'intensité de la présomption est importante, plus la probabilité est forte<sup>48</sup>. La présomption *pater est* (C. civ., art. 312) exprime ainsi l'idée que le mari peut légitimement être présumé être le père des enfants au moins nés pendant le mariage. La possession d'état rend vraisemblable le lien de filiation (C. civ., art. 311-1). La possession utile et non viciée rend probable la propriété (C. civ., art. 2256 et 2258). En matière pénale, où les présomptions sont plus rares, l'article 225-6, 3<sup>e</sup> du Code pénal présume la qualité de proxénète pour celui qui ne peut « justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ». Imposer, opposer à un plaideur une présomption, c'est en quelque sorte lui signifier qu'il n'est pas dans la norme<sup>49</sup>. De là à dire que les présomptions auraient à l'égard des justiciables une fonction normative ou « éducative »<sup>50</sup>, il n'y a qu'un pas.

La vérité, par le biais des présomptions légales notamment, est ainsi légitime à condition, soit d'incarner un certain nombre de valeurs, soit de traduire une certaine probabilité ou normalité.

La vérité imposée peut aussi avoir une source conventionnelle.

<sup>43</sup> V. A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse Paris 2, 1995 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. AMILL-DONAT, LGDJ, 1996.

<sup>44</sup> J. BRETHÉ DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOST, *Introduction à l'étude générale du droit*, Paris, 1947, spéc. n° 187, p. 151 : la fiction « contredit la vérité ; elle en prend le contre-pied : ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat convenable ».

<sup>45</sup> G. CORNU, *Introduction au droit*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> édition, 2007, n° 208.

<sup>46</sup> Jacques-Michel GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel, imprimerie Delachaux et Niestlé, S.A., 1954, p. 29, cité par A.-Bl. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Université de Limoges, 2010, note 756 : « la présomption, même lorsqu'elle est irréfragable, conserve un caractère probatoire. De plus, elle prétend toujours à un rapport plus ou moins étroit avec la réalité. La fiction consiste au contraire dans un aménagement volontairement détaché de la vérité (...) ».

<sup>47</sup> J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, Bruxelles, Bruylants, 1935, n° 256, p. 292 : « la loi ne peut présumer même sous réserve de preuve contraire, que ce qui est normal ». Adde, A.-Bl. CAIRE, th. préc., spéc. p. 425 et s.

<sup>48</sup> En ce sens, V. J. RIVERO, *Fictions et présomptions en droit public français*, in Chaim PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), Bruxelles, Bruylants, 1974, p. 107 et s.

<sup>49</sup> En ce sens, X. LAGARDE, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, Droits, n° 23, 1996, p. 31 et s. : Les présomptions ne sont que l'expression d'une norme sociale et les jugements qui les mettent en œuvre tirent leur légitimité de la standardisation des rapports sociaux dont ils s'inspirent. Cette normalisation fonctionne ici en creux car opposer une présomption à un plaideur revient à lui signifier qu'il n'est pas dans la norme et qu'en conséquence ses prétentions ne sauraient trouver leur place dans le jeu social ».

<sup>50</sup> En ce sens, Ch. PERELMAN, *Présomptions et fictions en droit*, essai de synthèse, in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), Bruxelles, Bruylants, 1974, spéc. p. 341.

**12. Vérité conventionnelle imposée.** – La vérité est ici consensuelle et la légitimité réside dans l'accord des parties. Les conventions permettent d'opérer une sorte de dépeçage, de démembrer du processus probatoire en agissant sur l'objet de la preuve, sur la charge de la preuve ou sur les modes de preuve. Aux termes de l'article 1316-2 du Code civil, la convention probatoire est formellement reconnue par le législateur : « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ». Certes, ce pouvoir des volontés individuelles ne concerne formellement que les conflits de preuve littérale, mais la reconnaissance est manifeste. La jurisprudence a, de son côté, validé des conventions par lesquelles les parties pouvaient durcir les procédés de preuve ou les alléger par rapport à ceux que la loi avait prévus. Elles peuvent aménager, dans certaines limites, la charge de la preuve. Les conventions peuvent même porter sur le fait à prouver<sup>51</sup>. Cependant, une convention ne peut priver le juge de son pouvoir d'apprecier la force probante des éléments de preuve<sup>52</sup>. La convention devient un simple élément d'appréciation, un indice au service du juge<sup>53</sup>. La convention-preuve participe à, plus qu'elle ne limite, la vérité judiciaire. En revanche, à l'instar des présomptions légales, la convention peut imposer une vérité consensuelle pourtant en décalage avec la vérité matérielle limitant les pouvoirs du juge dans la recherche de la vérité dans le procès.

Un exemple topique peut illustrer cette primauté accordée à la vérité consensuelle sur la « vérité réelle ». L'article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit que les parties peuvent, par un accord exprès, interdire au juge de prouver le vrai lorsqu'elles le lient par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Peut-on aller au-delà et considérer que le développement des procédures de règlement amiable des conflits serait le signe d'une préférence accordée à une vérité convenue ? Les parties ne recherchent-elles pas avant tout à mettre fin au conflit plus qu'à établir une vérité ? Le doute est permis à l'analyse de deux exemples. Le premier réside dans la place accordée au référent probatoire de l'article 145 du CPC dans les procédures de conciliation ou de médiation. La recherche d'une vérité « objective », vérité matérielle, réapparaît au sein même des procédures amiables. Dans le même esprit, il faut citer, en second, les règles importantes consacrées à l'expertise au sein même de la procédure dite participative. La vérité matérielle semble reprendre le dessus, dans les procédures de règlement amiable, au détriment d'une vérité purement consensuelle.

Le donné probatoire ne renvoie pas seulement aux vérités imposées mais aussi à un ensemble de vérités proposées.

<sup>51</sup> Sur l'ensemble de ces cas, v. l'article très complet de V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve sous la direction de C. PUIGELIER*, Economica, n° 19, 2004, p. 13 et s., spéc. p. 17 et s.

<sup>52</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 156.

<sup>53</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>e</sup> édition, spéc. n° 675.

## 2. LES VÉRITÉS PROPOSÉES AU JUGE

**13. Preuve judiciaire et preuve scientifique.** – Dans cet effort de rationalisation de la preuve, une place plus importante a progressivement été accordée aux savoirs qui se trouvent hors les murs du procès. La « preuve sociale » aurait pu ici être abordée car la fonction sociale du procès et le regard plus important porté sur la société civile amenant le juge à user d'une méthode conséquentialiste<sup>54</sup>, justifient le recours plus fréquent à des acteurs de la société civile, soit de manière spontanée, soit de manière institutionnalisée par le biais de l'*amicus curiae*<sup>55</sup>. Seule la vérité scientifique sera cependant ici abordée. La vérité scientifique est traditionnellement opposée à la vérité judiciaire. « *Le droit a des exigences que la science ne connaît pas* ». Cette affirmation doit tout de même être relativisée. Le juge est d'abord « *investi d'un pouvoir qu'il ne peut exercer sans savoir* »<sup>56</sup>. En outre, cette conception d'une vérité scientifique absolue est aujourd'hui remise en cause par de brillants penseurs tels que Maurice Allais<sup>57</sup> ou Karl Popper<sup>58</sup>. La vérité judiciaire ne se construit pas en opposition avec la vérité scientifique mais avec elle<sup>59</sup>. La vérité scientifique participe de la vérité judiciaire sans pour autant se confondre avec elle. D'une certaine manière, la preuve scientifique propose et le juge dispose.

**14. La preuve judiciaire par la preuve scientifique.** – Le juge exerce un pouvoir qui ne peut être légitime sans savoir. La logique de la preuve scientifique renforce la légitimité de la preuve judiciaire. La preuve scientifique contribue aujourd'hui, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, à l'établissement d'une vérité judiciaire. L'ampleur du recours à l'expertise, est une traduction manifeste de la participation de la vérité scientifique à la vérité judiciaire. L'expertise biologique est ainsi de droit, en matière de filiation, sauf motif légitime<sup>60</sup>. L'expert est une interface entre la logique scientifique et la logique judiciaire. Ce technicien est également là pour réaliser les mesures d'instruction ordonnées en vertu des articles 232 à 284-1 du CPC<sup>61</sup>. En droit pénal, le législateur se réfère directement à la preuve scientifique telle que l'alcootest rendu nécessaire

<sup>54</sup> A. BOYER, *Ce serait folie d'ignorer les conséquences*, Arch. phil. droit 2004, n° 48, p. 275 et s., spéc. p. 275.

<sup>55</sup> G. CANIVET, *L'amicus curiae en France et aux États-Unis*, R.J. com., 2005, p. 99 et s. ; J.-C. WOOG et Y. LAURIN, *Amicus curiae*, Rep. pr. civ., 2005 ; Y. LAURIN, *L'amicus curiae*, in *L'expertise*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 109 et s.

<sup>56</sup> G. DALBIGNAT-DEHARO, th. préc., n° 28. Adde, J.-R. DEMARCI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Préf. C. AMBROISE-CASTÉROT, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 55, 2012, spéc. n° 67, p. 42 : « Alors que le scientifique cherche à valider et entériner, de manière quasi définitive, des solutions résolument vouées à constituer un acquis réutilisable, le juge, quant à lui, se focalise sur un comportement déviant passé, tout en personnalisant sa réflexion et sa décision au particularisme des faits qu'il a à connaître ».

<sup>57</sup> M. ALLAIS, art. préc.

<sup>58</sup> K. POPPER, art. préc.

<sup>59</sup> V. égal., H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 118.

<sup>60</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103.

<sup>61</sup> En matière pénale, v. CPP, art. 158.

dans le cadre de l'article L. 243-1 du Code de la route<sup>62</sup>. Dans cette hypothèse, la preuve s'affirme comme un processus logique, une démonstration. Cette place accordée à la preuve scientifique est toute naturelle lorsqu'il s'agit d'établir l'existence objective, « réelle », de faits conditionnant la mise en œuvre de la règle de droit<sup>63</sup>. La preuve scientifique permet d'établir sinon une certitude sinon une forte probabilité sur certains faits. C'est une aide à la décision précieuse pour le juge dans des domaines où la technicité rend le juge incapable de juger sans savoir et dominés par l'incertitude<sup>64</sup> tels que celui de la santé, de l'environnement ou de l'économie. En outre, nous vivons dans une société de l'évaluation, déclinaison de l'idéologie du marché, qui amène à solliciter davantage les experts : évaluation des préjudices, évaluation des biens, évaluation de la nature elle-même. Dans ces domaines, le fait techniquement constaté est très proche du fait juridiquement recherché et la frontière entre le jugement technique de l'expert et le jugement en droit du juge devient poreuse<sup>65</sup>. Cette « scientification » de la vérité judiciaire constitue un nouvel instrument de légitimité substantielle grâce à la rigueur méthodologique de la science qui se met au service de la vérité judiciaire<sup>66</sup>. En outre, cette place plus importante accordée à la preuve scientifique est aussi un facteur favorable à l'harmonisation entre les systèmes juridiques<sup>67</sup>.

Il ne faut cependant pas confondre le maître et l'esclave. Si le pouvoir du juge en matière probatoire gagne à s'appuyer sur la vérité scientifique, une hiérarchie doit être maintenue car la vérité judiciaire est plus que la vérité scientifique.

**15. La preuve judiciaire au-delà de la preuve scientifique.** – La preuve judiciaire ne peut être confondue avec la preuve scientifique non pas tant par la relativité de l'une et le caractère absolu de l'autre, opposition dépassée, mais en raison de la structure même du procès. Le juge ne recherche pas seulement une vérité matérielle mais une vérité juridique qui dépasse la technique pour accorder toute sa place à l'humain. Il faut relire Henri Lévy-Bruhl : « *Si la preuve judiciaire est fondée sur un raisonnement qui peut s'exprimer sous la forme d'une équation logique ou mathématique, elle risque de ne pas atteindre son but si elle néglige certains aspects du problème qui, bien qu'en apparence secondaires, n'en sont pas* ».

<sup>62</sup> Dans le même esprit à propos de l'influence de stupéfiants, l'article L. 235-1 du Code pénal ou en matière de dopage, l'article L. 232-11 et s. du Code du sport.

<sup>63</sup> V. sur cette question, O. LECLERC, *Le juge et l'expert – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005, spéc. n° 110 et s. V. par ex. Cass. crim., 26 nov. 2002, n° 01-85138 : « les infractions au Code de l'urbanisme constituent des infractions purement matérielles dont l'établissement résulte de simples constatations d'ordre technique ; que dès lors, en confiant à l'expert le soin de constater et décrire les infractions commises au cours de la construction litigieuse au regard des règles d'urbanisme et de construction, le juge d'instruction a bien confié à cet expert une mission ayant pour objet l'examen de question d'ordre technique ».

<sup>64</sup> G. DEHARO, L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire, *Gaz. Pal.*, 2005, n° 265, p. 3, spéc. 4.

<sup>65</sup> Sur cette démonstration en matière pénale, v. J.-R. DLMARCHI, th. préc., spéc. n° 463 et s., p. 245 et s.

<sup>66</sup> V. X. LAGARDE, Dictionnaire de la justice, sous la dir. L. CADIET, P.U.F., 1<sup>re</sup> éd., 2004, V<sup>o</sup> Preuve, p. 1033 et s., spéc. p. 1033 : « d'une certaine manière, la règle de droit a d'autant plus de chances d'être appliquée justement que les juristes exploiteront les méthodes les plus efficaces en fonction des savoirs disponibles ».

<sup>67</sup> Sur ce point, v. L. CADIET, *Observations sur l'internationalisation du droit de la preuve*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Tome I, II, III, giuffrè, editore, 2005, p. 305 et s., spéc. p. 320. Adde, L. CADIET et O. CHASE, *Culture et administration judiciaire de la preuve*, XII<sup>e</sup> congrès de l'association internationale de droit judiciaire, Mexico, 2003.

*moins essentiels pour parvenir à rendre une sentence équitable* »<sup>68</sup>. En ce sens, seul le juge dit le droit et l'expert n'a aucune compétence juridique<sup>69</sup>. Tel est le contenu de l'article 238, alinéa 3 du Code de procédure civile<sup>70</sup> et de l'article 158 du Code de procédure pénale<sup>71</sup>. Pourtant la jurisprudence, tant en matière civile qu'en matière pénale, met en exergue des dérives du juge de plus en plus souvent confronté à des questions techniques et qui s'en remet à l'appréciation d'un expert, donnant parfois l'impression de déléguer à ce dernier le soin de dire le droit, signe d'une « dictature de la science »<sup>72</sup>, d'une « technophilie »<sup>73</sup> qui pourrait tourner à la « technofolie » voire à la « technophobie ». Or, le procès, limité en temps et contraint par les coûts, n'a pas pour fonction principale de dire le vrai mais surtout de dire le juste. La preuve scientifique doit demeurer un élément parmi d'autres et l'intime conviction du juge impose une telle conception. Ainsi un juge civil ou pénal n'est pas lié par le rapport d'expertise qui constitue seulement un élément de leur conviction<sup>74</sup>.

Cette emprise de la preuve scientifique, même décrite, demeure cependant encore bien maîtrisée : le motif légitime peut s'opposer à l'expertise biologique<sup>75</sup> et le juge peut tirer des conséquences probatoires d'un refus de se soumettre à une telle expertise<sup>76</sup> ; l'expertise génétique *post-mortem* est prohibée (C. civ., art. 16-11 et 16-12) ; la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment en matière de responsabilité civile, rappelle régulièrement que l'absence de causalité scientifique

<sup>68</sup> H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 110.

<sup>69</sup> Sur ce point, H. MARGANNE, L'expert judiciaire et le droit, *JCP (G)*, 2007, I, 103.

<sup>70</sup> CPC, art. 238, al. 3 : L'expert « ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique ».

<sup>71</sup> CPP, art. 158 : « La mission des experts qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique est précisée dans la décision qui ordonne l'expertise ».

<sup>72</sup> J. MOURY, *Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et jurisdictio*, RTD civ., 2009, p. 665 et s., spéc. n° 5, p. 668.

<sup>73</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, *op. cit.*, n° 36.

<sup>74</sup> V. en droit pénal, Cass. crim., 8 nov. 1973, *Bull. crim.*, n° 412 ; Cass. crm., 7 févr. 1962, *Bull. crim.*, n° 85. Addé, Cass. crim., 27 juin 1988, *Bull. crim.*, n° 258 : « les résultats des analyses qui ont été pratiquées de façon à déterminer le taux d'alcoolémie du sang d'un prévenu de conduite sous l'emprise d'un état alcoolique sont soumis à l'appréciation des juges du fond qui conservent, aux termes de l'article 427 du CPP, le droit de se décider d'après leur intime conviction, en se fondant

sur les preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattus devant eux ». En matière civile, d'autres éléments de fait peuvent dispenser d'une expertise génétique, v. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 févr. 2002, n° 00-11249, D, 2003, somm. p. 658, obs. BOURGAULT-COUDEVILLE : « les juges du fond ont estimé que la preuve de la paternité de E... X... résultait de tous les éléments de fait, non sérieusement contredits, versés aux débats, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction ; que l'expertise génétique ne constituait donc pas un moyen de preuve déterminant dans le cas d'espèce ». Pour de nombreuses illustrations, v. Fr. GRANT-LAMBRECHTS, *Preuves en droit de la famille* :

<sup>75</sup> Pour de nombreuses illustrations, v. Fr. GRANT-LAMBRECHTS, *Preuves en droit de la famille* :

<sup>76</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 2006, RTD civ., 2006, p. 548, obs. J. HAUSER.

n'exclut pas toute causalité juridique<sup>77</sup>. La vérité scientifique a ses raisons que la raison juridique doit parfois ignorer<sup>78</sup> !

16. La découverte de la vérité par le juge ne réside pas seulement dans l'utilisation d'un donné probatoire, qui en quelque sorte se situe dans le passé, mais renvoie en même temps au raisonnement du juge, à une forme de construit probatoire qui s'incline davantage vers l'avenir.

## B. LE CONSTRUIT PROBATOIRE

17. La vérité judiciaire est tout autant un construit qu'un donné. Cette construction renvoie au raisonnement judiciaire et permet de comprendre la légitimité de la vérité relative du juge qui n'a rien d'arbitraire. Cette vérité est doublement relative. Elle est relative car elle est le résultat d'une conciliation entre des valeurs en conflits (1). Elle est relative car elle repose sur ce concept subjectif qu'est l'intime conviction du juge (2).

### 1. UNE CONCILIATION DES VALEURS

18. La vérité est relative car elle se heurte à un certain nombre de valeurs, de droits, de principes, qui en limitent l'étendue. La vérité est une valeur parmi d'autres dans un procès qui recherche avant tout à apaiser le conflit dans la recherche du juste. Ce caractère relatif de la valeur-vérité, qui limite le champ d'action de la preuve, se situe tant en amont qu'en aval du processus probatoire.

19. En amont, de nombreuses interdictions viennent limiter le champ d'application de la preuve et confirment, par là même, une prise de distance entre vérité judiciaire et vérité scientifique. Ces interdictions confirment également le filtrage en amont du législateur : prohibition des expertises génétiques *post-mortem* en droit civil<sup>79</sup>, dont la constitutionnalité a été confirmée par le Conseil constitutionnel<sup>80</sup>, irrecevabilité de l'hypnose<sup>81</sup>, même avec l'accord des

<sup>77</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2008, (3 arrêts) pourvoi n° 05-20317, 06-14952, 06-10967 : « En référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi par M. X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Addé, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2009, n° 08-12781 : « En exigeant une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, la cour d'appel a violé » les articles 1147 et 1382 du Code civil interprétés à la lumière de la directive CEE n° 85-374 du 25 juill. 1985, ensemble l'article 1353 du même code. Pour une vue d'ensemble, Ph. BRUN, *Causalité juridique et causalité scientifique*, R.L.D.C., 2007, suppl. n° 40.

<sup>78</sup> H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 117 : « Le juge est tout autre chose qu'un technicien : c'est un représentant de la collectivité. A ce titre, il est obligé de tenir compte d'un grand nombre d'éléments qui dépassent généralement le problème technique qui serait de la compétence de l'expert (...). À chacun son métier : l'expert résout un problème technique ; le juge un problème qui, en fin de compte, est un problème humain ».

<sup>79</sup> Expertises limitées en matière pénale à certaines infractions, v. CP, art. 706-54 et s.

<sup>80</sup> Cons. const., déc. 30 sept. 2011, n° 2011-173, QPC ; Droit de la famille, n° 11, nov. 2011, alerte 89, Focus par M. LAMARCHE.

<sup>81</sup> C. PUIGELIER et C. TIJUS, *L'hypnose en tant que moyen de preuve*, R.G.Dr. médical 2002, p. 137 sq.

parties<sup>82</sup>, et des sérum de vérité en matière pénale<sup>83</sup>, prohibition de certains témoignages au pénal<sup>84</sup> comme au civil<sup>85</sup>. Cet encadrement limite le champ de la preuve judiciaire et relativise la vérité comme finalité du procès.

20. En aval, il faut entendre des modes de preuve interdits pour leurs effets plus que par leur objet. Les éléments probatoires obtenus et/ou produits ne doivent pas, en principe, porter atteinte au droit au respect de la vie privée (C. civ., art. 9 et Conv. EDH, art. 8)<sup>86</sup>, au secret des correspondances (C. pén., art. 226-15), au secret bancaire<sup>87</sup>, au secret médical<sup>88</sup>, au secret professionnel de l'avocat<sup>89</sup>, au secret de l'instruction<sup>90</sup>, au secret-défense, au secret des sources journalistiques<sup>91</sup>. Cette limite opposée à la recherche de la vérité se retrouve au sein des motifs légitimes de l'article 10 du Code civil ou des « empêchements légitimes » de l'article 11 du Code de procédure civile.

Le phénomène de fondamentalisation des droits réduit d'autant le champ d'application de la preuve ayant pour objet la vérité. Cette fondamentalisation des droits constitue à première vue le signe d'un recul de la vérité matérielle car les droits, en un sens, constituent des obstacles à la recherche de la vérité. Pourtant, la fondamentalisation profite aussi à la vérité matérielle en ce qu'il émerge, depuis quelques années, un véritable droit à la vérité qui se traduit par la consécration d'un « droit à la preuve »<sup>92</sup>. L'émergence de ce droit n'est pas propre à la France et constitue un nouveau signe de convergence entre les

<sup>82</sup> Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 369.

<sup>83</sup> Sur l'aveu obtenu par contrainte en général, v. H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 132 et s.

<sup>84</sup> CPP, art. 108, 335, 447, 448.

<sup>85</sup> C. civ., art. 205.

<sup>86</sup> Atteinte sanctionnée pénallement, art. 226-1 C. pénal. La Cour européenne des droits de l'homme veille, de son côté, à ce que l'affaire *Schenk c/ Suisse*, qui laisse aux États-membres le soin de fixer les règles probatoires, n'ait pas pour conséquence une négation des autres droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi il n'est pas rare que certains éléments de preuve soient sanctionnés par la Cour aux motifs d'une atteinte à la vie privée protégée par l'article 8 de la Conv. EDH. La CEDH, a, par exemple, jugé dans un arrêt *Kruslin et Huvig c/France* du 24 avr. 1990 que des écoutes téléphoniques clandestines étaient une violation de l'article 8 de la Conv. EDH, CEDH, 24 avr. 1990, Série A, *Kruslin et Huvig c/France*, Série A et B, n° 176.

<sup>87</sup> V. not. B. BOULOC, *Le secret professionnel du banquier : principe et limites*, Gaz. Pal., 2004, p. 1813 et s. V. par ex., Cass. com., 25 janv. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 13.

<sup>88</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n° 306.

<sup>89</sup> Pour l'avocat, v. art. 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 et article 160 du décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 ; C. pén., art. 226-13.

<sup>90</sup> V. not. G. CLÉMENT, *Le secret de la preuve pénale*, in *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 183 et s.

<sup>91</sup> Cass. crim., 6 déc. 2011, F-P+B, n° 11-83.970 : « l'atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi », de sorte que « la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision, tant au regard de l'article 10 que de la Convention européenne des droits de l'homme qu'au regard de l'article 2 de la loi du 29 juill. 1881 ».

<sup>92</sup> En ce sens, G. GOUBEAUX, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, C. PERLMAN, P. FORIERS (dir.), Bruxelles, 1981, p. 277. *Contra*, A. BERGFAUD, *Le droit à la preuve*, pref. J.-C. SAINT-PAU, spéc. p. 580, Bibl. dr. privé, t. 525, LGDJ, 2010, p. 110 : l'auteur adopte une conception restrictive du droit à la preuve. Le droit à la preuve constitue un droit accordé à un justiciable d'exiger d'un autre justiciable la production d'un document ou une information. Le passage obligé par un juge, dans les différents exemples cités, ne permet pas d'y voir un véritable droit à la preuve, selon l'auteur.

systèmes juridiques renforçant l'opportunité d'un « droit transnational de la preuve »<sup>93</sup>.

**21. Émergence d'un droit à la preuve.** – Ce droit à la preuve doit être concilié avec les autres droits en conflit<sup>94</sup>. Il n'est plus question d'interdire une preuve parce qu'elle porterait atteinte à un droit fondamental<sup>95</sup>. Il convient désormais de vérifier que l'atteinte au droit fondamental, aux intérêts antinomiques, est nécessaire et proportionnée au but poursuivi<sup>96</sup>. Il faut, en somme, procéder à un contrôle de proportionnalité. Cette tendance est née d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 15 mai 2007 à l'occasion duquel la Cour de cassation avait jugé qu'un dossier médical pouvait être produit en justice sans le consentement de la personne concernée dès lors que « toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence »<sup>97</sup>. La nécessité des droits de la défense justifiait une atteinte proportionnée au secret médical. La portée de ces arrêts a été élargie à toutes les pièces, par un arrêt rendu par la première Chambre civile le 16 octobre 2008<sup>98</sup>, au fondement des articles 9 du Code civil, 9 du CPC et 8 de la Conv. EDH. Plus récemment et pour la première fois, la Cour de cassation a consacré un véritable « droit à la preuve » dans un arrêt du 5 avril 2012<sup>99</sup>. Au visa des articles 6 et 8 de la Conv. EDH, l'arrêt de la cour d'appel est censuré aux motifs qu'« *en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice (du) droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». L'idée, sans la formule, a été reprise dans un arrêt rendu par la première Chambre civile du 31 octobre 2012 : « *les atteintes portées à la vie privée de M. X, sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre, et relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé, n'étaient pas disproportionnées au regard* ».

<sup>93</sup> V. not. X. LAGARDE, Dictionnaire de la justice, *op. cit.*, V<sup>o</sup> Preuve : « l'arbitrage entre droits fondamentaux et recherche de la vérité est de moins en moins caractéristique d'une spécificité culturelle des différents systèmes de preuve, au moins dans les pays qui ont pris le parti effectif de consacrer, sous une forme ou sous une autre, une charte des droits fondamentaux ».

<sup>94</sup> Sur les aspects procéduraux, v. *infra*.

<sup>95</sup> Sur ce droit à la preuve, v. not. G. GOUBEAX, Le droit à la preuve, in *La preuve en droit*, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Bruxelles, 1981, p. 277 : l'auteur rattache le droit à la preuve au droit d'agir en justice reconnu à l'art. 30 c. pr. civ. Adde, A. BERGEAUD, Le droit à la preuve, préf. J.-C. SAINT-PAU, spéc. p. 580, Bibl. dr. privé, t. 525, LGDJ, 2010.

<sup>96</sup> Il existe même certaines hypothèses où la recherche de la vérité est considérée comme une valeur supérieure à d'autres droits ou secrets, v. par exemple la preuve de la vérité dans un procès en diffamation, Cass. crim., 11 juin 2002, R.S.C., 2002, p. 881 : le secret de l'instruction doit céder devant les droits de la défense dans un procès en diffamation justifiant le rejet de toute sanction au fondement du recel ; Cass. crim., 19 janv. 2010, n<sup>o</sup> 09-84.408, F-P+F, D. c/ P.

<sup>97</sup> Cass. com., 15 mai 2007, D. 2007. Pan. 2775, obs. LEPAGE. Dans le même sens, Cass. crim., 24 avr. 2007, AJ pénal 2007. 331, obs. SAAS.

<sup>98</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 oct. 2008, FS-P+B, n<sup>o</sup> 07-15778 : l'arrêt d'appel n'a pas « caractérisé la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché ». L'arrêt est cassé mais la possibilité d'une preuve obtenue en violation de la vie privée de l'auteur du document produit.

<sup>99</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2012, n<sup>o</sup> 11-14177, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 85 ; D., 2012, p. 1596, note G. LARDUX ; RTD civ., 2012, p. 506, obs. J. HAUSER ; D. 2012, p. 2826, obs. J.-D. BRETNER.

de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés »<sup>100</sup>. Selon la formule ramassée d'un auteur : « *le respect dû à la vie privée peut devoir céder devant les nécessités probatoires, autrement dit l'impératif de vérité* »<sup>101</sup>. La solution est d'autant plus compréhensible que la sphère de la vie privée est tellement large que dans certains domaines, tels que le droit des personnes et de la famille, aucune preuve ne pourrait être recevable au motif qu'elle appartiendrait à la sphère privée<sup>102</sup>.

**22. En définitive**, la vérité est toute relative car elle est désormais le fruit d'un équilibre proportionné entre le droit à la preuve, d'un côté, et les autres droits fondamentaux auxquels il pourrait porter atteinte, de l'autre. La légitimité substantielle résiderait dans un contrôle de proportionnalité opéré par les juges, au cas par cas.

## 2. L'INTIME CONVICTION DU JUGE

**23. La conviction du juge.** – Prouver consiste moins à établir la vérité qu'à convaincre le juge d'une vérité. Aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, prouver c'est emporter la conviction du juge<sup>103</sup>. L'autorité de la chose jugée n'est donc pas la « *vraie vérité : elle est reçue (accipitur) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité* »<sup>104</sup>. Selon l'adage, *resjudicata pro veritate habeatur*. Appréhendée à travers la personne du juge et de son jugement, la vérité judiciaire est subjective. En dehors des cas où la preuve est légale, c'est le principe de liberté de la preuve qui l'emporte. En vertu de ce principe, le juge est libre d'apprécier la force probante des éléments qui lui sont soumis. Il s'agit de son intime conviction<sup>105</sup>, prévue à l'article 427 du Code de procédure pénale mais également consacrée en matière civile<sup>106</sup>. Cette intime conviction confirme que, dans bon nombre de cas, la vérité par la preuve est plus une question de certitude<sup>107</sup>, vérité purement subjective. La décision rendue par le juge n'est pas la « *vraie vérité* » mais ce que le juge veut considérer et faire accepter comme vrai. Pour preuve, lorsqu'un doute persiste, le juge ne peut refuser de trancher le litige au risque d'être condamné pour déni de justice<sup>108</sup>. Il doit dire ce qui doit être considéré comme vrai. Dans le même esprit, la théorie du risque de la preuve, faisant succomber l'une des parties au procès en cas de doute persistant, confirme

<sup>100</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 oct. 2012, n<sup>o</sup> 11-17476, D. 2013, p. 227, note N. DUPONT ; C.C.E., 2012, comm. n<sup>o</sup> 137, obs. A. LEPAGE.

<sup>101</sup> G. LARDEUX, note préc.

<sup>102</sup> En ce sens, J. HAUSER, obs. préc.

<sup>103</sup> En ce sens not. Ph. THÉRY, Les finalités du droit de la preuve, *op. cit.*, spéc. p. 48. Adde, A. BERGEAUD, Le droit à la preuve, th. préc., n<sup>o</sup> 2, p. 3.

<sup>104</sup> J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, 27<sup>e</sup> éd., PUF, 2002, n<sup>o</sup> 192

<sup>105</sup> J.-D. BREDIN, Le doute et l'intime conviction, Droits, 1996, n<sup>o</sup> 23, p. 21 et s.

<sup>106</sup> V. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1998, D. 1999, p. 360, note J. MASSIP.

<sup>107</sup> V. F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Tome IV, 2<sup>e</sup> éd., Plon, Paris, 1866, n<sup>o</sup> 1759, p. 324, cité par A. BERGEAUD, th. préc., n<sup>o</sup> 2, p. 3.

<sup>108</sup> Il est question de la « *certitude intérieure* » du juge, en ce sens, E. VERGÉS, *op. cit.*, p. 893.

<sup>109</sup> V. Cass. 2<sup>re</sup> civ., 21 janv. 1993, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 28 ; Cass. 2<sup>re</sup> civ., 28 juin 2006, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 174 ; Cass. 2<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2007, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 76.

que l'important est la vérité dite par le juge et non une vérité « objective », « matérielle », « réelle » qui ferait défaut<sup>109</sup>.

**24. Vraisemblance, probabilités et présomptions du fait de l'homme.** – Cette conviction du juge ne relève pas de l'arbitraire car elle doit reposer sur une vraisemblance<sup>110</sup>. Elle se fonde sur une légitimité de la probabilité<sup>111</sup>. Nombre de dispositions se réfèrent à cette notion de vraisemblance (C. civ., art. 1316-2, 1347 et s.) et la jurisprudence en use parfois<sup>112</sup>. L'idée s'impose aussi dans les principes *Unidroit* et de l'*American law institute* dont l'article 21.2 dispose que « *Les faits sont prouvés si le tribunal est raisonnablement convaincu de leur véracité* »<sup>113</sup>. On ne peut s'empêcher d'établir un parallèle avec les standards de preuve des systèmes de *common law*<sup>114</sup>. Selon les matières, il faut établir que la prétention est plus probable qu'improbable, le degré de doute raisonnable étant plus restreint lorsqu'il est question de la matière pénale<sup>115</sup>. En droit français, ne peut-on pas rapprocher les présomptions du fait de l'homme des standards de preuve ? Le juge laisse par les présomptions une marge de doute en deçà ou au-delà de laquelle il jugera un fait comme établi ou non. Telle est la lecture qui peut être faite de l'article 105 du Code de procédure pénale qui se réfère « aux indices graves et concordants », de l'article 78-2 du même code qui évoque « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » ou de l'article 211 qui se contente de « charges suffisantes »<sup>116</sup>. Le juge pénal use assez fréquemment de ces présomptions du fait de l'homme<sup>117</sup>. En matière civile, l'article 1353 du Code civil peut être conçu comme un « standard de preuve » à la française, reposant sur l'idée de vraisemblance ou de probabilité : « *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 (...)* ». Les indices doivent être graves, précis et concordants afin de pouvoir présumer l'existence d'un fait. Cette disposition a été l'instrument par lequel la Cour de cassation a pu affirmer, dans l'affaire du vaccin contre l'hépatite B et les cas de scléroses en plaques, que la vérité scientifique n'est pas la vérité juridique et que l'absence de lien de causalité scientifique n'exclut pas pour autant une absence de causalité juridique<sup>118</sup>. Dans cette affaire, comme dans tant d'autres, c'est le juge qui crée une présomption quasi-légale car la Cour de cassation impose de juger que le lien de causalité est prouvé si le faisceau d'indices auquel elle se réfère est établi<sup>119</sup>. Ce faisceau d'indices permet de se prévaloir d'une vraisemblance et, bien qu'un doute persiste, il devra être supporté par le producteur ou par le fournisseur du vaccin à qui on a juridiquement imputé la responsabilité, même si ni le défaut du produit ni le lien entre la vaccination et les cas de sclérose en plaque n'ont été scientifiquement prouvés<sup>120</sup>. La présomption du fait du juge ne suppose même pas nécessairement plusieurs indices si un seul est d'une telle importance qu'il emporte la conviction du juge<sup>121</sup>. Accorder une place importante à la vraisemblance justifie alors une certaine rigueur dans la motivation afin, de nouveau, de veiller à renforcer la légitimité de la décision par sa compréhensibilité et son acceptabilité<sup>122</sup>. Mais alors on glisse ici incidemment de la légitimité substantielle de la vérité prouvée à la légitimité procédurale de la vérité établie.

**25. La vérité prouvée ne doit pas seulement être légitime au sens substantiel mais aussi le résultat d'une procédure probatoire équitable.**

## II. LA VÉRITÉ, RÉSULTAT D'UNE PROCÉDURE PROBATOIRE

**26. Vérité dialogique et justice procédurale.** – La vérité, résultat d'une procédure probatoire, renvoie à l'idée de vérité dialogique. C'est par le dialogue, dans l'échange que peut et doit se dégager une vérité légitime, vérité née d'une procédure équitable. La preuve est un « *parcours vers la vérité* »<sup>123</sup>. Le procès deviendrait « *un problème à résoudre grâce à la collaboration des intéressés* »

<sup>109</sup> V. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Sirey, 1948, n° 117, p. 130 et 131 : « (...) quand la vérité, même cette vérité restreinte qui permet la procédure, ne peut être découverte, c'est alors qu'il convient 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 ou 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 ».

<sup>110</sup> J. CARBONNIER, *Introduction...*, op. cit., n° 28, p. 76 ; D. AMMAR, *Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ., 1993, p. 501 et s. Addc, C. PUIGELIER, *Vrai, véridique et vraisemblable*, in *La preuve*, sous la dir. C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 195 et s.

<sup>111</sup> R. PERROT, obs. sous Cass. civ., 29 mai 1951, JCP (G), II, 6421 : « le juge ne recherche pas une vérité absolue ; il se borne à relever les indices qui engendrent dans son esprit un sentiment de probabilité ». V. égal. Ch. AUBRY et Ch. RAU par E. BARTIN, *Cours de droit civil français selon la méthode de Zachariae*, Tome 12, 1897, spéc. § 749, p. 84, note 19b : « nous savons que la preuve judiciaire se ramène invariablement à une probabilité plus ou moins grande, à une vraisemblance plus ou moins accusée (...). Cette probabilité et cette vraisemblance (sont les) résultats possibles de preuve judiciaire (...) ».

<sup>112</sup> V. par ex., Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 févr. 1993, Bull. civ. III, n° 14.

<sup>113</sup> V. M. BRINKMANN, *The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT principles of transnational civil procedure*, Rev. dr. unif. 2004-4, p. 875.

<sup>114</sup> M. TARUFO, *Rethinking the Standards of Proof*, American Journal of Comparative Law 2003, p. 659 et s.

<sup>115</sup> Sur la différence entre intime conviction et standards de preuve, v. Fr. FERRAND, *Répertoire civil Dalloz*, spéc. n° 480 et s.

<sup>116</sup> Mettant en doute la pertinence et la réalité de ces paliers, v. M. GUÉRY, *Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire*, JCP (G), 1998, I, 140.

<sup>117</sup> V. par ex., Cass. crim., 12 déc. 1989, Droit pénal, 1990, p. 185 : présomption de l'élément moral de l'infraction de recel en se fondant sur un faisceau d'indices.

<sup>118</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 22 mai 2008, préc.

<sup>119</sup> Le faisceau d'indices est le suivant : la victime a démontré qu'un médicament lui a été administré et a déterminé la date ; elle a déterminé l'identité du producteur ou le fournisseur ou les producteurs potentiels ; elle a prouvé le dommage subi suite à son administration. L'absence d'autres explications et la concurrence des événements sont souvent retenues par les juges.

<sup>120</sup> V. sur cette idée d'imputabilité, P. SARGOS, note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 25 juin 2009 et 9 juill. 2009, J.C.P. (G), n° 41, 5 oct. 2009, 308.

<sup>121</sup> En ce sens, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 nov. 1972, JCP (G), IV, p. 16 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 3 juill. 1996, D. 1998, somm. comm., p. 31.

<sup>122</sup> V. principes *Unidroit* et de l'*ALI* : Principe 23.2, qui énonce que « le jugement doit comprendre les motifs essentiels de fait, de droit et probatoires qui soutiennent la décision ». V. E. VERGES, op. cit., p. 863, 885 et 894.

<sup>123</sup> C. PUIGELIER, op. cit., spéc. p. 198.

*et du magistrat (ou du jury), représentant de la collectivité »<sup>124</sup>. La vérité probatoire ne peut être légitime qu'à la condition de respecter une certaine procédure<sup>125</sup>. Il s'agit d'une vérité dialogique ou « dialectique »<sup>126</sup>. La procédure constitue une autre forme de rationalisation de la preuve<sup>127</sup>. C'est finalement revenir à la racine latine du mot preuve, *probare* qui signifie « mettre à l'épreuve ». Ce dialogue paraît plus présent dans les systèmes de *common law* que dans les systèmes de *civil law*. Les techniques de la *cross examination* et de la *discovery* sont en ce sens<sup>128</sup>. La parole est reine dans les systèmes de *common law*, alors que l'on s'en méfie, dit-on, dans les pays de *civil law*<sup>129</sup>. Loysel exprimait ainsi cette méfiance à l'égard des témoins par une formule dont il avait seul le secret : « *qui mieux abreuve, mieux preuve* ». À vrai dire, il serait erroné d'opposer les deux systèmes. Tout d'abord, le système de la *discovery* et de la *cross examination* peut avoir pour effet pervers d'avantage le fort au détriment du faible et de laisser une place trop importante à la contrainte et à la pression. En cela le système français accordant un rôle actif au juge permet de rétablir une certaine égalité des armes<sup>130</sup>. Ensuite, le rapprochement entre les pays de *common law* et de *civil law* est d'autant plus envisageable que la vérité n'est plus ici conçue de manière substantielle mais de manière procédurale ce qui facilite le travail d'harmonisation. Le résultat présenté comme vrai sera juste dès lors qu'une procédure équitable aura été respectée. Or, cette procédure n'est pas plus accusatoire en Angleterre ou aux États-Unis qu'en France. La distinction entre procédure accusatoire et inquisitoire s'atténue et laisse sa place, sous l'influence du procès équitable, à une procédure dite contradictoire au sein de laquelle domine un principe de coopération entre les parties et le juge<sup>131</sup>. H. Lévy-Bruhl ne disait rien d'autre lorsqu'il prédisait que « *le tribunal cesserait d'être un champ clos pour devenir une sorte de laboratoire où les efforts de tous, même des avocats des parties adverses, au lieu de s'opposer, convergent vers un but commun qui est la recherche de la vérité* »<sup>132</sup>.*

**27. Procédure probatoire équitable : ce qu'elle gagne en étendue, elle le perd en qualité.** – Cette procédure entretient avec la vérité une relation ambiguë. La discussion et le dialogue contribuent en un sens à la découverte d'une vérité objective plus poussée. Cependant, le dialogue ne suffit pas. La discussion doit

<sup>124</sup> H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 54.

<sup>125</sup> V. J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Tome I, Bossange, 1830, spéc. p. 3 : « l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves ».

<sup>126</sup> J.-M. VARAUT, *Approche de l'erreur judiciaire*, Petites Affiches, 30 oct. 2001, n° 216, p. 6.

<sup>127</sup> H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 82.

<sup>128</sup> H. MUIR-WATT, *Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, V<sup>e</sup> Discovery.

<sup>129</sup> Sur cette analyse, X. LAGARDE, D'une vérité à l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve, *Gazette du palais*, 22 juill. 2010, p. 6 et s.

<sup>130</sup> Spécialement en matière administrative, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, n° 255.

<sup>131</sup> *Ibid.* : « *Disons même que le rôle des parties dans les procédures dites inquisitoires et le rôle du juge dans les procédures dites accusatoires se sont semblablement renforcés dans la période contemporaine, manifestant ainsi la promotion d'un principe de coopération des parties et du juge commun à toutes les procédures, selon des proportions variables* ». Adde, M. DEL MAS-MARTÍN, *La preuve pénale*, in *La preuve*, Droits, n° 23, 1996, p. 59 et s.

<sup>132</sup> H. LÉVY-BRÜHL, *op. cit.*, p. 33 et 34.

respecter une certaine éthique. À l'inverse alors, le respect d'une procédure équitable vient limiter la recherche de la « vérité matérielle ». On observe cependant, depuis ces dernières années, un recul de la qualité procédurale marqué par un retrait de l'exigence de loyauté au profit d'une conception envahissante des principes du procès équitable. En d'autres termes, si la recherche de la vérité est garantie par le respect d'une procédure probatoire équitable, la qualité de cette procédure est menacée en raison d'un recul de l'exigence de loyauté. De principes procéduraux assurant une fonction moralisatrice de la procédure probatoire (A), on passe à des principes procéduraux assurant la fonction validante d'une procédure probatoire irrégulière.

## A. LA FONCTION MORALISATRICE DES PRINCIPES PROCÉDURAUX

**28. Existence et qualité du débat probatoire.** – Au sens le plus large, le droit à un procès équitable est composé d'un triptyque : droit d'accès à un juge, droit à une bonne justice et droit à l'exécution<sup>133</sup>. Avec ce droit à un procès équitable, les différences entre les types de procès s'atténuent. On passe ainsi de la distinction entre procès inquisitoire et procès accusatoire à l'émergence d'un procès dit contradictoire<sup>134</sup>. À proprement parler, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme reste muet sur le droit de la preuve. Il existe seulement, en matière pénale, l'article 6-3 d concernant le témoignage. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Schenk c/ Suisse* du 12 juillet 1988<sup>135</sup> et dans l'affaire *Kotovsky c/ Pays-Bas* du 20 novembre 1989<sup>136</sup>, a jugé que les États contractants étaient libres de régler les questions d'admissibilité, de force probante et de charge de la preuve. Ces questions ne relèvent pas de la compétence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme. À dire vrai, aussi bien les juridictions européennes que les juridictions internes mettent en place une série de principes destinés à légitimer le processus probatoire. Le respect d'une procédure probatoire équitable justifie la mise en place d'un débat contradictoire. Au sens le plus strict, tout d'abord, le contradictoire impose la communication des informations entre les parties et leur discussion. Au sens large, ensuite, le contradictoire impose un débat de qualité<sup>137</sup> intégrant, en ce sens, l'exigence de loyauté et le principe de l'égalité des armes. Le débat contradictoire ne doit pas seulement exister (1), il doit surtout être de qualité (2).

<sup>133</sup> S. GUINCHARD et alii, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, n° 721.

<sup>134</sup> En ce sens, L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 518 et s., p. 358 et s.

<sup>135</sup> Série A, n° 140, § 46.

<sup>136</sup> Série A, n° 166, § 39. Dans le même sens, CEDH, 25 mars 1999, l'article 6 § 1 ne s'applique pas à la question des modes de preuve.

<sup>137</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, *op. cit.*, n° 173 et s.

## I. L'EXISTENCE D'UN DÉBAT CONTRADICTOIRE

**29. Information et discussion.** – Le contradictoire au sens strict est « *le droit pour les parties à un procès (...) de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge (...) et de la discuter* »<sup>138</sup>. Le lien entre le principe du contradictoire et la question probatoire figure dans de nombreuses dispositions. Ainsi de l'article 15 du CPC qui dispose que « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Le contradictoire vaut également au-delà des parties. L'article 16 du CPC s'adresse au juge et les expertises doivent se faire dans le respect du contradictoire<sup>139</sup>. Les mêmes exigences existent en matière pénale<sup>140</sup> et en matière administrative<sup>141</sup>. Information et discussion sont donc les deux composantes du contradictoire en matière probatoire<sup>142</sup>.

**30. Le contradictoire et l'information.** – La vérité dialogique, qui s'appuie sur une procédure probatoire équitable, relève d'abord de l'accès à l'information.

**31. Collaboration entre les parties, les tiers et le juge.** – Pour faire en sorte que chaque partie puisse réellement participer au débat probatoire, encore faut-il qu'elles puissent avoir un accès à l'information. Pour ce faire, plusieurs dispositions imposent aux parties de collaborer à la recherche de la vérité. La collaboration s'adresse aux parties et aux juges ou aux autorités administratives pourvues d'un pouvoir juridictionnel, et irradie tant le procès civil que le procès pénal<sup>143</sup>.

**32. Article 1315 du Code civil.** – En matière civile, l'article 1315 du Code civil peut être analysé en ce sens au même titre que l'adage *actori incumbit probatio* que les juristes civilistes fondent sur l'article 1315 du Code civil : « *La preuve incombe au demandeur* »<sup>144</sup>. Il faut entendre qu'il existe une obligation pour celui qui allègue des faits, demandeur ou défendeur à l'instance, de les prouver. La sanction est lourde puisqu'à défaut d'une telle preuve et en cas de doute persistant, il devra succomber au procès, sens de ce qu'il est convenu d'appeler le risque de la preuve<sup>145</sup>. La charge de la preuve, dans cet esprit, constitue une obligation de contribuer à la recherche de la vérité dès lors qu'un procès

<sup>138</sup> C.E.D.H., 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, Série A, n° 262.

<sup>139</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs statué sur le cas d'une expertise médicale en jugeant que, au nom du droit à un procès équitable, la réalisation de l'expertise devait être contradictoire sans pouvoir se contenter d'un débat ultérieur portant sur le rapport d'expertise, CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, Série A, 1997 II, n° 32.

<sup>140</sup> CPP, art. 1 : « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ». Adde, CPP, art. 113-3, 114 al. 5, 175, et 197, etc. Pour une vue d'ensemble, v. C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, Thèse dactyl., Grenoble II, 2004.

<sup>141</sup> CJA, art. R. 611-1 et art. L. 5, V. not. A. PLANTEY et F.-Ch. BERNARD, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, Paris, 2003, p. 92 et s.

<sup>142</sup> Un lien inextricable existe entre droits de la défense et contradictoire.

<sup>143</sup> E. VERGÈS, *Procès civil, procès pénal, différents et pourtant si semblables*, D. 2007, Chr., p. 1441.

<sup>144</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3<sup>e</sup> édition, Litec, 1992, n° 10, p. 17.

<sup>145</sup> M. MEKKI, *Le risque de la preuve, in Droit et économie*, sous la dir. D. COHEN, LGDJ, 2010, p. 195 et s.

est engagé<sup>146</sup>. À ce stade, déjà, le juge n'est pas neutre car il doit permettre aux parties de faire valoir leurs éléments de preuve au service de la vérité. Tel est le sens qui peut être donné à un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 20 mars 1985 par lequel le juge a ordonné aux deux parties de produire des attestations afin de permettre au défendeur de contester le fait invoqué par le demandeur<sup>147</sup>.

**33. Collaboration dans la production des pièces.** – De manière plus flagrante, cette collaboration des parties et des tiers figure au sein même de l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ». Intégré par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, cet article bilatéralise le devoir de collaboration à la vérité<sup>148</sup>. Cette disposition a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'État<sup>149</sup> et la Cour de cassation lui confère la valeur d'un principe<sup>150</sup>. En matière pénale, tout comportement qui travestit la vérité (C. pén., art. 434-13), qui fait manifestement obstacle à la découverte de la vérité (C. pén., art. 434-4 ou CPP, art. 706-54 et 706-56) ou toute abstention qui préjudicie à la manifestation de la vérité (C. pén., art. 434-11) est sanctionnée<sup>151</sup>. Le non-respect de cette disposition est sanctionné par une astreinte et/ou une amende civile. En vertu de cet article, les parties doivent produire les pièces au soutien de leurs prétentions. Une sanction probatoire est-elle en outre envisageable ? Formellement, l'article 11, prévoyant une sanction probatoire, ne vaut que pour les mesures d'instruction, à moins de considérer que la production des pièces fait partie des mesures d'instruction<sup>152</sup>. Certains textes spéciaux envisagent cependant une telle sanction probatoire en matière de production de pièces (CPC, art. 862, 884 et 940, C. trav., art. R. 516-23)<sup>153</sup>.

**34. Collaboration aux mesures d'instruction.** – Dans le même esprit, l'article 11 du Code de procédure civile dispose que « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ». La violation de cette obligation est sanctionnée, à l'égard des parties sur le plan probatoire, car le juge peut en tirer toutes les conséquences<sup>154</sup>, et à l'égard des tiers sur le plan pécuniaire (CPC, art. 207). Les parties et les tiers doivent ainsi apporter leur concours

<sup>146</sup> Sur cette analyse, E. VERGÈS, Éléments pour un renouvellement..., *op. cit.*, p. 884.

<sup>147</sup> Cass. soc., 20 mars 1985, *Bull. civ.* V, n° 196. La charge de la preuve est ici réintégree dans les règles relatives à la recherche et à la production des preuves, E. VERGÈS, *op. cit.*, p. 883 et 884.

<sup>148</sup> Sur cette question, E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés. Remarques sur l'adage « nemo tenetur edere contra se »*, Thèse Paris, 1967, p. 1 et s.

<sup>149</sup> CE, 3 janv. 1975, JCP, 1976, II, 18229, obs. G. COUCHEZ ; RTD civ., 1976, p. 397 et s., obs. R. PERROT.

<sup>150</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n° 248 ; RTD civ., 1988, p. 393 et s.

<sup>151</sup> Sur cette présentation, v. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, th. préc., n° 107 et s., p. 95 et s.

<sup>152</sup> Ce que n'excluent pas certains auteurs, v. L. CADIER, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 260.

<sup>153</sup> Comp. C. com., art. L. 462-8 al. 2 : l'autorité de la concurrence « peut (...) rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ».

<sup>154</sup> Sur le débat consistant à sanctionner financièrement une violation par une partie de l'article 11 du CPC, v. BERGEAUD, p. 96.

aux mesures d'instruction telles que la procédure de vérifications personnelles du juge (CPC, art. 179), de comparution personnelle (CPC, art. 184 et s.) ou d'expertise (CPC, art. 275). Ce même devoir de collaboration aux mesures d'instruction est prévu dans le procès administratif (CJA, art. 623-4) et dans le procès pénal (CPP, art. 109, art. 326, al. 2, art. 437, art. 438 et art. 536). Les parties sont également tenues, en matière civile, d'une obligation de déclaration constituée par le serment judiciaire qui peut être décisoire, déférée par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause, ou suppléatoire, simple mesure d'instruction pour éclairer le juge et parfaire son intime conviction. Le juge pourrait-il aller jusqu'à demander la production d'une pièce d'office ? Rien ne l'interdit en tout cas<sup>155</sup>.

**35. La procédure de clémence.** – Au surplus, cette recherche de la vérité par la preuve, en incitant les parties au dialogue, est d'une certaine manière encouragée par les procédures de clémence, notamment celle mise en place en droit de la concurrence. L'article L. 464-2, § IV et R. 464-5 du Code de commerce permettent, en ce sens, à l'Autorité de la concurrence d'accorder sa « clémence » à l'entreprise partie à une entente anticoncurrentielle si elle « a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement ». Cette « délation » institutionnalisée, très inspirée de la procédure pénale, est directement guidée par le souci d'efficacité probatoire. Ce mécanisme peut être rapproché des mesures de réduction de peine mises en place par la loi Perben II du 9 mars 2004 au profit des repentis (C. pén., art. 132-78)<sup>156</sup>.

**36. Vers un principe de coopération.** – Au-delà d'une simple collaboration des parties et des tiers à la recherche de la vérité, émerge aujourd'hui un véritable « principe de coopération » entre les parties et le juge<sup>157</sup>, relativisant le partage de compétence entre charge de la preuve aux parties et administration de la preuve au juge. Il existe désormais une activité combinée des parties et du juge, un équilibre de leur office en matière probatoire. La principale illustration de ce principe de coopération réside dans le développement des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du CPC.

**37. Les mesures d'instruction *in futurum*.** – L'article 145 du CPC dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en réséré* »<sup>158</sup>. Cette disposition suppose l'existence d'un litige au moins éventuel, le procès probatoire étant censé précéder le procès au fond. Le champ d'application de l'article 145 du CPC, instrument au service d'une

vérité plus matérielle, ne cesse de s'étendre. La première illustration concerne le principe selon lequel le juge ne peut se substituer à la carence des parties prévu par l'article 146, alinéa 2 du CPC. Depuis un arrêt rendu en Chambre mixte par la Cour de cassation le 7 mai 1982, dont le principe a été récemment rappelé par un arrêt de la Chambre sociale du 19 décembre 2012<sup>159</sup>, la Cour de cassation décide que le juge peut dans le cadre de l'article 145 du CPC se substituer à la carence d'une partie car l'article 146, alinéa 2 du CPC n'est pas applicable à cette procédure. Dans l'arrêt rendu le 19 décembre 2012, la Cour de cassation est allée encore plus loin. Il s'agissait d'un litige relatif à la discrimination. En la matière, une répartition originale du fardeau de la preuve est prévue par la loi. Le salarié doit alléguer des faits laissant supposer, rendant probables, un cas de discrimination. Puis le risque de la preuve pèse sur l'employeur qui doit établir, par des éléments objectifs, l'absence de discrimination. Si le doute persiste il succombe au procès car il supporte le risque de la preuve. Par le biais de l'article 145 du CPC le salarié s'est dispensé de la preuve de ces adminicules et a obtenu de l'employeur qu'il produise un certain nombre de documents permettant au salarié de prouver les faits laissant supposer une discrimination. Par cette utilisation de l'article 145 du CPC, le juge met en place une forme de « discovery modéré », qui bouleverse cependant l'équilibre qui a été voulu par la loi. D'autres manifestations confirmant cette extension du référentiel probatoire au profit d'une vérité « matérielle ». L'article 145 du CPC, formellement limité aux mesures d'instruction, peut ainsi être sollicité pour la production forcée de pièces. Le référentiel probatoire peut porter une atteinte proportionnée au droit au respect de la vie privée. Les mesures d'instruction *in futurum* ne se heurtent pas au secret des affaires car ce secret est dépourvu de fondement légal. Enfin, s'il est vrai que d'une manière générale le secret professionnel est un obstacle au référentiel probatoire, certains arrêts ont pu laisser entendre que le secret bancaire doit céder devant l'article 145 du CPC.

**38. Contradiction et discussion.** – Le contradictoire suppose également la discussion. Il existe une sorte de droit de réponse, droit d'exposer sa propre version des faits en usant de tous les moyens<sup>160</sup>. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'obligation qui est faite à la partie adverse de produire ses éléments de preuve afin de pouvoir les contester. Ainsi d'un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 18 décembre 2001, par lequel il a été jugé que le

<sup>155</sup> Sur cette analyse, Fr. KAMARA, La preuve en procédure civile, *op. cit.*, qui fonde ce pouvoir sur un raisonnement par analogie avec les articles 8 et 10 du CPC.

<sup>156</sup> A. MIHMAN, Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II », Droit pénal, janv. 2005, n° 1, Étude 1.

<sup>157</sup> L. CADET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, *op. cit.*, n° 255.

<sup>158</sup> G. CHABOT, Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, D. 2000, p. 256.

<sup>159</sup> Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20526 et n° 10-20528 : « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie demandante ; Et attendu que la procédure prévue par l'article 145 du Code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariés justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer ».

<sup>160</sup> En ce sens en droit administratif, B. PACTL, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, thèse Paris, 1952, spéc. n° 4, p. 9.

demandeur qui détenait certains éléments de preuve était « *tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire* »<sup>161</sup>.

39. La vérité judiciaire est ici le résultat d'un débat probatoire contradictoire qui en renforce la légitimité. Le contradictoire s'entend aussi au sens large d'un débat de qualité.

## 2. LA QUALITÉ DU DÉBAT CONTRADICTOIRE

40. Au sens large, le contradictoire suppose un débat de qualité qui s'entend d'un débat loyal et qui respecte l'égalité des armes<sup>162</sup>.

41. **L'exigence de loyauté probatoire.** – La loyauté renferme « *un ensemble de devoirs plus ou moins contraignants et de droits plus ou moins bien garantis* »<sup>163</sup>. Le droit processuel est généralement présenté comme « *un droit relationnel, de coopération dans lequel la loyauté assure le passage de la sphère privée, morale à la sphère sociale pour l'équilibre des intérêts antagonistes en présence* »<sup>164</sup>. Le procès est chapeauté par une exigence de loyauté, analysée par une partie de la doctrine comme un principe directeur des procès civil et pénal<sup>165</sup>. Sans aller jusqu'à parler de principe gouvernant les procès, la loyauté est très présente en droit de la preuve et prend dans certains attendus de la Cour de cassation la forme d'un véritable principe. Elle signifie, à l'égard des justiciables, faire preuve de probité et d'honneur<sup>166</sup>. Cette loyauté s'adresse naturellement au juge et aux parties<sup>167</sup>. L'article 6, § 1 n'érigé certes pas expressément la loyauté en principe du droit processuel. Cependant, « *le procès équitable implique l'idée d'un équilibre loyal entre les parties* ». La notion de « *procès équitable* » repose sur la racine latine « *aequus* » qui signifie équilibre et renvoie en Common law au « *fair trial* », qui désigne le procès loyal<sup>168</sup>. Un regard rétrospectif sur le droit privé français révèle la référence progressive à cette exigence de loyauté probatoire à l'aune du procès équitable.

Ce mouvement de moralisation du droit de la preuve est en marche depuis quelques années<sup>169</sup> et contribue à relativiser la portée du « droit à la preuve »<sup>170</sup>.

<sup>161</sup> Cass. soc., 18 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 389.

<sup>162</sup> Sur cette analyse, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, op. cit., n° 175 et s.

<sup>163</sup> Fr. BOURRICAUD, *Loyauté*, in *Encyclopaedia Universalis*, 1990, p. 1195-1197, spéc. p. 1195.

<sup>164</sup> M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, spéc. n° 15.

<sup>165</sup> En ce sens, S. GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire. in Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2002, n° 1236-1316, p. 1135, spéc. n° 1287 et s., p. 1184 et s. Adde, A. LEBORGNE, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ., 1996, p. 535 et s. Ce principe de loyauté permettra d'harmoniser les différents contentieux et de rapprocher les différents modèles de procédures en Europe, sur ce point, v. M.-E. BOURSIER, th. préc., n° 763 et s. CONTRA, L. MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, D. 2007, p. 1035.

<sup>166</sup> L. RAISON-REBUFAT, Le principe de loyauté en droit de la preuve, Gaz. Pal. 2002, p. 1195 et s.

<sup>167</sup> L. CADIET, La légalité procédurale, op. cit., spéc. p. 18 et 19.

<sup>168</sup> V. M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, n° 17.

<sup>169</sup> J.-B. DENIS, Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil, RTD civ., 1977, p. 671 et s., spéc. p. 671 ; E. BARADUC, *Le droit de la preuve vu par l'avocat : la loyauté dans la recherche de la preuve*, Les petites affiches, 2004, n° 216, p. 35.

<sup>170</sup> G. VIAL, La preuve en droit extrapatrimonial de la famille, Dalloz, 2008, spéc. n° 189, p. 279.

À la lumière du droit positif, la déloyauté est retenue dès lors que les preuves ont été obtenues de manière clandestine<sup>171</sup>, « à l'insu de ». Cette clandestinité est prohibée de longue date en matière civile. Ainsi un enregistrement visuel ou sonore clandestin, à l'insu de la personne enregistrée, est irrecevable. Pour consacrer un tel principe, les juridictions françaises n'hésitent pas à solliciter l'article 6, § 1 de la Conv. EDH auquel est souvent adjoint l'article 9 du CPC. Ainsi de l'arrêt de la Chambre sociale du 23 mai 2007<sup>172</sup> déclarant recevable la preuve d'un harcèlement rapportée par SMS. Le pourvoi qui invoquait la violation de l'article 9 du CPC et de l'article 6, § 1 de la Conv. EDH est rejeté aux motifs que « *si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »<sup>173</sup>. Cette diffusion de l'exigence de loyauté probatoire existe également dans le contentieux familial<sup>174</sup>. Un domaine, en particulier, constitue le symbole de l'extension de l'exigence de loyauté probatoire : le contentieux de la concurrence. Pendant longtemps, au nom de l'efficacité économique et de la recherche de la vérité, la procédure probatoire en droit de la concurrence s'inspirait du procès pénal et tout mode de preuve obtenu de manière déloyale ou illégale par une partie privée était recevable<sup>175</sup>. Par la suite, au nom d'une certaine éthique procédurale amenant à légitimer la vérité relative du juge par le seul respect d'une procédure équitable, la Cour de cassation a décidé de changer de cap. Par un arrêt de la Chambre commerciale du 3 juin 2008<sup>176</sup>, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et jugé, au visa des articles 9 du CPC et 6, § 1 de la Conv. EDH, que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve devait rendre irrecevable toute preuve obtenue de manière illégale ou déloyale. Cette solution,

<sup>171</sup> La frontière entre les preuves obtenues de manière déloyale et celles obtenues de manière illégale n'est pas toujours très nette, v. par ex. Cass. com., 30 avr. 1951, Bull. civ. II, n° 153.

<sup>172</sup> Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Juris-Data n° 2007-038970 ; D. 2007, p. 2284, note C. CASTETS-RENARD ; Procédures 2007, comm. 182, obs. R. PERROT ; JCP (G) 2007, II, 10140, note L. WEILLER ; J.C.P. (S) 2007, 1639, obs. S. BÉAL et A. FERREIRA ; JCP (E), 2007, 2072, note C. GOLHEN ; Rev. Dr. banc. et fin., 2007, comm. 196, obs. E. A. CAPRIOLI.

<sup>173</sup> Dans le même sens, v. Cass. com., 25 févr. 2003, n° 01-02913 ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 104, obs. L. LEVENEUR ; Comin. com. électr. 2004, comm. 43, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2004, p. 92, obs. J. MESTRE et B. FAGES : le demandeur au pourvoi invoquant de nouveau la violation par la cour d'appel des articles 9 du CPC et 6, § 1 Conv. EDH. Le pourvoi est rejeté aux motifs « *qu'ayant retenu qu'il n'est pas contesté que l'enregistrement téléphonique litigieux a été effectué dans les locaux de la société DROA et par son gérant, à l'insu de son correspondant, le directeur commercial de la société Toyota, ce dont il ressort que ce moyen de preuve, sous sa forme sonore ou écrite, avait été déloyalement obtenu, la cour d'appel a à bon droit décidé de l'écarte des débats* ». Dans le même sens, à propos d'un sms utilisé pour établir une faute en matière de divorce, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2009, n° 07-21.796, FS-P+B+R+I . JurisData n° 2009-048627.

<sup>174</sup> Sur cette exigence de loyauté en matière familiale, v. G. VIAL, La preuve en droit extrapatrimonial de la famille, Dalloz, 2008, spéc. n° 189 et s., p. 278 et s. V. par ex. C. civ., art. 259-1 : « *un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qui l'aurait obtenu par violence ou par fraude* ».

<sup>175</sup> Sur cette distinction, v. infra.

<sup>176</sup> V. not. Cass. com., 3 juin 2008, n° 08-81.932, Bull. civ. IV, n° 112 ; V. Le rapport déposé par Mme V. MICHEL-AMSELEM, RJDA 8-9/2008, 855 : « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* » (au visa de l'article 6, § 1, de la Conv. EDH).

bien que confirmée par d'autres arrêts<sup>177</sup>, s'est heurtée à la résistance de la cour d'appel de Paris<sup>178</sup>, obligeant la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière à réaffirmer ce principe de manière solennelle par un arrêt du 7 janvier 2011 : « Vu l'article 9 du Code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ; Attendu que, sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »<sup>179</sup>. En gagnant le terrain, qui paraissait inaccessible, du contentieux de la concurrence<sup>180</sup>, l'exigence de loyauté procédurale gagne en force, au point d'avoir influencé à son tour la procédure devant l'Autorité des marchés financiers<sup>181</sup>.

On peut cependant se demander si les derniers arrêts des 5 avril et 31 octobre 2012<sup>182</sup>, ayant consacré expressément ou implicitement un droit à la preuve justifiant la réalisation d'un contrôle de proportionnalité, ne vont pas remettre en cause cette expansion du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. À vrai dire, les deux courants jurisprudentiels peuvent être conciliés. Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve est une question qui se pose en amont : le justiciable a-t-il été loyal lors de l'obtention des preuves ? Dans l'affirmative, il pourra alors s'en prévaloir en justice même si cette production a pour effet de porter atteinte à un droit fondamental tel que la vie privée, à condition que cette preuve soit nécessaire et proportionnée au but poursuivi. C'est d'ailleurs la lecture qui peut être faite des arrêts précités car les informations

<sup>177</sup> Com. 3 mars 2009, *Bull. civ.* IV, n° 29 ; D. 2009, AJ 805, obs. CHEVRIER ; *JCP E* 2009, n° 12, p. 7 ; *CCC* 2009, n° 140, obs. DECOCQ ; *Gaz. Pal.* 2010, 485, et les obs. ; *RJDA* 2009, n° 894 ; *RDLC* 2009, n° 2, p. 183, obs. MOMIÈGE ; *Procédures* 2009, n° 163, obs. H. C. ; *Procédures* 2010, Chron. 1, spéc. n° 13, par LÉROY et RUY.

<sup>178</sup> Paris, 1<sup>re</sup> ch. H, 29 avr. 2009, RG n° 2008/11907, *SARL Avantages*, D. 2009. AJ 1352, obs. E. CHEVRIER et Pan. 2714, spéc. 2716, obs. P. DILLIBECQUE ; G. DECOCK, Résistance de la cour d'appel sur les écoutes clandestines, CCC juin 2009. Comm. 174 ; M. CHAGNY, Loyauté de la preuve : la cour d'appel de Paris fait de la résistance !, CCE oct. 2009. Comm. 88 ; V. SELINSKY, Recevabilité des enregistrements sonores réalisés à l'insu des personnes enregistrées : la Cour persiste et signe (de la main de son Président), RLC juill.-sept. 2009, n° 1398 : L'article 6 de la Conv. EDH « n'importe en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable, (...) les dispositions du Code de procédure civile [...] ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ».

<sup>179</sup> Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, pourvois n° 09-14.316 et 09-14.667.

<sup>180</sup> V. auparavant, Cons. conc., déc. n° 05-D-66, 5 déc. 2005 ; Rev. Lamy conc. 2006, n° 6, p. 70, obs. C. NOURISSAT.

<sup>18</sup> Cass. com., 24 mai 2011, F+B+P+I, n° 10-18.267 : « Vu les articles L. 621-10, L. 621-11 et R. 621-35 du Code monétaire et financier, ensemble le principe de loyauté dans l'administration de la preuve (...) ; qu'en se déterminant ainsi, sans constater que la personne dont les déclarations ont été recueillies par les enquêteurs dans les locaux de la société GSTI avait, préalablement à celles-ci, renoncé au bénéfice des règles applicables aux auditions, visant à assurer la loyauté de l'enquête, la cour d'appel n'a pas donné de base légal à sa décision ».

162 V. supra.

de nature privée avaient été obtenues par les justiciables sans fraude ni violence. C'est la production en justice de cette information qui pouvait être analysée comme une restriction à l'intimité de la vie privée et justifier alors un contrôle de proportionnalité. La vérité ainsi dégagée du procès sera légitime dès lors que l'obtention des preuves aura été réalisée de manière loyale et légale et que leur production ne produise pas une atteinte disproportionnée aux droits d'autrui.

**42. Le droit au silence.** – Peut être rattaché à l'idée de loyauté, le principe selon lequel la personne poursuivie a le droit de ne pas s'auto-incriminer. Selon Loysel, « *jamais on avance les verges dont on est battu* ». Dans le procès civil, l'obligation de communiquer les pièces (C. civ., art. 10) ou de se soumettre aux mesures d'instruction (CPC, art. 11) permet d'affirmer qu'il n'existe pas de droit au silence. En matière pénale, seul le droit de ne pas s'auto-incriminer existe, droit qui a valeur fondamentale selon la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>183</sup> et la CJUE tant en matière pénale<sup>184</sup>, douanière<sup>185</sup> que de concurrence. Ce silence est protégé par application de la maxime *nemo contra se edere tenetur*, « *nul n'est tenu de produire contre soi* »<sup>186</sup>. En matière pénale, ce droit se traduit par l'obligation de rappeler à la personne poursuivie qu'elle est en droit de ne pas s'auto-incriminer. Une polémique existe actuellement en lien avec le statut d'auditeur libre. Dans cette hypothèse, la loi n'impose rien et une pression pourrait être exercée sur la personne librement auditionnée à qui il n'a pas été rappelé qu'elle avait le droit de se taire ! Ce droit de ne pas s'auto-incriminer n'est

<sup>183</sup> CEDH, 8 févr. 1996, *John Murray c/ R.U.*, § 45, Rec. C.E.D.H., 1996-I, n° 2, p. 30. L'auteur de l'infraction a « le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (...) ». Dans le même sens, CEDH, 2 mai 2000, *Condron c/ R.U.*, JD.I, 2001, 177, obs. O. BACHELET.

<sup>184</sup> Droit qui ne s'auto-incriminer. La personne poursuivie n'a plus à prêter serment lors de son interrogatoire depuis le décret du 8 oct. 1789 (art. 2) qui abolit l'ordonnance de 1669 (XIV, 7). Après un mouvement de flux et reflux, l'obligation d'informer du droit de se taire a été rétabli CPP, art. 63-1, al. 1<sup>er</sup>: « le droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

<sup>185</sup> En droit de la concurrence, comme en matière douanière, existe un droit à ne pas s'auto-incriminer qui constitue une illustration supplémentaire de la loyauté probatoire qui prévaut en droit de la concurrence au détriment de la vérité et donc de l'idée d'efficacité probatoire. C'est d'abord en matière douanière que le principe a été posé dans un arrêt *Funko c/ France* du 25 févr. 1993 par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré, pour la première fois, le « droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination ». Ce principe s'est ensuite largement diffusé en droit de la concurrence. Le droit des personnes soumises à une enquête à ne pas s'auto-incriminer a été consacré par la Cour de Justice des communautés européennes, aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne, par l'arrêt *Orkem c/ Commission* du 18 oct. 1989 et réaffirmé de nombreuses fois par la suite.

En droit interne, également, la cour d'appel de Paris dans un arrêt Société Hyperalye et al. du 8 avril 1994 a jugé que des procès-verbaux d'audition établis par la DGCCRF lors d'une enquête de concurrence ne portaient pas indication relative à l'objet de l'enquête. Elle en a conclu que « les personnes entendues n'ont pas été clairement informées de l'objet de l'enquête et, en tout cas, ont pu légitimement se méprendre sur celui-ci ». Notons d'ailleurs que la Cour de cassation dans un arrêt du 20 novembre 2001 a précisé qu'une formule pré-imprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit. A l'occasion de l'arrêt Hyperalye, la cour d'appel de Paris évoque pour la première fois, je cite, « l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves » et fait une référence expresse à « l'article 146 du pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantit le droit de toute personne à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». La jurisprudence est depuis lors constante sur ce point.

cependant pas un droit absolu au silence. Ce droit ne s'« étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine, ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »<sup>187</sup>. Au surplus, ce droit n'est pas sans conséquences probatoires car la CEDH elle-même a précisé que le silence gardé pendant toute la procédure pouvait avoir des incidences sur la décision finale des juges du fond<sup>188</sup>.

**43. Le principe de l'égalité des armes et la vérité probatoire.** – La deuxième principale qualité d'un débat contradictoire est de reposer sur un véritable principe directeur des procès et un des piliers du procès équitable : l'égalité des armes. Sur le plan probatoire, l'inégalité résulte tantôt d'un déséquilibre d'ordre économique, le consommateur face au professionnel, tantôt d'un déséquilibre d'ordre structurel, l'accusé face à l'accusation, ou l'usager face à l'administration. À l'origine, l'égalité des armes est un principe créé par la jurisprudence européenne. C'est par une décision du 17 janvier 1970, affaire *Delcourt c/ Belgique*, que l'égalité de traitement entre les parties est consacrée<sup>189</sup>. Ce principe a rapidement fait l'objet d'un rapprochement avec le droit de la preuve par la Cour européenne des droits de l'homme. Par un arrêt *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*, la Cour définit ce principe comme « l'obligation d'offrir à chaque partie à un procès une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>190</sup>. En l'espèce, a été condamné le système hollandais qui interdisait à une partie d'être entendue comme témoin dans sa propre cause<sup>191</sup>. En définitive, « le principe de l'égalité des armes vise donc à favoriser l'équité du processus probatoire en assurant à chaque partie, quelle que soit sa condition, la possibilité d'établir ses prétentions »<sup>192</sup>. L'égalité des armes renvoie à l'égalité d'accès à la preuve et à l'égalité d'administration de la preuve<sup>193</sup>. L'égalité d'accès désigne, principalement, la matière pénale et l'accès au dossier. Dans ce domaine, en principe, lors de l'instruction, l'avocat a accès à ce dossier. Il en fut un temps autrement lorsque le prévenu avait décidé de se défendre seul sans avocat. Dans cette hypothèse, l'accès au dossier lui était refusé. Cette pratique a été condamnée par la CEDH dans son arrêt *Foucher c/ France* du 18 mars 1997<sup>194</sup>. Sur une

<sup>187</sup> CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ R.U.*, Rec. CEDH, 1996-VI, n° 4, p. 2044.

<sup>188</sup> CEDH, 8 févr. 1996, préc.

<sup>189</sup> CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, Série A, n° 11.

<sup>190</sup> CEDH, *Dombo Beheer BV c/ Pays Bas*, Série A, n° 274, spéc. § 33.

<sup>191</sup> La jurisprudence de la CEDH est aujourd'hui bien établie. V. not. CEDH, 22 sept. 1995, *Henrich c/ France*, Série A, n° 296, spéc. § 56.

<sup>192</sup> A. BERG AUD, th. préc., n° 148, p. 123 et 124.

<sup>193</sup> Sur cette distinction, ibid., n° 149 et s., p. 124 et s.

<sup>194</sup> D. 1997, somm. comm., p. 360, obs. RI NUCCI : « il est important pour le requérant d'avoir accès à son dossier et d'obtenir la communication des pièces le composant, éléments d'une bonne défense, afin d'être en mesure de contester le procès-verbal dressé à son encontre et sur lequel repose exclusivement sa condamnation ». V. déjà en ce sens, CEDH, 30 mars 1989, *Lamy c/ Belgique*, Série A, n° 151, spéc. § 29.

question prioritaire de constitutionnalité<sup>195</sup>, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012, a rétabli l'équilibre procédural en accordant un accès au dossier identique aux personnes représentées ou non par un avocat, entraînant une modification de l'article 131-1 du Code de procédure pénale<sup>196</sup>. Quant à l'administration de la preuve, le juge doit veiller à ce qu'il n'y ait pas de déséquilibre manifeste dans la possibilité d'administrer les preuves. Tel est le raisonnement tenu par la CEDH dans un arrêt rendu le 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*<sup>197</sup>, dans une affaire de diffamation contre des magistrats à propos d'un cas d'inceste, par lequel la Cour a sanctionné les juges qui avaient refusé d'entendre l'offre de preuve qui avait été faite par les journalistes qui souhaitaient produire des avis médicaux sur l'état de santé des enfants.

**44. Tous ces principes procéduraux remplissent une fonction préventive à l'égard de la procédure probatoire en vue d'établir une vérité, en instaurant une éthique de la discussion.** Cependant, on peut actuellement observer un inversement de la hiérarchie des valeurs et une instrumentalisation des principes procéduraux qui permet de valider en aval des éléments de preuve obtenus de manière illégale ou déloyale. La recherche de la vérité l'emporte dans l'échelle des valeurs et amène les juges à être moins regardant sur le caractère illégal ou déloyal des modes d'obtention des preuves. Ces principes remplissent en ce sens une fonction validante.

## B. LA FONCTION « VALIDANTE » DES PRINCIPES PROCÉDURAUX

**45. Un recul de l'exigence de loyauté probatoire.** – L'exigence de légalité et de loyauté, contrairement à ce que laissent penser les arrêts les plus récents, a un champ d'application qui demeure limité, hissant plus haut encore la valeur de la vérité matérielle au détriment des autres valeurs. Inutile de s'attarder sur l'augmentation des exceptions légales, spécialement en matière pénale multipliant les dérogations à la prohibition des provocations policières<sup>198</sup>. Cette fragilité de l'exigence de loyauté, en particulier, tient en premier lieu au fait qu'elle n'a jamais été considérée comme une condition de recevabilité des éléments de preuve par la CEDH. Dans l'arrêt *Schenk c/ Suisse* du 12 juillet 1988<sup>199</sup>, elle a refusé de faire de la loyauté dans la recherche des preuves un corollaire du procès équitable : « si la convention garantit en son art. 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. La cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de

<sup>195</sup> Cass. crim., 18 sept. 2012, n° 5082.

<sup>196</sup> Rappel. décision n° 2011-160 QPC du 9 sept. 2011, entraînant la modification de l'article 175 du CPP.

<sup>197</sup> CEDH, 24 févr. 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, Rec., 1997-I.

<sup>198</sup> CPP, art. 706-32, 706-35-1, 706-47-3.

<sup>199</sup> CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse*, Série A, n° 140, spéc. § 46. Addé, CEDH, Kostovski, 20 nov. 1989, Série A, n° 166 ; CEDH, Windish, 27 sept. 1990, Série A, n° 186, CEDH, Delata.

<sup>20</sup> déc. 1990, Dr. Fammile, 1997, comm., p. 213, note J. PRADI.

*manière illégale* ». En droit interne, cette loyauté de la preuve est également toute relative. En matière pénale, sans aborder pour l'instant le cas des personnes privées, les personnes publiques, gendarmes, agents et officiers de police, doivent en principe obtenir des preuves, sauf exceptions légales, de manière loyale et licite. Une subtile distinction est opérée par les juges permettant de produire certains éléments de preuve pourtant obtenus de manière clandestine. Si les preuves obtenues au moyen d'une provocation à l'infraction sont clairement jugées irrecevables<sup>200</sup>, le seul caractère clandestin lors de l'obtention, notamment les preuves obtenues par une simple provocation<sup>201</sup>, n'est pas un obstacle à leur recevabilité<sup>202</sup> dès lors qu'un débat contradictoire est garanti et que ces éléments sont corroborés par d'autres éléments de preuve, principe de corroboration selon J. Pradel<sup>203</sup>.

Or, ce qui était une singularité des personnes publiques dans le procès pénal tend à se généraliser. Ce sacrifice de la condition de légalité et de loyauté dans l'obtention des éléments de preuve va être en effet, en droit interne et en droit européen, compensé, excusé, validé par référence à certains principes procéduraux.

**46. La fonction validateuse des droits de la défense.** – Cette fonction validateuse est, tout d'abord, fondée sur le respect des droits de la défense. La nécessité pour une partie au procès de se défendre peut justifier la recevabilité d'éléments de preuve obtenus, *a priori*, de manière illégale ou déloyale. En matière sociale ou fiscale, le justiciable ne peut ainsi être poursuivi pour vol de documents ou recel dès lors que ce procédé est nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense<sup>204</sup>. Si les droits de la défense ne sont pas concernés, l'infraction pénale est de nouveau constituée<sup>205</sup>. Plus subtilement, les droits de la défense constituent un fait justificatif<sup>206</sup> qui évince en droit pénal substantiel toute infraction et rend ainsi

<sup>200</sup> Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.*, 2007, n° 37 ; Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.*, 2006, n° 132.

<sup>201</sup> Cass. crim., 16 janv. 2008, *Bull. crim.*, 2008, n° 14 ; Cass. crim., 8 juin 2005, *Bull. crim.*, 2005, n° 173 : les policiers ou les gendarmes ne provoquent pas l'infraction, ils utilisent un stratagème pour constater cette infraction.

<sup>202</sup> Cass. crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.*, 2004, n° 243 : « Attendu que, pour rejeter la demande de retrait de la procédure de la cassette contenant l'enregistrement, effectué par Bertrand D... à l'insu de Bernard X..., d'une conversation échangée avec ce dernier, l'arrêt attaqué relève que cette cassette, ayant fait l'objet d'une expertise qui a authentifié les propos tenus, a été soumise à la libre discussion des parties ; Attendu qu'en cet état, et dès lors que cet enregistrement ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges, la cour d'appel a justifié sa décision au regard des dispositions légales et conventionnelles invoquées ».

<sup>203</sup> J. PRADEL, *Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales*, Mélanges G. Levasseur, Litec, 1992, p. 459 et s.

<sup>204</sup> En matière sociale, Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.258 : *JurisData* n° 1998-004637 ; *Bull. civ.* 1998, V, n° 535 ; *JCP G* 1999, II, 10166, note S. BOURETZ. En matière fiscale, Cass. com., 16 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 202. Adde, Chr. DE LA MARDIÈRE, *La preuve en droit fiscal*, LexisNexis Litec, 2009, n° 18 et s., p. 11 et s.

<sup>205</sup> Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-87671, *J.C.P. (E)*, n° 6, 9 févr. 2012, 1116, note G. ROYER : l'arrêt exige que le document obtenu de manière illégale par un salarié soit produit dans un procès prud'homal et qu'il soit destiné à assurer sa défense. Rappr. Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 09-42959. *JCP (S)*, n° 40, 4 oct. 2011, 1445, note St. BRISSEY.

<sup>206</sup> D'autres analyses ont été proposées : état de nécessité, permission de la loi, cause d'irresponsabilité pénale sui generis...

la preuve licite et donc recevable<sup>207</sup>. L'article 6, § 1, dans ce raisonnement, devient inutile sauf pour les preuves produites par les tiers ou par les témoins qui ne peuvent invoquer la « fonction validateuse » des droits de la défense<sup>208</sup>. De son côté, la CEDH explique qu'elle se contente de « rechercher si le procès du requérant a présenté dans l'ensemble un caractère équitable (...) ». La Cour doit uniquement vérifier si « chaque partie (a eu) la possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>209</sup>. La CEDH a passé un cap supplémentaire avec un arrêt rendu le 15 décembre 2011 concernant la question de savoir si la déposition d'un témoin non confronté, preuve par oui-dire, pouvait constituer la preuve unique ou déterminante d'une condamnation pénale<sup>210</sup>. La CEDH semble répondre par l'affirmative en assouplissant sa position, sous réserve que ce témoignage soit contrebalancé par des garanties procédurales solides<sup>211</sup>. Dans le passé, cette compensation par des garanties procédurales était exclue si la preuve par témoin non confronté était déterminante<sup>212</sup>. La jurisprudence européenne se montre donc désormais moins protectrice que le droit français interne<sup>213</sup>.

**47. La fonction validateuse du principe de l'égalité des armes.** – Le principe de l'égalité des armes peut, également, remplir une telle fonction validateuse au détriment du filtre de la loyauté et de la légalité. Par un arrêt rendu par la Chambre commerciale du 15 mai 2007<sup>214</sup>, les juges ont admis qu'un fils pouvait produire en justice les ordonnances médicales de son père malade afin d'établir que son père n'était pas en état de s'engager juridiquement. En s'appuyant sur l'article 6, § 1 Conv. EDH, la Cour de cassation a décidé que « constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses préventions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ; qu'en l'espèce, la question posée étant de savoir si M. René X..., dirigeant d'une entreprise, n'avait pas été empêché d'exercer ses fonctions en raison de son état de santé.

<sup>207</sup> V. Cass. crim., 11 mai 2004, 2 arrêts : *Bull. crim.* 2004, n° 113, 117 ; D. 2004, p. 2326, note GABA ; *JCP G* 2004, II, 10124, note GIRAUT ; Cass. crim., 11 févr. 2003 : *Bull. crim.* 2003, n° 29 ; Cass. crim., 11 juin 2002 : R.S.C., 2002, p. 881, obs. J.-Fr. RENUCCI : exceptio veritatis du journaliste « excusant » le recel de secret de l'instruction. Sur cette analyse, Ph. CONTE, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? : Dr. pén. 2009, étude 8, spéc. n° 7.

<sup>208</sup> En ce sens, Ph. CONTE, *op. cit.* et loc. cit.

<sup>209</sup> CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c. Pays-Bas*, Série A, n° 274, spéc. § 33.

<sup>210</sup> Sur la jurisprudence antérieure, v. not., CEDH, 20 sept. 1993, *Saïdi c. France*, n° 1464789, D., 1995, p. 104, obs. J.-Fr. RENUCCI.

<sup>211</sup> CEDH, gde ch., 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. R.U.*, n° 2676605 et 2222806.

<sup>212</sup> CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, n° 2052492, D., 1997, p. 207, obs. J.-Fr. RENUCCI.

<sup>213</sup> CPP, art. 706-62 et Cass. crim., 10 mai 2006, *Bull. crim.*, n° 123 ; A.J. Pénal, 2006, p. 318, obs. M.-E. C.

<sup>214</sup> Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606 : *Juris-Data* n° 2007-038955 ; *JCP G* 2007, IV, 2253.

*et si certains de ses proches avaient exercé à sa place des pouvoirs dont ils ne disposaient pas, la production de pièces relatives à la santé du dirigeant pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires ; qu'en sanctionnant une atteinte à la vie privée, sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte, la cour d'appel a violé les (art. 6 et 8 Conv. EDH) ». Égalité des armes, droits de la défense et proportionnalité, voilà le cocktail juridique au fondement duquel une preuve obtenue de manière illicite ou déloyale sera jugée recevable. On peut alors se demander si à trop vouloir étendre le champ d'application d'une forme de droit à la preuve au fondement du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense, ce ne sont pas tous les autres droits fondamentaux substantiels qui pourraient être sacrifiés sur l'autel de la vérité. En matière sociale, cette négation de l'illégalité et de la déloyauté des moyens de preuve est directement liée au déséquilibre conjoncturel qui existe entre l'employeur et le salarié. En accueillant librement tout moyen de preuve, quel que soit son mode d'obtention, l'égalité des armes est en quelque sorte rétablie<sup>215</sup>. Mais n'est-ce pas déshabiller Jean pour habiller Paul ? En effet, l'égalité des armes en sort-elle réellement grandie sachant que si on permet au salarié de produire des moyens de preuve obtenus de manière illégale, on n'en fait pas de même avec l'employeur ?*

**48. La fonction validante du principe du contradictoire.** – C'est aujourd'hui le principe du contradictoire, la discussion des éléments de preuve, qui semble remplir la fonction validante la plus importante, principe souvent renforcé par une référence à l'égalité des armes ou aux droits de la défense. L'idée est simple : il faut ouvrir le prétoire à un maximum d'éléments de preuve, susceptibles d'être appréciés par le juge et lui permettant d'avoir une idée qui soit la plus proche de la « vraie vérité », juge éclairé par le respect d'un débat contradictoire. Le curseur de la loyauté se déplace et ne se situerait plus en amont, lors de l'obtention de la preuve, mais en aval lors de sa discussion.

**49. Les manifestations.** – Les exemples confirmant cette tendance sont légion. Telle est la situation, dans le procès pénal, des personnes privées (partie civile, mise en examen, témoin, tiers) dont les preuves obtenues de manière illicite ou déloyale sont recevables dès lors qu'elles sont soumises à un débat contradictoire<sup>216</sup>. Par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé le 31 janvier 2007 que l'utilisation de moyens de preuve illégaux ou déloyaux ne sont pas contraires au procès équitable de l'article 6 § 1 dès lors que ces éléments de preuve ont pu faire l'objet d'un débat contradictoire<sup>217</sup> : « dès lors que l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, réalisé par Alain Y..., était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui

<sup>215</sup> En ce sens, v. A. BERGEAUD, th. préc., n° 157, p. 130.

<sup>216</sup> Cass. crim., 6 avr. 1993, n° 93-80.184, JCP 1993, II, 22144, note M.-L. RASSAT ; Cass. crim., 6 avr. 1994, Bull. crim. n° 136 ; Cass. crim., 30 mars 1999, D. 2000, Jur. 391, note T. GARI ; Cass. crim.

<sup>217</sup> Cass. crim., 31 janv. 2007, pourvoi n° 06-82.383 ; D. 2007, p. 1821, obs. S. MÉNOU.

*lui étaient imputées, la cour d'appel, devant qui la valeur de ce moyen de preuve a été contradictoirement débattue, n'a pas méconnu les textes et les dispositions conventionnelles visés au moyen », à savoir notamment l'article 6, § 1 Conv. EDH. Dans le même esprit, par un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 31 janvier 2012, la Cour de cassation a jugé que « (...) Des enregistrements obtenus clandestinement par une personne privée ne constituent pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale, et, comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement »<sup>218</sup>. Le raisonnement est le suivant : en vertu de l'article 427 du CPP, le juge ne peut refuser un « indice de preuve » qui ne constitue pas un acte de procédure et ne peut donc être annulé au fondement de l'article 170 du CPP. Ce document est un élément parmi d'autres. Le même raisonnement se retrouve parfois en matière civile, lorsqu'une expertise amiable n'a pas été établie de manière contradictoire mais unilatéralement, cette expertise est tout même un élément du « dossier probatoire »<sup>219</sup> parmi d'autres à la double condition de faire l'objet d'un débat contradictoire et que cet élément soit corroboré par d'autres éléments<sup>220</sup>. Un raisonnement identique a été retenu à propos d'une expertise judiciaire irrégulière. La Cour de cassation l'analyse en un vice de forme qui ne peut être annulé qu'à la condition d'établir un grief. Or, l'existence d'un débat contradictoire exclut tout grief et permet alors au juge de tenir compte de l'expertise irrégulière. Telle est la décision rendue par un autre arrêt de Chambre mixte du 28 septembre 2012 et une décision de la deuxième chambre civile du 19 novembre 2012<sup>221</sup>. En revanche, le juge de nouveau ne peut s'appuyer exclusivement sur cet élément pour rendre sa décision<sup>222</sup>. Un rapprochement peut être réalisé avec tous les procédés de preuve établis unilatéralement. L'« adage » « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* »<sup>223</sup> n'exclut pas de manière absolue un élément de preuve qui constitue néanmoins un indice qui fera l'objet d'un débat contradictoire. Cet élément ne peut fonder exclusivement le raisonnement du juge si d'autres éléments sont à sa disposition, qui doivent*

<sup>218</sup> Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.464, F-P+B+I. Addé, Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88.118.

<sup>219</sup> Expression E. VERGÉS, Pour une théorie..., op. cit.

<sup>220</sup> Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 et n° 11-18.710, JCP (G), n° 46, 12 nov. 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI.

<sup>221</sup> Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 et n° 11-18.710, JCP (G), n° 46, 12 nov. 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI : « Mais attendu, d'une part, que les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du Code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ; Qu'ayant constaté que la société ne réclamait pas l'annulation du rapport d'expertise dont le contenu clair et précis avait été débattu contradictoirement devant elle, la cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à son examen, a pu tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation de M. X... » (n° 11-11.381).

<sup>222</sup> Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710.

<sup>223</sup> Cf. MOULY-GUIH LEMAUD, « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme, RTD civ., 2007, p. 253 et s.

corroborer la preuve établie par soi-même<sup>224</sup>. Dans le même esprit, en droit de la concurrence, lors de l'instruction devant l'autorité de la concurrence, des pièces du dossier pénal sont mises à la disposition des parties. Une instruction pénale peut se tenir parallèlement à une procédure devant l'autorité de la concurrence. L'instruction pénale ne concerne que les personnes physiques. Les personnes morales qui, elles, se trouvent devant l'autorité de la concurrence sont absentes lors de la procédure pénale. Or, l'article L. 463-5 du C. com. prévoit que les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès verbaux, rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'autorité est saisie. Le rapporteur qui est chargé du dossier à l'autorité de la concurrence se rend chez le juge et se fait communiquer les pièces du dossier pénal. Les entreprises dénoncent ici le fait que c'est le rapporteur qui sélectionne lui-même les pièces du dossier pénal dont il souhaite faire copie, à la place du juge d'instruction, et contestent ainsi ce procédé comme contraire au principe de l'égalité des armes de l'article 6, § 1 de la Conv. EDH. Cependant, la Cour de cassation refuse de suivre l'argumentaire des entreprises. Dans une affaire dite de « la signalisation routière verticale », la cour d'appel de Paris a jugé que la présence du rapporteur de l'autorité de la concurrence et du commissaire de la DGCCRF dans le bureau du juge d'instruction lors de la communication de pièces du dossier pénal n'était pas condamnable en soi. Une question prioritaire de constitutionnalité avait été soulevée et rejetée par la cour d'appel pour absence de motif sérieux : « *les droits de la défense sont préservés par la mise en œuvre, à compter de la notification de griefs, d'une procédure contradictoire* », les parties ayant alors la possibilité de débattre contradictoirement « *tant des conditions de la communication des pièces issues de la procédure pénale (...) que du contenu de l'intégralité des pièces dont la communication a été autorisée* ».

La vérité est la plus grande des vertus et le débat contradictoire devrait suffire à gommer l'illicéité ou l'immoralité des moyens de preuve. On peut ne pas partager cet engouement pour le principe du contradictoire. En matière pénale, notamment, la différence de traitement entre les parties privées et les parties publiques du procès pénal n'est pas justifiée<sup>225</sup>. Si l'objectif est d'établir la vérité, à tout prix, cet assouplissement devrait également valoir pour les personnes publiques. En outre, le principe du contradictoire ne devrait pas pouvoir couvrir l'illégalité ou la déloyauté car la loyauté suppose le contradictoire. On ne peut

<sup>224</sup> D. GUTMANN, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 1996 : *Bull. civ.* I, n° 170, Petites affiches 24 janv. 1997, n° 11, p. 19.

<sup>225</sup> Ph. CONTE, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? : Dr. pén. 2009, étude 8. Contra, Ph. BONIUS et J. LASSERRE CAPDEVILLE, Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénal in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, V, MAI ABAT, B. DI LAMY et M. GIACOPELLI, (dir.) Dalloz, 2009, p. 247 et s.

discuter des preuves en aval qu'à la condition d'avoir respecté le principe de loyauté en amont<sup>226</sup>.

**50. Équation procédurale de la vérité probatoire : ouverture, « corroboration », contradictoire.** – Pour l'instant, telle est la position de la Cour de cassation au pénal comme au civil : la vérité naît d'un débat contradictoire loyal qui valide les éléments de preuve obtenus de manière illicite ou immorale. L'équation est la suivante : recevabilité de tous les procédés de preuve constituant des « indices » ou « adminicules » ou « commencements de preuve » au nom d'un principe d'ouverture. À ce premier principe s'ajoute un « principe de corroboration »<sup>227</sup>, selon lequel cet « indice » doit être sinon corroboré par d'autres éléments, du moins ne doit pas être contredit par d'autres éléments. Enfin, cette confrontation doit se faire dans le respect d'un débat contradictoire. Seule cette procédure contradictoire permettra d'atteindre la vérité dans des domaines où celle-ci est parfois difficile à établir, tels que le monde du numérique où souvent les procédés de preuve sont élaborés unilatéralement, le domaine concurrentiel, où les ententes sont souvent informelles, ou le droit pénal, où les activités sont souvent clandestines. Mais alors dans ce dernier cas, pour être cohérent, il faudrait que les personnes publiques soient traitées de la même façon que les personnes privées.

**51.** La vérité doit rester une valeur parmi d'autres dans un procès. Ce dernier doit avant tout apaiser le conflit dans la recherche du juste. La preuve de la vérité doit être légitime pour recevoir « l'homologation de la collectivité ». Il n'est pas certain que cette primauté actuellement accordée au débat contradictoire en aval pour gommer une irrégularité en amont au nom d'une plus grande vérité soit acceptable. La vérité judiciaire demeure quoi qu'il en soit une vérité relative. Cet exposé n'a manifestement pas pu faire toute la lumière sur le sujet. Il s'agit comme toute vérité d'une vérité subjective celle de l'auteur de ces lignes conscient, comme le disait le sophiste Protagoras, que « *Ce que l'homme appelle vérité, c'est toujours sa vérité, c'est-à-dire l'aspect sous lequel les choses lui apparaissent* ».

<sup>226</sup> En ce sens, Ph. CONTE, La loyauté de la preuve..., op. cit., spéc. n° 5 : « avant d'envisager les vertus de la contradiction, encore faut-il commencer à s'interroger sur la recevabilité la première prémisse de la contradiction, elle ne saurait y suppléer. Or l'unique problème de la preuve illicite ou présumée la seconde, elle ne saurait y suppléer. Or l'unique problème de la preuve illicite ou déloyale est bien celui de sa recevabilité ».

<sup>227</sup> J. PRADIER, Vers des principes..., op. cit.